



---

## Distributionsformens betydning for den konkurrenceretlige vurdering af konkurrenceklausuler

---

"The influence of distribution form on the assessment of non-compete clauses in competition law"

4. december 2019

Niklas Dybro Jensen

Studienr.: 20146372

Vejleder: Anders Ørgaard

## ABSTRACT

In this thesis, it is analyzed to what extent the assessment of the anti-competitive effect of non-compete clauses is dependent on the supplier's choice of distribution. By describing, interpreting, analyzing and systematizing applicable law, it is concluded that even though all the analyzed contractual relationships are governed by the same rules, the application of the rules differs substantially depending on the characteristics of the agreements.

The thesis is introduced with a walkthrough of the relevant law. In this part of the thesis, it is concluded that all types of distribution agreements can benefit from the de minimis rules and the commission regulation on vertical agreements. Consequently, non-compete clauses in distribution agreements between parties with under 15 % market share, or below 5 % market share when more than 30 % of the relevant market is bound by such clauses, are generally not a problem. Further, non-compete clauses in agreements between parties below 30 % market share which duration does not extend above the term of the agreement and never above 5 years are acceptable as well. All other contracts must be analyzed individually to assess if they limit the competition, and in that case, if they are nonetheless justified due to advantages for the consumers.

The thesis is then followed with an in-depth analysis of how the rules introduced in the prior chapter are applied to both during-term and post-term non-compete clauses in different kinds of distribution agreements. Three types of distribution are chosen for this analysis: distribution through independent dealers, franchise, and agency.

It is found that during-term non-compete clauses in agreements with independent dealers should be analyzed carefully, to assess whether the market is foreclosed. Only when the market is foreclosed and the agreements in question contribute to this foreclosure considering the market power of the supplier and the length of the agreements, the agreement will infringe competition laws. If a non-compete clause is restricting the competition, it may only be legitimized if the clause leads to effectivity gains benefiting the customers without going further than what is necessary, and without eliminating competition on a substantial part of the products in question. The same analysis is likely to apply to post-term non-compete clauses, but the current precedence from Danish courts indicates that it is unlikely for a post-term non-compete clause to be accepted.

Outside of the safe harbors, it is found that suppliers have the most far-reaching access to tie distributors when using franchise, as non-compete clauses are seen as auxiliary restraints necessary to secure transferred knowhow and to maintain the identity and reputation of the network. Consequently, non-compete clauses are allowed for the whole duration of the agreement and in one year thereafter, as long as the post-term clause is limited to the premises and land from which the buyer was operating during the contract.

Lastly, agency agreements are analyzed. Such agreements are characterized by a close relationship between the agent and the principal. For that reason, the duty of loyalty plays a special role in agency agreements, and

in certain cases, this duty of loyalty might even prevent the agent from dealing with competitors without an explicit non-compete clause. The duty of loyalty is analyzed in the light of the competition rules, and it is found that the competition rules precede the duty of loyalty. Hence, a non-compete clause in an agency agreement might infringe competition law. The courts must be expected to follow the same analysis as for independent dealers. However, a non-compete clause has never been deemed void due to competition laws in an agency agreement in Danish courts or the European Court of Justice, and Danish market conditions make it unlikely that non-compete clauses will infringe competition law in Denmark.

Finally, it is concluded that the supplier, to whom it is important that the distributor must not sell competing goods, should consider the choice of distribution form. However, as it is the characteristics of the agreement that is decisive to the application of the competition rules, whereas the name of the agreement does not matter, the access to use non-compete clauses should only be one factor in the decision of distribution form.

## Indhold

|                |   |
|----------------|---|
| ABSTRACT ..... | 2 |
|----------------|---|

### KAPITEL 1: INTRODUKTION

|     |   |    |
|-----|---|----|
| 1   | INDLEDNING .....                                | 6  |
| 2   | PROBLEMFORMULERING .....                        | 7  |
| 3   | METODE OG RETSKILDER .....                      | 8  |
| 3.1 | Den retsdogmatiske metode .....                 | 8  |
| 3.2 | Anvendte retskilder .....                       | 8  |
| 4   | KONKURRENCEKLAUSULER OG VERTIKALE AFTALER ..... | 12 |

### KAPITEL 2: BAGGRUNDSRETEN

|     |   |    |
|-----|---|----|
| 5   | UDGANGSPUNKTET OM AFTALEFRIHED .....                                  | 14 |
| 6   | KONKURRENCE REGLERNES FORMÅL .....                                    | 15 |
| 7   | REGULERING AF KONKURRENCEKLAUSULER I DANSK RET .....                  | 16 |
| 7.1 | Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler .....                    | 16 |
| 7.2 | Bagatelreglerne .....   | 18 |
| 7.3 | Individuel fritagelse .....   | 20 |
| 7.4 | Gruppefritagelse .....  | 21 |
| 7.5 | Accessoriske begrænsninger .....                                      | 23 |
| 7.6 | Sammenfattende om den danske regulering af konkurrenceklausuler ..... | 24 |

## KAPITEL 3: KONKURRENCEKLAUSULER I FORSKELLIGE DISRIBUTIONSFORHOLD

|      |  |    |
|------|--|----|
| 8    | FORHANDLERFORHOLD.....                 | 25 |
| 8.1  | Definitionen af forhandlerforhold..... | 25 |
| 8.2  | During term.....                       | 25 |
| 8.3  | Post term .....                        | 32 |
| 8.4  | Opsummerende om forhandlerforhold..... | 33 |
| 9    | FRANCHISEFORHOLD.....                  | 35 |
| 9.1  | Definition af franchiseforhold.....    | 35 |
| 9.2  | During term.....                       | 36 |
| 9.3  | Post term .....                        | 38 |
| 9.4  | Opsummerende om franchiseforhold.....  | 41 |
| 10   | AGENTFORHOLD .....                     | 43 |
| 10.1 | Definitionen af agentforhold.....      | 43 |
| 10.2 | During term.....                       | 45 |
| 10.3 | Post term .....                        | 49 |
| 10.4 | Opsummerende om agentforhold.....      | 51 |
|      | KONKLUSION.....                        | 53 |
|      | KILDELISTE .....                       | 56 |
|      | ANSLAGSDOKUMENTATION .....             | 63 |

## KAPITEL 1: INTRODUKTION

### 1 INDLEDNING

Enhver erhvervsdrivende som ønsker at afsætte sine produkter bør have overvejsen: hvad er den ideelle afsætningsform? Valget vil i første omgang stå imellem vertikal integration og distribution igennem en tredjemand. Vertikal integration vil sige, at den erhvervsdrivende selv forestår distributionen af varerne til slutbrugerne uden et mellemlid. Ved distribution igennem tredjemand står den erhvervsdrivende ikke selv for det endelige salg, men sælger i stedet blot til tredjemanden, som typisk har en særlig ekspertise i videresalg til (slut)brugeren. Mens vertikal integration for visse, særligt større, virksomheder kan være ideelt, vil det for mange virksomheder være mere fornuftigt at distribuere varer igennem en erfaren tredjemand. Den erhvervsdrivende bliver i det forhold en *leverandør*, mens tredjemanden bliver *distributør*.

Når valget er faldet på distribution igennem tredjemand melder sig imidlertid en række nye spørgsmål, herunder navnlig *hvilken* form for distribution der er optimalt. Svaret herpå indeholder en lang række kommercielle overvejselser.<sup>1</sup> En af disse er, hvorvidt leverandøren har et ønske om at begrænse distributørens adgang til at forhandle varer, som konkurrerer med leverandørens. Dette kan være begrundet i leverandørens ønske om, at distributøren skal fokusere hele sin salgsindsats på aftalevarerne, eller en frygt for, at leverandørens stærke brand vil komme konkurrerende brands uretmæssigt til gode. Et sådant forbud kan være begrundet i legitime hensyn, og vil typisk blive kompenseret af leverandøren og dermed give positive virkninger, som kan fremme konkurrencen på andre parametre end prisen.<sup>2</sup> Da en naturlig følge af sådanne forbud er, at distributøren ikke kan forhandle konkurrerende produkter, er der imidlertid ligeledes nogle oplagte konkurrenceretlige overvejselser som bør gøres, navnlig om konkurrencen ved indsættelse af en sådan klausul begrænses i strid med konkurrencelovens § 6.

Der findes en lang række forskellige former for distribution, og de har væsentligt forskellige karakteristika. I nærværende fremstilling søges det belyst om, og i bekræftende fald hvordan, disse forskellige karakteristika har indflydelse på, hvorvidt leverandøren har adgang til at indsætte konkurrenceklausuler i hhv. forhandler-, franchise- og agentaftaler. Der findes naturligvis flere distributionsformer, men disse er valgt for at give et billede af anvendelsen på udvalgte forskelligartede distributionsformer. Der fokuseres desuden alene på distribution af løsøre. Overvejselserne er relevante for den leverandør, som skal vælge distributionsform, og for hvem det er vigtigt at afholde distributøren fra at sælge konkurrerende produkter.

---

<sup>1</sup> Goode 2016, s. 180

<sup>2</sup> Retningslinjerne pkt. 106

## **2 PROBLEMFORMULERING**

Hvilken indflydelse har valget af distributionsform på vurderingen af, om en konkurrenceklausul er konkurrencebegrænsende efter konkurrencelovens § 6?

### 3 METODE OG RETSKILDER

#### 3.1 Den retsdogmatiske metode

Fremstillingen vil ved anvendelse af den retsdogmatiske metode, søge at beskrive, analysere, systematisere og fortolke gældende ret.<sup>3</sup> Ved at sammenholde relevante retskilder, herunder lovgivning, retspraksis, forarbejder, retsgrundsætninger og juridisk litteratur, vil problematikkerne forbundet med den konkurrenceretlige vurdering af konkurrenceklausuler i distributionsforhold søges belyst. Formålet hermed er at præsentere en objektiv og saglig beskrivelse af retsområdet for anvendelse af konkurrencelovens § 6 på indgåelse af konkurrenceklausuler i henholdsvis forhandler-, franchise- og agentforhold.<sup>4</sup>

#### 3.2 Anvendte retskilder

I fremstillingen anvendes en lang række forskellige retskilder til at fastlægge gældende ret. Ret skilder er informationskilder vedrørende retssystemet, hvoraf der kan udledes retsregler og retlige principper.<sup>5</sup> Alle retskilder bliver ikke tillagt den samme værdi.<sup>6</sup> Betydningen og værdien af de anvendte retskilder derfor blive gennemgået i det følgende.

##### 3.2.1 Regulering

###### Lovgivning og forarbejder

Lovgivning er autoritært fastsat af et flertal i folketinget, og udgør den primære retskilde i dansk ret.<sup>7</sup>

Fremstillingen tager udgangspunkt i relevant lovgivning for regulering af konkurrencebegrænsninger. Konkurrenceloven spiller af den grund en særlig væsentlig rolle. Den nuværende konkurrencelov er lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018. En lovbekendtgørelse er en officiel udgivelse af den oprindelige lov med efterfølgende ændringslove indarbejdet.

Konkurrenceloven indeholder en række mere eller mindre bredt formulerede pligtnormer,<sup>8</sup> som undertiden kan kræve en fortolkning for at fastslå gældende ret.<sup>9</sup> I dansk ret anvendes subjektiv fortolkning i vidt omfang af domstolene, hvilket vil sige, at der skal kigges på forarbejderne til lovforslaget, for at undersøge formålet med bestemmelserne.<sup>10</sup> Forarbejder, herunder lovforslag og betænkninger, vil derfor blive inddraget til fortolkning af lovens bestemmelser.

<sup>3</sup> Evald & Schaumburg-Müller 2004, s. 210, Nielsen & Tvarnø 2017, s. 29 og Munk 2018, s. 64 og 204 (i sidstnævnte nævnes dog kun "beskrivelse" og "analyse")

<sup>4</sup> Evald & Schaumburg-Müller 2004, s. 215.

<sup>5</sup> Nielsen & Tvarnø 2017, s. 29

<sup>6</sup> Blume 2016, s. 194

<sup>7</sup> Blume 2016, s. 185

<sup>8</sup> Nielsen & Tvarnø 2017, s. 49

<sup>9</sup> Blume 2016, s. 208-210

<sup>10</sup> Nielsen & Tvarnø 2017, s. 69



### Administrative forskrifter

Der er udstedt en række bekendtgørelser med hjemmel i konkurrenceloven. Af særlig betydning for fremstillingen er gruppefritagelsesbekendtgørelsen, hvorefter den EU-retlige gruppefritagelsesforordning for vertikale aftaler ("Gruppefritagelsesforordningen") finder tilsvarende anvendelse på rent nationale forhold. Bekendtgørelser er udstedt med hjemmel i loven, og er derfor af lavere retskildemæssig værdi end loven.<sup>11</sup>

#### 3.2.2 **Praksis**

##### Domstolspraksis

Praksis bliver i fremstillingen anvendt til at fastlægge retsstillingen efter den gældende lovgivning, navnlig hvordan reglerne anvendes på forskellige aftaletyper. Praksis fra domstolene danner præcedens, som skal følges ved afgørelsen af senere sager.<sup>12</sup> Mens loven således sætter "rammerne", bliver retspraksis den vigtigste retskilde til fortolkningen af, hvordan denne ramme skal bruges. Praksis kan imidlertid blive ændret, enten igennem en lovændring, som udtrykkeligt ændrer retsstillingen, eller ved ny retspraksis.

Der inddrages primært judiciel praksis fra den danske Højesteret og Sø- og Handelsret. Indenfor de danske domstole har Højesteret højeste præjudikatsværdi, og lavere instanser skal således følge Højesterets praksis.<sup>13</sup>

##### Administrativ praksis

I forlængelse af domstolspraksis anvendes ligeledes administrativ praksis fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ("Konkurrencestyrelsen").

Administrativ praksis kan i medfør af grundlovens § 63 inddrages for domstolene. Den retskildemæssige værdi er derfor lavere end værdien af domme.<sup>14</sup> Det er imidlertid konkurrencemyndighederne, som her i landet træffer afgørelser i henhold til konkurrencereglerne.<sup>15</sup> Administrativ praksis kan derfor udgøre en relevant retskilde. Hertil kommer, at de færreste administrative afgørelser inddrages for domstolene.<sup>16</sup> På de områder, hvor der ikke er afsagt domme, bliver administrativ praksis derfor afgørende til at fastslå gældende ret.

#### 3.2.3 **EU-rettens betydning**

Fremstillingen fokuserer på retsstillingen i Danmark. Det er imidlertid umuligt at analysere den konkurrenceretlige situation i Danmark uden også at inddrage EU-retten, som i kraft af bestemmelser i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsområde ("TEUF") og praksis fra EU-domstolen og

---

<sup>11</sup> Nielsen & Tvarnø 2017, s. 33 og 38

<sup>12</sup> Nielsen & Tvarnø 2017, s. 141-142

<sup>13</sup> Blume 2016, s. 186

<sup>14</sup> Blume 2016, s. 248

<sup>15</sup> Konkurrencelovens kap. 6 og 7

<sup>16</sup> Blume 2016, s. 248

kommissionen er af særlig stor betydning for konkurrencebegrænsningsretten, hvorunder reguleringen af konkurrenceklausuler hører.<sup>17</sup>

Målet med strukturen og reglerne i den danske konkurrencelov er netop at sikre, at de nationale regler ikke adskiller sig fra de europæiske regler, så virksomhedernes handlemåde alene skal tilpasses et enkelt regelsæt.<sup>18</sup> Konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsninger er således en direkte overførsel af reglerne i TEUF. De danske nationale regler skal naturligvis anvendes med tanke på de faktiske forhold, som gør sig gældende i Danmark og på de(t) danske marked(er), og som ikke nødvendigvis er de samme som på EU-plan.<sup>19</sup> Det følger imidlertid af forarbejderne til konkurrenceloven, at Europa-Kommissionens og EU-Domstolens praksis vil være vejledende ved fortolkningen af bestemmelserne.<sup>20</sup> Præjudikater fra EU-Domstolen og Kommissionen kan - og bliver i vid udstrækning - også anvendes ved afgørelse af sager efter den danske konkurrencelov.<sup>21</sup> I fremstillingen vil praksis fra EU-Domstolen og Kommissionen derfor blive brugt parallelt med de danske regler.

Første instans i EU er Retten, hvor visse konkurrenceretlige spørgsmål forelægges. Disse kan ankes til Domstolen.<sup>22</sup> Ved tvivl må Domstolens udtalelser derfor vægtes højest.

Reglerne i TEUF og Grøftefritagelsesforordningen er direkte bindende i Danmark. Forskellen på de nationale regler og de EU-retlige regler er, at EU-reglerne skal benyttes, hvor aftalen har en påvirkning på tværs af landegrænser, mens konkurrenceloven alene skal bruges på rent nationale forhold. Der gælder her et forrangsprincip. Det betyder, at i de tilfælde hvor EU-reglerne kan bruges, har de forrang over nationale regler.<sup>23</sup>

Endelig anvendes et enkelt EU-retligt direktiv i form af handelsagentdirektivet. Dette er alene bindende over for medlemsstaterne, som har pligt til at gennemføre implementeringen i national ret, jf. TEUF artikel 288. Det er i Danmark sket ved handelsagentloven.

#### 3.2.4 Meddelelser og retningslinjer

Retningslinjer fra kommissionen inddrages og analyseres. Særligt kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger ("Retningslinjerne") er af stor betydning for forståelse af retstilstanden på området. Disse retningslinjer er soft law, og binder alene kommissionen selv. Retningslinjerne er dog stadig relevante, da de i udstrakt grad anvendes til fortolkning af både nationale domstole og myndigheder, virksomheder, samt øvrige EU-institutioner.<sup>24</sup>

---

<sup>17</sup> Heide-Jørgensen 2017, s. 30

<sup>18</sup> Forslag til konkurrencelov, almindelige bemærkninger afsnit 3c

<sup>19</sup> Heide-Jørgensen 2017, s. 169

<sup>20</sup> Forslag til konkurrencelov, almindelige bemærkninger afsnit 3c

<sup>21</sup> Heide-Jørgensen 2017, s. 169

<sup>22</sup> Blume 2016, s. 154

<sup>23</sup> RFO 1/2003 artikel 81 og 82, artikel 1

<sup>24</sup> Wijckmans 2016 s. 26 ff.

### 3.2.5 Retsgrundsætninger

I fremstillingen diskuteres visse retsgrundsætninger, herunder aftalefriheden og loyalitetspligten.<sup>25</sup> Retsgrundsætninger er opstået i praksis og kan i princippet ændres ved lov. Det er imidlertid usandsynligt, at dette sker, da grundsætningerne er af almen og generel karakter.<sup>26</sup>

Det præcise indhold af retsgrundsætninger afgøres ved domstolene, og de er derfor typisk mere dynamiske end traditionel lovgivning.<sup>27</sup>

Loyalitetspligten er kodificeret ved lov, der hvor den er relevant for fremstillingen. Retskilden bliver dermed i stedet regulering.

### 3.2.6 Juridisk litteratur

Juridisk litteratur anvendes i fremstillingen i vid udstrækning. Juridisk litteratur er ikke retligt bindende, da den ikke er autoritært fastsat, men alene er udtryk for forfatterens fortolkning af retskilderne. Det er omdiskuteret, om juridisk litteratur er en retskilde.<sup>28</sup> Litteraturen kan imidlertid bidrage til den juridiske argumentation, ligesom opfattelser, som gøres gældende i litteraturen, kan medvirke til løsningen af retlige problemer.<sup>29</sup>

### 3.2.7 Andre kilder

Endelig anvendes enkelte øvrige kilder, navnlig en svarskrivelse, etisk kodeks fra det danske franchiseråd, modelkontrakter, og uvidenskabelige udtalelser. Sådanne kilder kan få en vis retskildemæssig værdi, da de viser, hvordan bestemte retlige spørgsmål sædvanligvis opfattes indenfor et kommercielt område.<sup>30</sup> Standarddokumenter og udtalelser kan dog være behæftet med betydelig tvivl, alt efter hvem der har udarbejdet dem. De anvendes derfor i fremstillingen alene som vejledning for almindelig praksis.

---

<sup>25</sup> Blume 2016, s. 139 og 262.

<sup>26</sup> Blume 2016, s. 140

<sup>27</sup> Blume 2016, s. 140

<sup>28</sup> Munk 2018, s. 372 ff. og Blume 2016, s. 188

<sup>29</sup> Blume 2016, s. 266

<sup>30</sup> Blume 2016, s. 257

## 4 KONKURRENCEKLAUSULER OG VERTIKALE AFTALER

Formålet med fremstillingen er at analysere leverandørers adgang til at begrænse distributørers mulighed for at forhandle produkter, som konkurrerer med aftalevarerne, i forskellige distributionsforhold. Distributionsforhold vil typisk være "vertikale aftaler". En aftaleklausul som skal begrænse distributørens adgang til at distribuere konkurrerende produkter kaldes en "konkurrenceklausul".

For at analysere retstillingen for indgåelse af konkurrenceklausuler i vertikale distributionsaftaler er det nødvendigt indledningsvist at afgrænse, præcis hvad begreberne "vertikal aftale" og "konkurrenceklausul" omfatter.

### Vertikale aftaler

I konkurrenceretten sondres imellem horisontale og vertikale aftaler. Horisontale aftaler er aftaler, som indgås mellem virksomheder på samme produktions- eller fordelingstrin,<sup>31</sup> for eksempel to konkurrerende producenter, eller to konkurrerende detailhandlere. Vertikale aftaler er derimod aftaler, som indgås mellem virksomheder på forskellige trin i produktionen eller distributionen,<sup>32</sup> for eksempel en aftale mellem en produktionsvirksomhed og en detailhandler. I distributionsaftaler er der (bortset fra de få tilfælde, hvor distributøren også er en selvstændig konkurrerende producent) tale om aftaler om køb og salg af varer mellem virksomheder, som opererer i hvert sit produktions- eller distributionsled på værdikæden, altså *vertikale* aftaler. Fremstillingens fokus er derfor vertikale distributionsaftaler.

### Konkurrenceklausuler

Ved fastlæggelse af definitionen på konkurrenceklausuler tages udgangspunkt i GruppEFritagelsesforordningen for vertikale aftaler, som i artikel 1, stk. 1, litra d definerer konkurrenceklausuler således:

*”»Konkurrenceklausul« enhver direkte eller indirekte forpligtelse, som foranlediger køberen til ikke at fremstille, købe, sælge eller videresælge varer eller tjenesteydelser, der konkurrerer med aftalevarerne eller -tjenesterne, eller som direkte eller indirekte forpligter køberen til fra leverandøren eller en anden virksomhed, udpeget af leverandøren, at købe mere end 80 % af køberens samlede indkøb af aftalevarerne eller -tjenesterne og af varer eller tjenester, der på det relevante marked er substituerbare hermed...”*

Konkurrenceklausuler kan herefter være 2 forskellige slags aftalebestemmelser:

- 1) Bestemmelser, som negativt begrænser distributørens adgang til at fremstille, købe sælge, eller videresælge varer eller tjenesteydelser, som konkurrerer med aftalevarerne eller -tjenesterne, og

---

<sup>31</sup> Fejøl 2003, s. 46

<sup>32</sup> Fejøl 2003, s. 46 og Retningslinjerne pkt. 24

- 2) bestemmelser, som positivt forpligter distributøren til at købe mere end 80 % af distributørens samlede indkøb af aftalevarerne eller tjenesterne hos leverandøren (eller en anden virksomhed udpeget af leverandøren).

Konsekvensen ved begge begrænsninger er den samme, da distributøren forhindres i at forhandle konkurrerende produkter. At også minimumskøbsforpligtelser på op til 80 % er medtaget strammer retsstillingen en smule, da der således ikke behøves at være et fuldstændig forbud mod at forhandle konkurrerende produkter, før der er tale om en konkurrenceklausul. Modsat kan det siges, at forpligtelser, hvorefter distributøren kun skal foretage op til 80% af sit indkøb hos leverandøren *ikke* er en konkurrenceklausul.<sup>33</sup>

Konkurrerende varer er produkter, som anses som værende substituerbare af kunderne.<sup>34</sup> Udenfor konkurrenceklausulbegrebet falder altså forbud mod at sælge varer, som ikke er substituerbare med aftalevarerne.

Konkurrenceklausuler er desuden udelukkende bestemmelser, der forpligter *køberen*. Bestemmelser, som forpligter sælgeren er ikke konkurrenceklausuler.

Indirekte konkurrenceklausuler er også omfattet af begrebet. Mængdeforpligtelser, som de facto medfører, at distributøren er tvunget til at købe mindst 80 % af de pågældende varer hos leverandøren, er også konkurrenceklausuler.<sup>35</sup> Det er altså den økonomiske konsekvens, snarere end formuleringen af klausulen, som er afgørende.

Konkurrenceklausuler kan endeligt være både *during term* klausuler, som forpligter distributøren under aftaleforholdets løbetid, samt *post term* klausuler, som forpligter distributøren efter aftaleforholdets løbetid. Definitionen i Gruppefritagelsesforordningen nævner ikke denne sondring, men begge slags bestemmelser kan rummes under ordlyden.

---

<sup>33</sup> *Wijckmans 2018*, s. 248

<sup>34</sup> *Wijckmans 2018*, s. 248

<sup>35</sup> *Valentine 2002*, s 195 samt *Retningslinjerne*, punkt 66 og 129. Det fremgår ikke klart af den danske oversættelse, men den engelske udgave af retningslinjerne angiver i pkt. 66 klart, at en konkurrenceklausul er enhver forpligtelse som "resulterer" i, at køberen skal købe mindst 80 % af de pågældende varer hos leverandøren.

## KAPITEL 2: BAGGRUNDSRETTE

### 5 UDGANGSPUNKTET OM AFTALEFRIHED

Det klare udgangspunkt i Danmark er, at aftaleparter har aftalefrihed.<sup>36</sup> Aftalefrihed vil helt konkret sige, at enhver person (fysisk eller juridisk) har frihed til at indgå aftaler med den aftalepart som ønskes, på de vilkår parterne kan blive enige om.<sup>37</sup> Aftalefrihedens formål er, fra politisk side, at lade aftaleparternes vilje styre markedet for derved at opnå den mest effektive ressourcefordeling.<sup>38</sup>

Når en aftale er gyldigt indgået, bliver denne lige så bindende for parterne som en lov.<sup>39</sup> I distributionsforhold er aftaler afgørende, da leverandørens pligt til at levere varer, samt distributørens pligt til at betale købesummen herfor kun eksisterer i kraft af parternes fælles viljeserklæring i aftalen. Aftalen bliver således den primære retskilde ved reguleringen af parternes indbyrdes forhold.<sup>40</sup>

Aftalefriheden har imidlertid sine begrænsninger. Det kan således siges, at aftaleindgåelsen skal ske inden for de rammer, baggrundsretten stiller. Disse begrænsninger omfatter blandt andet civilretlige regler om ugyldighed og umyndighed, ligesom også andre regelsæt kan sætte begrænsninger. En af disse begrænsninger findes i konkurrenceretten, hvis formål er at beskytte erhvervsdrivende, forbrugerne, samt samfundet i det hele taget.<sup>41</sup>

I dette kapitel vil det blive analyseret, hvordan det aftaleretlige udgangspunkt om aftalefrihed begrænses af konkurrenceretten. Afsnittet vil blive indledt med en redegørelse for nogle af hensynene bag konkurrenceretten generelt, efterfulgt af en gennemgang af baggrundsreglerne for konkurrenceklausuler i danske indenlandske distributionsforhold.

Det bemærkes, at følgende regler gælder for alle distributionsaftaler, det vil sige både forhandlerforhold, franchiseforhold og agentforhold. Reglerne gennemgås ikke dybdegående i det følgende, idet anvendelsen af regelsættet analyseres for de enkelte forhold under analysen i kapitel 3. Formålet med gennemgangen er blot at danne et overblik over det regelsæt, der danner rammerne om indgåelse af konkurrenceklausuler på tværs af aftaletyper.

---

<sup>36</sup> *Bryde Andersen 2013*, s. 14

<sup>37</sup> *Gomard m.fl. 2015*, s. 18

<sup>38</sup> *Bryde Andersen 2013*, s. 14

<sup>39</sup> *Bryde Andersen 2013*, s. 14

<sup>40</sup> *Bryde Andersen 2013*, s. 13

<sup>41</sup> *Heide-Jørgensen 2017*, s. 23

## 6 KONKURRENCEREGLERNES FORMÅL

Vidtgående kontraktfrihed af essentiel betydning for, at en markedsøkonomi kan fungere med fri konkurrence.<sup>42</sup> Fuldstændig frie tøjler giver imidlertid en risiko for, at visse virksomheder vil udnytte en mulighed for at afskærme konkurrenter, og dermed lukke markedet til egen vinding. Konkurrencelovens formål er, helt i tråd hermed, at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere, jf. lovens § 1. Konkurrencereglernes formål er altså at beskytte det velfungerende marked, samt at *fremme* konkurrencen og de erhvervsdrivende muligheder. Målet er derimod ikke at begrænse den erhvervsdrivende, udover når den erhvervsdrivendes handlinger kan skade konkurrencen som helhed. Reglerne skal ses i lyset af dette samfundsmæssige formål.

Hvad der præcis indgår under paraplybetegnelsen ”konkurrenceret” (eller ”markedsret”, som synes at være en populær betegnelse i nyere fremstillinger)<sup>43</sup> er ikke fast defineret,<sup>44</sup> men det kan beskrives som ”en juridisk fagdisciplin, som beskæftiger sig med den konkurrenceprægede erhvervsstruktur”.<sup>45</sup> Traditionelt omhandlede konkurrenceretten *konkurrencereguleringsretten* om uretmæssig samt illoyal konkurrence (hvad der i dag reguleres i markedsføringsloven).<sup>46</sup> I dag er også regler om *konkurrencebegrænsninger* imidlertid en vigtig del af konkurrenceretten,<sup>47</sup> ligesom det kan diskuteres, om også dele af *immaterialretten* og den øvrige erhvervsret indgår som en del af konkurrenceretten.<sup>48</sup>

Kun en lille del af det konkurrenceretlige regelsæt er imidlertid relevant ved vurderingen af konkurrenceklausulers konkurrencebegrænsende effekt. Fremstillingen vil derfor alene fokusere på reglerne for konkurrencebegrænsende vertikale aftaler, hvilket udgør et delemne indenfor konkurrencebegrænsningsretten.

---

<sup>42</sup> Gomard m.fl. 2015, s. 18

<sup>43</sup> Heide-Jørgensen 2017, s. 24

<sup>44</sup> Bjørn Larsen 2019, s. 30-32

<sup>45</sup> Koktvedgaard 2005, s. 18

<sup>46</sup> Koktvedgaard 2005, s. 19 og Bo Madsen 2018, s. 16

<sup>47</sup> Koktvedgaard 2005, s. 19

<sup>48</sup> Koktvedgaard 2005, s. 20 og Bo Madsen 2018, s. 17

## 7 REGULERING AF KONKURRENCEKLAUSULER I DANSK RET

I det følgende vil de danske regler for konkurrencebegrænsende aftaler blive behandlet. Strukturen for gennemgangen følger opbygningen i konkurrenceloven, idet denne synes logisk. Forbuddet i konkurrencelovens § 6 vil derfor først blive behandlet, hvorefter de enkelte undtagelser hertil bliver behandlet enkeltvis.

### 7.1 Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Konkurrencebegrænsende aftaler reguleres i dansk ret i konkurrencelovens § 6, hvorefter det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Heraf kan udledes, at en aftalebestemmelse vil være ugyldig, såfremt følgende 3 betingelser er opfyldt:

- 1) Der skal være en aftale
- 2) Aftalen skal være indgået mellem virksomheder
- 3) Aftalen skal have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen

#### Ad 1: der skal være en aftale

En "aftale" kan både være en reel aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder, jf. bestemmelsens stk. 3. I distributionsforhold vil der næppe være tvivl om, hvorvidt der er indgået en aftale. Denne betingelse vil derfor ikke blive behandlet yderligere.

#### Ad 2: Aftalen skal være indgået mellem virksomheder

At aftalen skal være indgået mellem virksomheder betyder, at reglen ikke gælder for privatpersoner samt i for eksempel ansættelsesforhold, hvor anden speciallovgivning i stedet finder anvendelse. "Virksomheder" skal dog fortolkes bredt, så enhver økonomisk aktivitet i et marked med varer og tjenester er omfattet af loven.<sup>49</sup> Virksomhedens retlige status er underordnet,<sup>50</sup> således at også enkeltmandsvirksomheder kan være omfattet. Også dette kriterie vil næppe volde problemer, når det skal vurderes, om der er indgået en ulovlig konkurrenceklausul i et distributionsforhold, da sådanne aftaler typisk vil være indgået mellem erhvervsdrivende.

#### Ad 3: Aftalen skal have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen

Afgørende bliver derfor, om aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Der er tale om to alternative kriterier, hvor opfyldelse af den ene er tilstrækkelig til, at bestemmelsen bliver ugyldig.<sup>51</sup> Hvis

<sup>49</sup> Forslag til konkurrencelov, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 1 og Heide-Jørgensen 2017, s. 170

<sup>50</sup> Sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macotron GmbH, præmis 21

<sup>51</sup> Bo Madsen 2018, s. 116



begrænsningen hverken har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er den lovlig og bindende for parterne.<sup>52</sup>

Formålsbegrænsninger er begrænsninger, hvis objektive karakteristika er egnede til at begrænse konkurrencen.<sup>53</sup> Det er for sådanne bestemmelser ligegyldigt, om konkurrencen reelt bliver påvirket.<sup>54</sup> Modsat er følgebegrænsninger, begrænsninger hvis formål ikke nødvendigvis er at begrænse konkurrencen, men hvis konsekvens alligevel er begrænsende.<sup>55</sup>

For at en aftale kan siges at have til *formål* at begrænse konkurrencen, kræves, at aftalen i sig selv er *tilstrækkelig skadelig* for konkurrencen til, at der ikke er behov for at vurdere, om den de facto skader konkurrencen.<sup>56</sup> Der er tale om en vurdering, hvor der skal lægges vægt på erfaring og potentiale for skadende virkning.<sup>57</sup>

Hvis en aftale ikke har til formål at begrænse konkurrencen, er næste skridt at vurdere, om den alligevel har *til følge* at begrænse konkurrencen.<sup>58</sup> Vurderingen af, om en aftale er konkurrencebegrænsende, skal foretages ud fra den konkrete kontekst. Afgørende er, hvordan konkurrencen ville forme sig, hvis aftalen ikke fandtes.<sup>59</sup> En aftale kan kun anses for at have til følge at begrænse konkurrencen, såfremt det med en rimelig grad af sandsynlighed kan forventes at medføre en negativ virkning for priser, produktion, innovation, variation i udbud eller produktkvalitet. Der er tale om en meget konkret vurdering, hvor markedsforhold og konkurrencebetingelserne for det enkelte produkt skal inddrages.<sup>60</sup>

Det synes nærliggende, at konkurrenceklausuler har til formål at begrænse konkurrencen, da de netop medfører, at en distributør ikke må købe produkter fra konkurrenter. EU-Domstolen har imidlertid konsekvent fastslået, at konkurrenceklausuler ikke har et konkurrencebegrænsende formål.<sup>61</sup> Dette synspunkt støttes af, at konkurrenceklausuler ikke fremgår af opstillingen over bestemmelser, som har til formål at begrænse konkurrencen efter kommissionens arbejdsdokument til Bagatelmeddelelsen.<sup>62</sup>

Årsagen til dette synspunkt skal sandsynligvis findes i de effektivitetsfordele, som oftest begrunder konkurrenceklausuler. Konkurrenceklausuler giver leverandøren mulighed for at planlægge hans leverancer, mens distributøren som regel kan forhandle en fordel, fx i priser eller i salgssassistance, til gengæld for at fokusere hele sin afsætning på leverandørens produkter.<sup>63</sup> Konkurrenceklausuler kan imidlertid have negative

---

<sup>52</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 19

<sup>53</sup> Bo Madsen 2018, s. 117

<sup>54</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 20

<sup>55</sup> Bo Madsen 2018, s. 117

<sup>56</sup> Sag C-67/13 P, *CB mod Kommissionen*, Præmis 52-53

<sup>57</sup> Retningslinjerne, pkt. 22-23

<sup>58</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 24

<sup>59</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 17

<sup>60</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 24

<sup>61</sup> Sag 23/67 *Brasserie de Haecht*, se fra nyere tid C-234/89, *Delimitis*, præmis 13 og T-7/93, *Langnese-Iglo*, præmis 94-95

<sup>62</sup> Kommissionens arbejdsdokument af 25. juni 2014 om begrænsninger, som har til formål at begrænse konkurrencen

<sup>63</sup> *Valentine*, s. 198

effekter, navnlig ved afskærmning af markedet og svækkelse af konkurrencen.<sup>64</sup> En afskærmning af markedet kan skade forbrugerne ved at medføre højere priser, færre valgmuligheder og ringere kvalitet.<sup>65</sup> Hvis sådanne negative effekter kan påvises, vil konkurrenceklausulen som udgangspunkt være ulovlig efter konkurrencelovens § 6.

Ældre praksis fra konkurrencestyrelsen har - uden nogen videre begrundelse - fundet, at konkurrenceklausuler havde til formål at begrænse konkurrencen.<sup>66</sup> Set i lyset af praksis fra EU-domstolen synes denne konklusion forkert. I nyere praksis har konkurrencestyrelsen da også foretaget en mere dybdegående analyse.<sup>67</sup> Af retskildemæssige overvejelser bliver der lagt større vægt på EU-domstolen og nyere praksis fra konkurrencestyrelsen, mens de ovenfor nævnte afgørelser ikke tillægges betydning. Det kan ikke fuldstændig afvises, at en konkurrenceklausul i en konkret situation bliver vurderet som havende til formål at begrænse konkurrencen. I mangel på domstolspraksis tages der imidlertid i fremstillingen udgangspunkt i, at konkurrenceklausuler ikke har et konkurrencebegrænsende formål. Dette synes også logisk - bliver markedet ikke konkret afskærmet, og er der stadig en tilstrækkelig grad af konkurrence til at opnå ideel pris og kvalitet, vil det ikke for hverken leverandører eller forbrugere have nogen betydning, at enkelte distributører er bundet til enkelte leverandører.

Det må derfor konkluderes, at konkurrenceklausuler som udgangspunkt alene er ulovlige i det tilfælde, hvor de efter en konkret vurdering har til følge at begrænse konkurrencen. Hvis en aftalebestemmelse findes at være i strid mod forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, bliver bestemmelsen ugyldig, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5. Det er som udgangspunkt kun den konkurrencebegrænsende bestemmelse, som bliver ugyldig, medmindre denne ikke meningsfuldt kan udtages fra den øvrige aftale.<sup>68</sup>

Det er imidlertid tale om et udgangspunkt med mange undtagelser. Det følger således direkte af konkurrencelovens § 6, stk. 5, at en konkurrencebegrænsende aftale kun er ugyldig, for så vidt den ikke er undtaget efter bagatelreglerne, eller fritaget på baggrund af en individuel vurdering eller en gruppefritagelse. Dertil kommer læren om accessoriske begrænsninger, som er opstået i EU-praksis. Hver enkelt undtagelse gennemgås i det følgende.

## 7.2 Bagatelreglerne

For at en aftale skal kunne påvirke konkurrencen kræves, at aftalen ikke er af ubetydelig størrelse. En meget lille aftale vil ikke effektivt kunne påvirke den samlede konkurrence negativt. Dette er der ved udarbejdelsen af regelsættet taget højde for.

---

<sup>64</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 130

<sup>65</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 101

<sup>66</sup> *Aftale om billetformidling på internettet*, konkurrencestyrelsen 29. november 2000 og *Dagrofra-koncernens kædeaftaler*, konkurrencestyrelsen 29. september 1999

<sup>67</sup> Se fx *Bestsellers forhandleraftaler for selvstændige konceptbutikker*, konkurrencestyrelsen 27. august 2003

<sup>68</sup> Se hertil U 1997.856 H

### En EU-konform bestemmelse

Det følger derfor i dansk lov direkte af konkurrencelovens § 7, at forbuddet i § 6 ikke gælder for aftaler mellem virksomheder med markedsandele under visse bagatelgrænser, medmindre aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Loven er ændret i 2017,<sup>69</sup> og er nu helt overensstemmende med EU-kommissionens bagatelmeddelelse. Det følger ligeledes af forarbejderne, at bestemmelsen skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med den til enhver tid gældende fortolkning, som bliver anlagt af EU-Domstolen efter bagatelmeddelelsen.<sup>70</sup> Den retskildemæssige værdi af henholdsvis konkurrencelovens § 7 og bagatelmeddelelsen er imidlertid forskellig. Da bagatelgrænserne er indsat som lov under dansk ret, har virksomheder en sikkerhed for, at deres aftaler er lovlige, så længe de holder sig under bagatelgrænserne. Da bagatelmeddelelsen blot er en meddelelse, er den kun af vejledende karakter, og kan efter omstændighederne fraviges ved domstolene. Kommissionen har dog bundet sig selv ved meddelelsen, således at den ikke vil retsforfølge virksomheder, som falder under tærskelværdierne.<sup>71</sup>

### De undtagne aftaler

Bagatelgrænsen for aftaler mellem ikke-konkurrenter er 15 %. Vertikale aftaler mellem ikke-konkurrenter med under 15 % markedsandel er altså så ubetydelige, at de ikke begrænser konkurrencen.

Det følger af bestemmelsens stk. 4, at bagatelreglerne ikke gælder, hvis aftalen sammen med lignende aftaler begrænser konkurrencen ("kumulativ afskærmning"). Bestemmelsen om kumulativ afskærmning skal forstås i overensstemmelse med bagatelmeddelelsens punkt 10,<sup>72</sup> hvorefter bagatelgrænserne ved kumulativ afskærmning sænkes til 5 %, og hvorefter en kumulativ afskærmende virkning er usandsynligt, hvis mindre end 30 % af det relevante marked er dækket af parallelle netværk af aftaler med lignende virkninger. I et eksempel hvor 3 leverandører hver binder 12 % af markedet, og en enkelt leverandør binder 4 % af markedet, således at i alt 40 % af markedet er afskærmet, vil de 3 leverandører med 12 % ikke være undtaget efter bagatelreglerne, mens den sidste leverandør med 4 % vil være undtaget.

En markedsprocent over bagatelgrænsen er ikke i sig selv nok til, at aftalen er konkurrencebegrænsende. Det kræves stadig, at det kan påvises, at aftalen reelt har til følge at begrænse konkurrencen. Bagatelreglerne er i stedet "safe harbors", hvor aftalerne i hvert fald *ikke* begrænser konkurrencen.

---

<sup>69</sup> Ved lov om ændring af konkurrenceloven, lov nr. 1545 af 19. december 2017

<sup>70</sup> Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 1, til nr. 1.

<sup>71</sup> Bagatelmeddelelsen, pkt. 5

<sup>72</sup> Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 1, til nr. 1

### 7.3 Individuel fritagelse

Konkurrencebegrænsende aftaler kan efter omstændighederne medføre så mange fordele for forbrugeren, at en konkurrencebegrænsende effekt accepteres. Dette kommer til udtryk i konkurrencelovens § 8 om individuel fritagelse.

Herefter er aftaler, som er konkurrencebegrænsende og dermed uden retsvirkning efter forbuddet mod konkurrencebegrænsninger alligevel gyldige, såfremt 4 kriterier er opfyldt:<sup>73</sup>

- 1) Aftalen skal bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne, eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling,
- 2) samtidig med at forbrugerne sikres en rimelig andel af fordelene herved,
- 3) uden at der pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, og
- 4) uden at der gives virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

Betingelserne er kumulative. Simplificeret kan det siges, at der gives en tilladelse til at bevare en konkurrencebegrænsende aftale, hvor de positive fordele herved opvejer de negative ulemper,<sup>74</sup> da effekten heraf vil være, at konkurrencen på det relevante marked fremmes.<sup>75</sup> Dette skyldes, at effekten af en sådan aftale er, at den fremmer selve kernen i konkurrenceprocessen, ved at forbrugerne tilbydes bedre produkter eller lavere priser.<sup>76</sup> At forbrugerne skal sikres billigere eller bedre produkter kommer netop til udtryk i bestemmelsens betingelse om, at forbrugerne sikres en rimelig andel af fordelene.

Vertikale begrænsninger er normalt ikke så skadelige som horisontale begrænsninger, og de kan medføre mærkbare effektivitetsgevinster, såsom minimering af distributionsomkostninger, effektivisering af distribution, og forbedring af salg af leverandørens produkt.<sup>77</sup> En leverandør kan have betænkeligheder ved at yde særlige services, bistå med afsætningen og så videre, hvis der er en risiko for, at en konkurrerende leverandør vil få fordele heraf.<sup>78</sup> Konkurrencelovens § 8 kan derfor efter omstændighederne undtage en konkurrenceklausul i distributionsforhold. De specifikke tilfælde, hvor § 8 kan finde anvendelse på konkurrenceklausuler, vil blive gennemgået i analyseafsnittet.

---

<sup>73</sup> Konkurrencelovens § 8 og *Jessen m.fl. 2016*, s. 65-66

<sup>74</sup> *Jessen m.fl. 2016*, s. 64-65 samt *Retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3*, pkt. 33

<sup>75</sup> *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3*, pkt. 33

<sup>76</sup> *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3*, pkt. 33

<sup>77</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 98 og *Sufrin & Jones 2019*, s. 771

<sup>78</sup> *Sufrin & Jones 2019*, s. 771

## 7.4 **Gruppefritagelse**

Den individuelle vurdering efter konkurrencelovens § 8 kan være kompliceret. Fra politisk side har der været et ønske om at gøre det nemmere for virksomheder, at vurdere sine aftaler i lyset af disse regler. Derfor er der indsat en mulighed for at fritage grupper af aftaler, som sædvanligvis vil opfylde kravene i konkurrencelovens § 8, og ikke behøver at undergå en individuel vurdering. Den EU-retlige gruppefritagelse for vertikale aftaler er som konsekvens inkorporeret i dansk ret ved gruppefritagelsesbekendtgørelsen med hjemmel i konkurrencelovens § 10. Fritagelsen er yderst vigtig for leverandører, som ønsker at indgå konkurrenceklausuler.

### 7.4.1 **Vertikale aftaler mellem parter med under 30 % markedsandele er som udgangspunkt lovlige**

Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på alle vertikale aftaler, som omhandler salg varer og tjenester, jf. forordningens artikel 1, stk. 1, litra a og artikel 2. Både forhandleraftaler, agentaftaler og franchiseaftaler falder under gruppefritagelsesforordningen.

Efter forordningens artikel 3 gælder en legalitetsformodning, når hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger 30 % af det relevante produktmarked. Det relevante produktmarked er for sælgeren det marked, hvor han sælger produkterne, og for køberen det marked, hvor han køber produkterne. Det vil sige, at virksomheder med under 30 % markedsandele som udgangspunkt frit kan indgå konkurrencebegrænsende aftaler, herunder konkurrenceklausuler.

### 7.4.2 **Klausuler, som på trods af gruppefritagelsen ikke er lovlige i vertikale aftaler**

Gruppefritagelsesforordningens artikel 5 opstiller imidlertid en række tilfælde, hvor konkurrenceklausuler ikke omfattes af fritagelsen. Hvis en konkurrenceklausul ikke er fritaget skal denne vurderes enkeltvis. Den øvrige del af aftalen falder imidlertid fortsat under gruppefritagelsesforordningen, hvis de kan udskilles fra de udelukkede bestemmelser. Disse bestemmelser er særdeles vigtige for konkurrenceklausuler, hvorfor de vil blive gennemgået enkeltvist i det følgende:

#### Konkurrenceklausuler med en varighed på over 5 år

Enhver direkte eller indirekte konkurrenceklausul med ubegrænset varighed eller en varighed på over fem år falder uden for gruppefritagelsen, jf. artikel 5, stk. 1, litra a. Konkurrenceklausuler, som stiltiende fornyes ud over en periode på 5 år, anses for indgået på ubestemt tid.

Konkurrenceklausuler på op til 5 år er altså omfattet af Gruppefritagelsesforordningen, mens klausuler på over 5 år falder udenfor, og i stedet skal vurderes individuelt efter konkurrencelovens § 8. Ønskes en længere konkurrenceklausul, skal denne genforhandles som minimum hvert femte år. Der er imidlertid ingen grænse for, hvor ofte en sådan klausul kan genindgås. Leverandøren må dog ikke tvinge distributøren til at genindgå

konkurrenceklausulen, fx ved at lade hovedstolen til et lån forfalde, eller forøge afdragene på et sådant lån i tilfælde af, at distributøren ikke forlænger.<sup>79</sup> Det er dog i litteraturen blevet anført, at der sandsynligvis er en adgang til at lade hele aftalen forfalde efter 5 år, og på den måde "tvinge" distributøren til at skulle indgå konkurrenceklausulen på ny, hvis han ønsker at indgå en ny aftale om køb fra leverandøren.<sup>80</sup> Det er i tråd hermed blevet anført i anden litteratur, at det også vil være indenfor gruppefritagelsens område at indsætte en adgang for leverandøren til at opsigte aftalen, såfremt distributøren ikke ønsker at forlænge konkurrenceklausulen efter de første 5 år.<sup>81</sup> Disse påstande er hverken blevet af- eller bekræftet i praksis.

Der gælder desuden en undtagelse til 5 års grænsen, såfremt køberen driver virksomhed fra leverandørens lokaler eller fra lokaler lejet af leverandøren fra tredjemand. Hvis det er tilfældet må klausulen løbe indtil køberen ikke længere benytter lokalerne. Begrundelsen herfor er, at det vil være urimeligt at forlange, at lejerer må sælge konkurrerende varer fra udlejerens lokaler uden dennes tilladelse.<sup>82</sup>

Det er endelig vigtigt at bemærke at konkurrenceklausuler, som automatisk forlænges ud over en periode på 5 år, falder udenfor gruppefritagelsen *fra starten* af kontrakten, og ikke først efter udløbet af de første 5 år. Bestrides en konkurrenceklausul, som stiltiende kan fornyes ud over 5 år i aftalens 3. år, vil den dermed falde udenfor gruppefritagelsen og skal i stedet vurderes individuelt.<sup>83</sup>

#### Post term konkurrenceklausuler

Enhver direkte eller indirekte forpligtelse, som foranlediger køberen til efter aftalens ophør ikke at fremstille, købe, sælge eller videresælge varer eller tjenester falder udenfor gruppefritagelsen, jf. dennes artikel 5, stk. 1, litra b. *Post term* konkurrenceklausuler er dermed ikke gruppefritaget, uanset varighed eller geografisk udstrækning. Der findes en undtagelse til forbuddet mod post term forpligtelser, såfremt forpligtelsen vedrører varer, som konkurrerer med aftalevarerne og er begrænset til den grund og det lokale, hvorfra køberen drev virksomhed i kontraktperioden. Derudover skal en sådan forpligtelse være uomgængelig nødvendig for at beskytte knowhow, og maksimalt strække sig et år.

#### Bojkot bestemmelser

Endelig falder enhver direkte eller indirekte forpligtelse, der foranlediger medlemmerne af et selektivt distributionssystem til at undlade at sælge bestemte konkurrerende leverandørers mærker, udenfor forordningen, jf. artikel 5, stk. 1, litra c. Her er ikke tale om en generel konkurrenceklausul, men i stedet udelukkelse af bestemte konkurrerende leverandører. Anvendes et selektivt distributionssystem, må leverandøren altså ikke forbyde distributøren at sælge specifikke konkurrerende produkter. Undtagelsen har til

---

<sup>79</sup> Heide-Jørgensen 2009, s. 429

<sup>80</sup> Heide-Jørgensen 2009, s. 429 samt Wijckmans 2018, s. 254 modsætningsvist

<sup>81</sup> Wijckmans 2018, s. 255

<sup>82</sup> Retningslinjerne, pkt. 67

<sup>83</sup> Wijckmans 2018, s. 255-256

formål at undgå, at en række leverandører benytter de samme selektive salgskanaler for at afskære en eller flere bestemte konkurrenter (kollektivt boykot).<sup>84</sup> Selektive salgskanaler vil ikke blive behandlet yderligere.

Gruppefritagelsesforordningen fritager således during term konkurrenceklausuler mellem virksomheder med under 30 % markedsandele, såfremt klausulerne ikke overstiger aftalens løbetid, og under alle omstændigheder ikke har en varighed på mere end 5 år. Post term konkurrenceklausuler er kun undtaget i begrænsede tilfælde.

Hvis en aftale i et konkret tilfælde skulle være fritaget efter forordningen, men alligevel har virkninger som er uforenelige med konkurrencelovens § 8, kan konkurrencestyrelsen undlade at benytte forordningen, jf. gruppefritagelsesbekendtgørelsens § 3.

### 7.5 Accessoriske begrænsninger

Konkurrencebegrænsninger falder ikke under forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, såfremt de knytter sig til en ikke-konkurrencebegrænsende hovedtransaktion som en nødvendig del heraf.<sup>85</sup> Der tales i det tilfælde om *accessoriske* konkurrencebegrænsninger.

For at en begrænsning skal være accessorisk, skal den være objektivt nødvendig og stå i rimeligt forhold til hovedaftalen.<sup>86</sup> Det er ligegyldigt, om begrænsningen i betragtning af konkurrencesituationen på det pågældende marked er nødvendig for hovedtransaktionens *kommercielle* succes. I stedet er fokus, om begrænsningen, hvis der ses snævert på hovedtransaktionen, er nødvendig for at gennemføre denne transaktion.<sup>87</sup> Hvis det er tilfældet, vil begrænsningen være accessorisk.

En accessorisk bestemmelse er ikke konkurrencebegrænsende efter konkurrencelovens § 6, så længe hovedtransaktionen ikke er konkurrencebegrænsende.<sup>88</sup> Det er derfor ikke nødvendigt at vurdere, om en accessorisk aftale kan opnå fritagelse efter andre regler.

Accessoriske begrænsninger er særligt relevante for franchiseaftaler, mens der ikke er praksis, hvor en konkurrenceklausul blev anset som accessorisk i et almindeligt forhandlerforhold eller en agentaftale. Accessoriske konkurrenceklausuler vil derfor blive behandlet mere dybdegående i forbindelse med analysen af franchise-aftaler.

---

<sup>84</sup> Retningslinjerne, pkt. 69

<sup>85</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 29

<sup>86</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 29

<sup>87</sup> T-112/99, *Metropole Télévision Services (M6) m.fl. mod Kommissionen*, præmis 109 og Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 31

<sup>88</sup> T-112/99, *Metropole Télévision Services (M6) m.fl. mod Kommissionen*, præmis 115

## 7.6 Sammenfattende om den danske regulering af konkurrenceklausuler

Sammenfattende om den generelle regulering af konkurrenceklausuler, kan følgende konkluderes:

Hvis en virksomhed har under 15 % markedsandele, er der fri adgang til at indgå konkurrenceklausuler i kraft af bagatelreglerne.

Hvis konkurrenceklausulen er accessorisk til en ikke-konkurrencebegrænsende hovedaftale og *nødvendig* til gennemførelse heraf, er der ligeledes fri adgang til at indgå konkurrenceklausuler.

Hvis en virksomhed har mellem 15 og 30 % markedsandele kan der indgås konkurrenceklausuler i op til aftalens løbetid, dog maksimalt 5 år, medmindre leverandøren ejer lokalerne, som distributøren anvender. Der kan ligeledes indgås op til 1 års post term konkurrenceklausuler, hvis de overholder betingelserne i gruppefritagelsesforordningen.

Hvis virksomheden har over 30 % markedsandele, eller hvis konkurrenceklausulen overstiger grænserne i gruppefritagelsen, skal der foretages en individuel vurdering af, om markedet begrænses efter konkurrencelovens § 6 og i bekræftende fald, om klausulen kan legitimeres efter konkurrencelovens § 8.

Rent juridisk er det mest korrekt først at vurdere, om en aftale er konkurrencebegrænsende for dernæst at konkludere, at aftalen alligevel er legitimeret efter gruppefritagelsen. I praksis vil det imidlertid altid først blive vurderet, om parterne har en markedsandel over 30 %, eller om klausulen falder uden for gruppefritagelsen, og kun i bekræftende fald, om konkurrenceklausulen har en konkurrencebegrænsende effekt.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Retningslinjerne, pkt. 110



## **KAPITEL 3: KONKURRENCEKLAUSULER I FORSKELLIGE DISTRIBUTIONSFORHOLD**

I forrige kapitel blev den generelle regulering af konkurrencebegrænsende aftaler, herunder konkurrenceklausuler, analyseret. Reglerne gælder for alle distributionsforhold. For at kunne besvare spørgsmålet om, hvilken indflydelse valget af distributionsform har på anvendelsen af reglerne, er det imidlertid nødvendigt at analysere praksis og øvrige retskilder indenfor hver enkelt aftaletype. Denne analyse bliver foretaget i indeværende kapitel.

I hvert afsnit bliver der først kort redegjort for, hvilken type distribution der er tale om. Denne sondring er yderst vigtig, da den konkurrenceretlige vurdering er afhængig af de konkrete økonomiske og retlige forhold, som gør sig gældende, mens det ikke har nogen betydning, hvad parterne formelt har kaldt aftaleforholdet.<sup>90</sup> En aftale bliver for eksempel kun reguleret af de franchise-specifikke regler, såfremt aftalen har de karakteristika, som begrundet retsstillingen indenfor franchise. Når aftaleforholdet er defineret, vil retsstillingen for during term klausuler blive gennemgået, efterfulgt af retsstillingen for post term klausuler. Til sidst i hvert afsnit bliver der kort konkluderet på analysen.

### **8 FORHANDLERFORHOLD**

#### **8.1 Definitionen af forhandlerforhold**

Forhandlerforhold er aftaler, hvor en selvstændig distributør køber aftalevarerne, overtager ejendomsretten, og herefter er frit stillet for, hvordan varerne skal videresælges. Det er et vigtigt element, at forhandleren handler for egen regning og bliver ejer af de pågældende varer.<sup>91</sup> Forhandleren har fuld handlefrihed, men bærer også selv risikoen, hvis varerne ikke sælges.

Fremstillingens definition er begrænset til forhandlerforhold i sin mest basale form. Betydningen af særlige former for forhandlerforhold, såsom selektiv distribution, eneforhandling osv. behandles ikke.

Forhandleraftaler kan siges at være den mest grundlæggende distributionsform, og hvis en aftale ikke lever op til kravene for at være en agentaftale eller en franchiseaftale, vil det typisk være retsstillingen for almindelige forhandlerforhold, der faldes tilbage på.

#### **8.2 During term**

Hvis en leverandør ønsker at begrænse distributørens mulighed for at forhandle med konkurrerende varer, må en sådan aftale ikke være konkurrencebegrænsende. Hvis konkurrencen begrænses, vil konkurrenceklausulen

---

<sup>90</sup> *Sufrin & Jones 2019*, s. 743

<sup>91</sup> *Bryde Andersen 2016*, s. 370 og s. 376

i ugyldig i kraft af forbuddet gennemgået i forrige kapitel. Rent praktisk bør leverandøren først undersøge, om aftalen er gruppefritaget og dermed er lovlig. I det tilfælde behøver leverandøren sædvanligvis ikke at foretage en nærmere analyse af, om aftalen rent faktisk er konkurrencebegrænsende.

Hvis en leverandør ønsker at indgå konkurrenceklausuler, som går videre end hvad der er undtaget efter gruppefritagelsesforordningen, eller hvis en af aftaleparterne har en markedsandel på over 30 %, må det undersøges, om klausulen har en konkurrencebegrænsende følge, og i bekræftende fald, om der kan opnås individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8.

### 8.2.1 Påvirkningen af markedet - er klausulen konkurrencebegrænsende?

Som tidligere angivet har konkurrenceklausuler ikke et konkurrencebegrænsende formål. Der er heller ingen formodning for, at aftaler mellem virksomheder med over 30 % markedsandel har en konkurrencebegrænsende følge.<sup>92</sup> Der skal i hver sag anlægges en konkret vurdering af den specifikke klausuls indvirkning af markedet for at vurdere, om aftalen er i strid med konkurrencelovens § 6. Denne vurdering sker navnlig ved at analysere, om konkurrenters adgang til markedet afskærmes. EU-Domstolen illustrerede dette i *Delimitis*-dommen:<sup>93</sup>

I dommen, som var et præjudicielt spørgsmål, var leverandøren en producent af øl, som bortforpagtede en restauration til forhandleren. Leverandøren og forhandleren havde indgået en aftale, hvorefter forhandleren var forpligtet til at dække forbruget af øl på fad, flaske og dåse med leverandørens produkter. Forhandleren havde alene en minimumskøbsforpligtelse på et bestemt liter øl. Aftalen gjorde imidlertid, at distributøren de facto kun kunne købe øl fra leverandøren. Da forhandleren overtrådte denne konkurrenceklausul, blev parterne uenige om, hvorvidt klausulen var i strid med de daværende konkurrenceregler og dermed ugyldig.

Domstolen startede med at afgrænse det relevante marked. Domstolen fandt her, at markedet for salg af øl i restaurationsbranchen kunne adskilles fra markedet for salg af øl i detailhandelen (det relevante produktmarked). Derudover fandt Domstolen, at markedet geografisk kunne afgrænses til det nationale marked, da aftaler om levering af øl i overvejende grad blev indgået på nationalt plan (det relevante geografiske marked). Det relevante marked var således øl solgt i restaurationer i Tyskland (præmis 17).

Efter at have fastlagt det relevante marked udtalte domstolen, at det skulle vurderes, om markedet var utilgængeligt for nye leverandører. Domstolen instruerede den nationale domstol i en analyse af alle faktiske forhold, som kunne få en betydning herfor. Der skulle navnlig ses på, hvor stor en del af markedet der var bundet, men ligeledes hvorvidt øvrige konkurrenter anvendte lignende klausuler, muligheden for at erhverve konkurrenter som allerede var på markedet, antallet af øl-grossister som ikke var bundet af mærkeeksklusivitetsaftaler, konkurrencebetingelserne på markedet, herunder antal af og størrelse på konkurrenterne, samt markedets mætningsgrad og forbrugernes loyalitet (præmis 19-22). Kun hvis alle disse økonomiske og retlige forhold samlet gjorde, at konkurrenter blev hindret adgang til markedet, kunne de enkelte aftaler anses som konkurrencebegrænsende.

---

<sup>92</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 23

<sup>93</sup> C-234/89, *Delimitis*

Endelig fastslog domstolen, at såfremt det fandtes, at det relevante marked var vanskeligt tilgængeligt, skulle det vurderes, i hvilket omfang leverandørens aftaler bidrog til den samlede afskærmningsvirkning. Til denne vurdering udtalte Domstolen, at der navnlig skulle lægges vægt på leverandørens størrelse, samt varigheden af konkurrenceklausulen. En leverandør, som har en lille markedsandel, men som binder sine distributører i mange år, kan således bidrage lige så meget til afskærmningen som en leverandør med en stor markedsandel, som kun binder distributørerne kortvarigt (præmis 26). Kun i det tilfælde, hvor leverandørens aftaler bidrager til markedsafskærmningen, er aftalen i strid med konkurrencereglerne. EU-Domstolen lod det herefter være op til den nationale domstol at foretage denne vurdering på den konkrete situation.

Dommen indleder med at afgrænse det relevante marked ud fra produktmarkedet samt det geografiske marked, og opstiller herefter 2 krav, som skal være opfyldte, før en konkurrenceklausul anses som konkurrencebegrænsende på det pågældende marked: 1) Det relevante marked skal være utilgængeligt for konkurrenter, herunder nye konkurrenter, og 2) den pågældende aftale skal bidrage til afskærmningen af markedet. Denne "Delimitis-test" er senere blevet brugt i andre sammenhænge, og anvendelsesområdet strækker sig derfor ikke blot til øl-leverancer, men må anses som generel.<sup>94</sup>

#### Ad. 1) Markedet skal være utilgængeligt

Testen af, om markedet er lukket for øvrige konkurrenter, er helt konkret funderet, og alle relevante forhold skal derfor undersøges. Dette illustreres af senere praksis fra EU-domstolen og konkurrencestyrelsen:

*Langnese-Iglo*<sup>95</sup> er én af en række sager hos Domstolen om salg af is.<sup>96</sup> I sagen bandt en leverandør af is (Langnese) sine distributører til ikke at sælge konkurrerende produkter i 2,5 år. En konkurrerende leverandør (Mars) kunne ikke trænge ind på markedet, og havde derfor ansøgt om annullation af Langneses konkurrenceklausuler. Da sagen kom for Domstolen, skulle den vurdere, hvorvidt markedet blev afskærmet. Domstolen fastslog i den forbindelse indledende, at de to største leverandører bandt over 30 % af markedet. Domstolen gjorde imidlertid udtrykkeligt opmærksom på, at den bundne del af markedet alene var én faktor i den samlede vurdering (præmis 105-106). Det blev herefter fastslået, at der var yderligere adgangsbarrierer til markedet, idet Langnese stillede fryserne til rådighed for distributørerne, som udelukkende måtte anvendes til Langneses is. For at komme ind på markedet var det således påkrævet, at Mars (og andre potentielle konkurrenter) enten overtalte leverandørerne til at installere endnu en fryser, eller til at skifte Langneses ud. Dette var vanskeligt, da distributionen ofte sker igennem små salgssteder med plads til en enkelt fryser, og Langnese, i kraft af deres markedskraft, havde et stort og attraktivt udvalg. Det faktum, at mange af distributørerne var små gjorde desuden, at en ny konkurrent, for at kunne etablere et fungerende distributionssystem, var nødt til at samle et stort antal forhandlere indenfor et bestemt geografisk område, som kunne få varerne leveret fra regionale depoter eller centrallagre. Domstolen konkluderede herefter, at den øvrige markedssituation sammenholdt med varigheden af konkurrenceklausulerne gjorde, at markedet blev afskærmet for nye kunder.

I *Greene King*<sup>97</sup> var der, ligesom i *Delimitis*, tale om salg af øl til restauranter, hvor der var indgået konkurrenceklausuler. I sagen drev distributøren en pub, som de forpagtede hos Greene King. Som led i

<sup>94</sup> *Wijckmans 2018*, s. 243

<sup>95</sup> T-7/93, *Langnese-Iglo* og senere bekræftet i appel-sagen C-279/95 P, *Langnese-Iglo II*

<sup>96</sup> Se bl.a. C-344/98, *HB Ice Cream* og T-65/98 *Van Den Bergh Foods*

<sup>97</sup> T-25/99, *Roberts v. Kommissionen*

forpagtningsaftalen forpligtede distributøren sig til alene at indkøbe øl hos Greene King (præmis 5). Distributøren sagsøgte efterfølgende Greene King med den påstand, at konkurrenceklausulen i aftalen var i strid med daværende TEUF artikel 85, stk. 1, som svarede til den nuværende TEUF artikel 101, stk. 1 og konkurrencelovens § 6. Afskærmningen af markedet var ikke bestridt ved Domstolen, men kommissionen tog stilling hertil i deres beslutning om sagen.<sup>98</sup> Kommissionen kom her frem til, at minimum 50 % af markedet var bundet af forskellige netværk af konkurrenceklausuler (præmis 86). Der var derudover yderligere adgangsbarrierer, da det på grund af bevillingsregler kunne være besværligt at åbne nye pubs, og at etablering af et fungerende distributionsnetværk ville kræve åbning af adskillige pubs, hvilket er en stor investering. En sådan investering vil desuden ofte kræve, at der indgås aftaler med andre leverandører for at kunne levere alle de nødvendige øltyper, der skal serveres på en restauration, idet små leverandører ofte blot fokuserer på en enkelt eller få øltyper (præmis 89). Derudover gjorde den lille rolle, som "traditionelle" grossister spillede i distributionen af øl i Storbritannien det svært for udenlandske eller nye leverandører at trænge ind på markedet selv. Udenlandske leverandørers mulighed for at omgå denne udfordring bestod hovedsageligt i at licensere produktionen til et britisk bryggeri, hvilket medførte, at leverandøren mistede kontrol over markedsføringen. På baggrund af alle disse faktorer blev markedet samlet set anset for at være afskærmet.

Størrelsen på leverandøren og de øvrige aktører på markedet er vigtig. I den danske *Bestseller*<sup>99</sup> var der indgået en konkurrenceklausul i hele aftalens løbetid, som ikke var tidsbegrænset. Det blev fastslået, at den største aktør på markedet (Bestseller) havde en markedsandel på under 30 %, og at de 5 største leverandørers samlede markedsandel var under 50 %. Af den grund blev det fundet, at konkurrenceklausulen ikke ville afskærme markedet. Afgørelsen er i fuld overensstemmelse med Kommissionens retningslinjer, som angiver, at når netop disse tærskelværdier ikke er overtrådt, vil det være usandsynligt, at markedet afskærmes.<sup>100</sup>

Af dommene, afgørelserne samt retningslinjerne kan det udledes, at der blandt andet kan kigges på leverandørens markedsposition, den samlede procentdel af markedet som er bundet af konkurrenceklausuler samt varigheden af disse, alle andre konkrete adgangsbarrierer, og den generelle markedsstruktur.<sup>101</sup>

#### Ad. 2) Aftalen skal bidrage til markedsafskærmningen

Hvis markedet er afskærmet, er næste skridt i *delimitis*-testen at analysere, om den pågældende aftale bidrager til afskærmningen. Har aftalen ikke nogen effekt på den beviste markedsafskærmning, begrænser den ikke konkurrencen. Ved analysen skal der primært kigges på partens markedsandel, samt varigheden af konkurrenceklausulerne:

I *Langnese-Iglo* fastslog domstolen meget kortfattet, at "I betragtning af [leverandørens] stærke position på markedet, navnlig selskabets markedsandel, finder Retten, at aftalerne i betydelig grad bidrager til en afskærmning af markedet" (præmis 112). De præcise markedsandele er redigeret ud af afgørelsen, men i Mars' argumentation er angivet, at Langneses markedsandel udgjorde 60 %, mens kommissionen havde lagt en markedsandel på over 45 % til grund. Den

<sup>98</sup> *Roberts/Greene King* (Sag IV/36.511/F3)

<sup>99</sup> *Bestsellers forhandleraftaler for selvstændige konceptbutikker*, konkurrencestyrelsen 27. august 2003, pkt. 61-73.

<sup>100</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 135.

<sup>101</sup> Se også *Retningslinjerne*, pkt. 132-138 samt *Van Bael & Bellis 2010*, s. 286 ff.

høje markedsandel er sandsynligvis årsagen til, at kontrakterne bidrog til markedsafskærmningen på trods af deres relativt korte løbetid på 2,5 år.

I *Greene King* bandt leverandøren sin distributør i 9 år. Dette var imidlertid væsentligt mindre end den periode på tyve år eller mere, som normalt blev aftalt i andre standardforpagtningsaftaler i branchen (præmis 70). Hertil kom, at leverandøren havde en markedsandel på under 2 % (præmis 57). Det blev derfor fastslået, at aftalerne ikke bidrog til markedsafskærmningen. Dommen er i fin overensstemmelse med den nuværende retstilling i konkurrencelovens § 7 og den tilsvarende EU-retlige bagatelmeddelelse, hvorefter virksomheder med under 5% markedsandele ikke anses for at bidrage til konkurrencebegrænsningen, selv når der sker en kumulativ afskærmning.

Praksis understreger, at der i hver enkelt sag skal foretages en analyse af henholdsvis den konkrete markedsafskærmning, efterfulgt af en analyse af de omstridtes aftalers bidrag til denne markedsafskærmning. De meget individuelt funderede domme gør det svært at sætte klare retningslinjer for, hvornår en aftale udenfor Gruppefritagelsesforordningen vil være i strid med konkurrencelovens § 6. Som retningslinje har kommissionen udtalt, at konkurrenceklausuler mellem ikke-dominerende virksomheder på under ét år normalt ikke vil give anledning til mærkbare konkurrenceskadelige virkninger, mens aftaler på en periode på mellem 1-5 år skal vurderes enkeltvis. Aftaler over 5 år vil imidlertid normalt begrænse konkurrencen.<sup>102</sup>

#### 8.2.2 Mulighed for individuel fritagelse i tilfælde af konkurrencebegrænsende klausul

Hvis det ud fra Delimitis-testen findes, at en konkurrenceklausul har en konkurrencebegrænsende følge, er næste skridt at vurdere, hvorvidt konkurrencebegrænsningen alligevel kan legitimeres af en undtagelsesbestemmelse.

Det er allerede blevet nævnt, at den vertikale gruppiefritagelsesforordning fritager konkurrenceklausuler på op til 5 år mellem virksomheder med under 30 % markedsandele. Fokus her vil derfor i stedet være muligheden for individuel fritagelse i de tilfælde, hvor konkurrenceklausulen enten indgås af virksomheder med mere end 30 % markedsandele eller har en varighed på over 5 år.

Leverandøren skal i de tilfælde bevise, at betingelserne i konkurrencelovens § 8 er opfyldt. Konkurrenceklausulen skal altså bidrage til effektivitetsfordele, samtidig med at forbrugeren sikres en rimelig andel af fordelene derved, uden at begrænsningerne går videre end hvad der er nødvendigt, og uden at konkurrencen udelukkes for en væsentlig del af de pågældende varer.

Der er tale om en konkret økonomisk vurdering, og der kan ikke opstilles klare rammer for hvad der er tilladt, og hvad der ikke er.<sup>103</sup> Kommissionen har imidlertid udtalt, at konkurrenceklausuler kan medføre effektivitetsfordele, som kan retfærdiggøre konkurrencebegrænsende klausuler i enten længere tid end 5 år eller mellem parter med over 30 % markedsandele. Det er særligt i hvis klausulen afhjælper en af følgende

---

<sup>102</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 133.

<sup>103</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 123

problemer: 1) frihjulsproblemer, 2) hold up-problemer, eller 3) imperfektioner på kapitalmarkedet.<sup>104</sup> Nedenfor vil de enkelte forhold blive behandlet enkeltvist.

#### (1) Frihjulsproblemer

Et frihjulsproblem (eller et "free rider problem") opstår, når der er en risiko for, at en konkurrerende leverandører "kører på frihjul" på fx leverandørens reklamefremstød eller knowhow. Som eksempel nævner Retningslinjerne den situation, hvor leverandøren investerer i salgsmarketing i køberens lokaler og dermed også tiltrækker kunder til konkurrerende leverandører.<sup>105</sup> Retningslinjerne indskrænker desuden undtagelsen til de få bestemte situationer, hvor den salgsmarketing indsats finder sted i køberens lokaler, omfatter alle varer og ikke er mærkespecifik.<sup>106</sup>

Det vil sige, at hvis en leverandør investerer i salgsmarketing i køberens lokaler, så kan det være legitimt at indgå en konkurrenceklausul, for at undgå at konkurrerende produkter får fordel heraf. Denne undtagelse skal sikre leverandørerne et incitament til at foretage sådanne investeringer, som kan styrke distributørens konkurrenceevne og dermed også styrke markedet.

#### (2) Hold up-problemer

"Hold up-problemer" opstår, når leverandøren bliver nødt til at foretage kundespecifikke investeringer.<sup>107</sup> Som eksempel nævner Retningslinjerne den situation, hvor en komponentfabrik er nødt til at fremstille eller købe en ny maskine for at levere et bestemt produkt til en bestemt kunde.<sup>108</sup> Tre betingelser skal være opfyldt, før hold-up problemer kan retfærdiggøre en konkurrenceklausul:

- 1) Investeringen skal være relationsspecifik. Det vil sige, at leverandøren ikke efter aftalens ophør kan anvende det købte aktiv i et andet forhandlerforhold, og at leverandøren ikke blot kan sælge maskinen uden betydelige tab.
- 2) Der skal være tale om en langsigtet investering. Investeringer som kan tjenes ind på kort sigt nødvendiggør ikke en konkurrenceklausul. Retningslinjerne angiver ikke hvad der menes med "langsigtet", men det må forventes at i hvert fald et par år er nødvendigt. Hvis konkurrenceklausulen skal strække sig i en længere periode end 5 år, skal investeringen strække sig i et tilsvarende tidsrum.
- 3) Investeringen skal være "asymmetrisk", hvilket vil sige, at den ene aftalepart skal investere mere end den anden part. En konkurrenceklausul kan dermed ikke retfærdiggøres ud fra hold-up betragtninger, hvis distributøren laver en tilsvarende investering.

---

<sup>104</sup> Retningslinjerne, pkt. 145

<sup>105</sup> Retningslinjerne, pkt. 107(a)

<sup>106</sup> Retningslinjerne, pkt. 107(a)

<sup>107</sup> Retningslinjerne, pkt. 107(d)

<sup>108</sup> Retningslinjerne, pkt. 107(d)

Hvis de tre betingelser er opfyldt, vil leverandøren normalt kunne indsætte en konkurrenceklausul i den tid, det tager at afskrive investeringen.<sup>109</sup>

### (3) Imperfektioner på kapitalmarkedet

I visse situationer er det fordelagtigt for køberen at optage et lån hos leverandøren i stedet for hos traditionelle långivere som banker. Hvis der optages lån til fx købet af leverandørens produkter, kan det være legitimeret at indgå en konkurrenceklausul.<sup>110</sup> Dette må antages at være begrundet i, at leverandøren næppe har lyst til at finansiere distributørens indkøb af konkurrerende produkter på gunstige vilkår, og en konkurrenceklausul kan være den eneste effektive måde at kontrollere dette på. Køberen skal imidlertid have adgang til at opsig konkurrenceklausulen og tilbagebetale det udestående lånebeløb på et hvilket som helst tidspunkt uden betaling af strafrente.<sup>111</sup>

Den danske konkurrencestyrelse synes at have fulgt nogle af de samme tanker som angivet af kommissionen, men også at inddrage mere løse overvejelser:

*I Fritagelse om levering af Pokal øl<sup>112</sup> fandtes det konkurrencebegrænsende, da Carlsberg med 50 % markedsandele og FDB med 30 % markedsandele indgik en aftale, hvorefter FDB udelukkende måtte købe deres eget handelsmærke af Carlsberg i en 3 årig periode. Konkurrencestyrelsen gav imidlertid individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, da "den løbende koordinering af aktiviteterne og oplysninger om udviklingen fremmer effektiviteten". Det var nødvendigt, at aftalen havde en vis længde, for at Carlsberg kunne opnå forrentning af de investeringer, som skulle foretages ved etablering af aftalen, herunder til produktion og distribution. Aftalen gik derfor ikke videre, end hvad der var nødvendigt. Afgørelsen synes både at hentyde til, at konkurrenceklausulen kunne modvirke hold-up problemer (da Carlsbergs investering skulle tjenes ind), men var også åben over for det mere generelle faktum, at "løbende koordinering" fremmede effektiviteten.*

Fælles for alle undtagelser gælder, at effektivitetsfordele i visse tilfælde kan sikres ved et mindre indgribende alternativ, såsom en mængdeforpligtelse.<sup>113</sup> Hvis det er tilfældet, vil § 8's krav om, at der ikke pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, ikke være opfyldt. Leverandøren skal dermed bevise, at en konkurrenceklausul er den eneste måde, hvorpå han kan sikre effektivitetsfordelen.

Hvis aftalen konkret findes at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer, vil den heller ikke kunne legitimeres, selvom der opnås de ovenstående fordele.

---

<sup>109</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 107(d)

<sup>110</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 107(h)

<sup>111</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 147

<sup>112</sup> *Fritagelse til levering af Pokal øl mellem Carlsberg og FDB*, Konkurrencestyrelsen 29. november 2019

<sup>113</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 145

### 8.3 Post term

Ved vurderingen af post term klausuler er der ingen sikker havn i gruppefritagelsen, jf. dennes artikel 5, stk. 1, litra b. Det vil sige, at selv virksomheder med under 30 % markedsandele må vurdere deres aftaler efter forbuddet i konkurrencelovens § 6 samt undtagelsen i § 8.

Det kan teoretisk ikke udelukkes, at gruppefritagelsens undtagelse for 1 års post term klausuler kan anvendes, men der vil sjældent være overført den fornødne knowhow.<sup>114</sup> Undtagelsen vil derfor i stedet blive behandlet under afsnit 9.3 om post term klausuler i franchiseaftaler.

#### 8.3.1 Praksis indikerer, at post term klausuler vil være konkurrencebegrænsende

Post term klausuler skal i princippet vurderes på samme måde som during term klausuler, således at delimitis-testen skal følges for at vurdere, om klausulen medfører en markedsafskærmning. Det er angivet i litteraturen, at der ikke er nogen automatisk formodning for, at en post term konkurrenceklausul er i strid med konkurrencereglerne.<sup>115</sup> Praksis synes dog at indikere, at post term klausuler medfører udfordringer:

I U 1997.856 H var der indsat en 3 årig post term konkurrenceklausul i en forhandleraftale mellem en dansk producent af møntdeponeringslåse til indkøbsvogne og en fransk køber heraf. Konkurrenceklausulen var ikke omfattet af den daværende gruppefritagelse og måtte anses for stridende mod traktatens art. 85, stk. 1.<sup>116</sup> Det fremgår ikke klart af dommen, om Højesteret når denne konklusion på baggrund af, at klausulen ikke var omfattet af den dagældende gruppefritagelse, men der gives ikke anden begrundelse.

I SØ og Handelsrettens dom af 24. november 2017 havde en leverandør af vejhjælps-ydelser forbudt sine distributører at udøve konkurrerende virksomhed i 6 måneder efter aftalens ophør. Der var konkret tale om tjenesteydelser, men argumenterne kan anvendes analogt på salg af varer. SØ- og handelsretten fandt, at der var en betydelig risiko for, at distributørerne ville gå konkurs, såfremt konkurrenceklausulen blev overholdt. Dette ville betyde en mærkbar begrænsning af konkurrencen på markedet. Konkurrenceklausulerne havde derfor en konkurrencebegrænsende følge. Her var tale om en konkret afvejning af den konkurrencebegrænsende følge i stil med den, som blev anlagt i *Delimitis*. Der var ikke fremført forhold, som skulle retfærdiggøre aftalen efter konkurrencelovens § 8.

I *Go-Card ApS aftaler med cafeer og biblioteker*<sup>117</sup> var der indsat en 18 måneders post term konkurrenceklausul i en aftale om distribution af postkort. Det fremgår ikke af afgørelsen, hvorfor denne var konkurrencebegrænsende, men efter drøftelser med styrelsen blev klausulen fjernet. Styrelsen udstedte som konsekvens deraf en negativ erklæring efter konkurrencelovens § 9.

Retsstillingen må, på baggrund af det gennemgåede praksis, anses som værende usikker. Tages højesteretsdommen som præcedens kan det anføres, at alle post term konkurrenceklausuler udenfor gruppefritagelsesforordningen er i strid med forbuddet. Dommen er imidlertid afsagt ud fra et ældre regelsæt,

---

<sup>114</sup> *Goyder 2011*, s. 195

<sup>115</sup> *Faull & Nikpay 2014*, s. 1409

<sup>116</sup> U 1997.856 H, s. 871

<sup>117</sup> *Go-Card ApS aftaler med cafeer og biblioteker*, Konkurrencestyrelsen 21. juni 2000



hvortil kommer, at konklusionen i dommen synes forholdsvis ubegrundet. Særligt den konkrete karakter gør, at dommen har en svagere præcedens. Sø- og Handelsrettens argumentation i den nyere dom anlægger derimod en udførlig analyse, som lægger sig tæt op ad praksis fra EU-Domstolen om konkurrenceklausuler generelt. Konkurrencestyrelsens afgørelse skal sandsynligvis ses som et tegn på usikkerhed, hvor fjernelsen af konkurrenceklausulen under alle omstændigheder bringer aftalen "på den sikre side".

Taget Højesterets begrænsede argumentation, samt dommens alder i betragtning, synes det mest nærliggende, at domstolene, herunder Højesteret, i fremtiden vil følge Sø- og Handelsrettens eksempel, således at en post term konkurrenceklausul efter de konkrete omstændigheder kan findes at være ikke-konkurrencebegrænsende.

Det må dog holdes for øje, at der ikke findes praksis, hvor en post term konkurrenceklausul er blevet anset som ikke-konkurrencebegrænsende, og efter Sø og Handelsrettens vurdering var selv en meget kort bindingsperiode på 6 måneder i strid med forbuddet. Det må på den baggrund antages, at post term klausuler oftest vil være konkurrencebegrænsende i almindelige forhandlerforhold.

### 8.3.2 **Individuel fritagelse**

En konkurrencebegrænsende aftale skal opfylde kravene i konkurrencelovens § 8 for at være gyldig. Det er svært at forestille sig, at en post term konkurrenceklausul vil blive fundet at medføre effektivitetsfordele, som kommer forbrugeren til gode uden at gå videre end hvad der er nødvendigt. En post term konkurrenceklausul udelukker jo en distributør fra markedet uden at give forbrugeren mulighed for at købe et tilsvarende produkt. Der findes intet praksis, hvor en post term klausul er blevet fritaget efter § 8. Selvom det ikke kan udelukkes, at en konkret aftale vil kunne opnå fritagelse, må det anses som usandsynligt.

### 8.4 **Opsummerende om forhandlerforhold**

Når der i almindelige forhandlerforhold trædes udenfor de sikre havne i bagatelreglerne og gruppefritagelsen, viser praksis, at der i stedet trædes ud på markant mere usikker grund.

Hver aftale skal vurderes konkret. Det skal i første omgang vurderes, hvorvidt markedet er afskærmet for potentielle konkurrenter. Findes markedet ud fra de konkrete retlige og økonomiske forhold på markedet ikke at være afskærmet, er en konkurrenceklausul ikke konkurrencebegrænsende. Såfremt markedet derimod er afskærmet, er næste skridt at vurdere, hvorvidt den påtalte klausul på grund af parternes markedsandele og klausulens længde medvirker til markedsafskærmningen. Hvis det findes, at konkurrenceklausulen bidrager til markedsafskærmningen, er den i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. En sådan aftale er kun gyldig, hvis den kan legitimeres efter konkurrencelovens § 8. Der er tale om en konkret analyse, men fritagelse kan navnlig ske, hvis klausulen afhjælper frihjul-, hold-up- eller kapitalmarkedsproblemer.

Post term konkurrenceklausuler er ikke omfattet af Gruppefritagelsesforordningen og skal derfor vurderes på samme måde som during term konkurrenceklausuler udenfor gruppefritagelsen. Ud fra nuværende praksis må

det anses for usandsynligt, at en sådan klausul vil blive opretholdt. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at en klausul i et konkret tilfælde vil blive anset som ikke-konkurrencebegrænsende.

Den abstrakte og meget konkret funderede praksis gør det svært at sætte klare linjer, som der kan arbejdes med i praksis. Dette forøges yderligere af, at der ved vurderingen af markedsafskærmningen skal lægges stor vægt på konkurrerende virksomheders aftalenet, som de enkelte virksomheder ikke nødvendigvis har gennemgående kendskab til. Vil en leverandør være på den sikre side, er der derfor gode grunde til at holde sig indenfor Grøpefritagelsesforordningen.

## 9 FRANCHISEFORHOLD

### 9.1 Definition af franchiseforhold

Franchise vælges ofte af leverandører, som ønsker at udvide sit distributionsnet uden selv at foretage en stor investering, mens det for franchisetageren er en fordel, at der kan opnås adgang til et gennemprøvet koncept, hvorved risikoen formindskes. Franchise kan således siges at øge konkurrencen, da det letter adgangen til markedet for nye distributører, som måske ikke ville starte i markedet, hvis de skulle gøre det "fra bunden". Dette hensyn har medført, at EU-Domstolen og Kommissionen har set positivt på franchise på et konkurrenceretligt plan.

Der er ikke nogen lovfæstet definition på franchise. Da adgangen til at indgå konkurrenceklausuler i franchiseaftaler adskiller sig markant fra almindelige forhandlerforhold, er det imidlertid vigtigt at være præcis i afgrænsningen af, hvornår der er tale om franchise. Er der ikke tale om en egentlig franchiseaftale, skal aftalen vurderes som en almindelig forhandleraftale.

Franchiseaftaler er "en aftale mellem to parter, hvor den ene part (franchise giveren) mod et løbende vederlag stiller et *forretningskoncept* og sin hermed forbundne knowhow til rådighed for den anden part (franchisetageren)".<sup>118</sup>

Udover distributionen af varer er franchise særligt kendetegnet ved de immaterielle rettigheder og knowhow der overføres, samt at der ofte er et løbende samarbejde mellem franchise giver og franchisetager.<sup>119</sup>

#### Overførsel af IP og knowhow

Udover immaterielle rettigheder, såsom typisk nogle varemærker, er franchise kendetegnet ved, at der overføres knowhow. Knowhow defineres i Grøppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra g, som en mængde upatenteret praktisk viden, som leverandøren har opnået gennem erfaringer og afprøvning, og som er hemmelig, væsentlig og identificeret.

I forordningens artikel 1, stk. 1, litra g er "hemmelig", "væsentlig" og "identificeret" defineret yderligere. Ved "hemmelig" forstås, at den pågældende knowhow ikke skal være almindelig kendt eller let tilgængelig. "Væsentlig" vil sige, at den overførte knowhow skal være vigtig og nyttig for køberens salg af aftalevarerne. Den overførte knowhow skal således have en vis substans. Endelig betyder kravet om, at den overførte viden skal være "identificeret", at den skal være beskrevet på en måde, så det kan afgøres at den er hemmelig og væsentlig. Dette kriterie opfyldes som regel ved, at leverandøren laver en franchise manual, som skal følges.

---

<sup>118</sup> Bryde Andersen 2016, s. 480

<sup>119</sup> Remingslinjerne, pkt. 43

Til gengæld for denne licens og knowhow modtager franchisegiveren oftest et vederlag i form af en franchiseafgift.<sup>120</sup>

Overførslen af immaterielle rettigheder, herunder knowhow, bliver afgørende for, at der er tale om franchise frem for et almindeligt forhandlerforhold.<sup>121</sup>

### Løbende samarbejde

Det fremgår af Dansk Franchise Forenings etiske regler for Franchising, at franchising er baseret på et tæt og vedvarende samarbejde mellem virksomheder.<sup>122</sup> I Retningslinjerne betegnes bistand ligeledes som en fast bestanddel af franchisemodellen.<sup>123</sup> Hvis der ikke indgås et tæt samarbejde med fortsættende kommerciel assistance og interesse mellem begge parter, er det usandsynligt, at aftalen juridisk vil blive kvalificeret som franchise.<sup>124</sup> I stedet vil aftalen sandsynligvis blive kvalificeret som et almindeligt forhandlerforhold, hvor der ikke er det samme tætte samarbejde.

#### 9.1.1 **Regulering af franchiseforhold**

Der findes ikke nogen "franchise-lov", og franchiseforhold er derfor i Danmark reguleret af parternes aftale på baggrund af partsautonomien samt den bagvedliggende baggrundsret.<sup>125</sup> Franchise er dermed også underlagt den almindelige konkurrenceret, hvorfor både konkurrenceloven og Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på franchiseforhold. Det bemærkes hertil, at franchiseaftaler dækkes af Gruppefritagelsesforordningen på samme måde som andre distributionsaftaler.<sup>126</sup> Mange af disse regler bliver imidlertid uden betydning for during term konkurrenceklausuler i franchiseforhold, på grund af reglerne om accessoriske begrænsninger. Modsat har særligt gruppefritagelsesforordningen betydning for post-term konkurrenceklausuler. Dette vil blive behandlet nærmere nedenfor under afsnit 9.3.

#### 9.2 **During term**

Reglerne som introduceret under afsnit 7.5, hvorefter accessoriske begrænsninger falder udenfor anvendelsesområdet for konkurrencelovens § 6, når de er nødvendige til fuldførelsen af en ikke-konkurrencebegrænsende hovedaftale, er af særlig stor betydning for franchiseaftaler. Franchiseaftaler kan forbedre konkurrencesituationen og har derfor ikke i sig selv et konkurrencebegrænsende formål.<sup>127</sup>

Konkurrenceklausuler, som er *nødvendige* for franchiseaftalens gennemførelse, er derfor ikke i strid med konkurrencelovgivningen. EU-domstolen fastslog dette i C-161/84, *Pronuptia*, som stadig er den eneste dom

---

<sup>120</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 189

<sup>121</sup> C-161/84, *Pronuptia* præmis 15, *Bo Madsen 2018*, s. 130, *Heide-Jørgensen 2009*, s. 466, *Whish 2018*, s. 658-659 og *Goyder 2016*, s. 177

<sup>122</sup> Dansk Franchise Forenings etiske regler for franchising, afsnit 1

<sup>123</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 43

<sup>124</sup> *Goyder 2016*, s. 178 og *Bryde Andersen 2016*, s. 483.

<sup>125</sup> *Bryde Andersen 2016*, s. 485

<sup>126</sup> *Fejø & Ølykke 2014*, s. 277

<sup>127</sup> C-161/84, *Pronuptia*, præmis 15

afsagt af EU-domstolen, hvor konkurrencebegrænsninger i franchiseaftaler behandles.<sup>128</sup> Dommen er derfor stadig af stor betydning:

I *Pronuptia* var franchisegiver en producent af brudekjoler, som havde anlagt sin distribution igennem et netværk af franchisetagere. Franchisetagerne var underlagt en række forpligtelser, herunder en forpligtelse til "at indkøbe 80 % af kollektionen i brudekjoler og -udstyr hos franchisegiveren, samt kun at indkøbe varer i øvrigt hos virksomheder, der er godkendt af franchisegiveren", samt "at afholde sig fra enhver konkurrence med Pronuptia-forretninger ... Så længe kontrakten løber". Der var således både indsat en indkøbsforpligtelse og en forpligtelse til ikke at udøve konkurrerende virksomhed. Begge disse bestemmelser går under definitionen af konkurrenceklausuler. Franchisetager påstod, at aftalen var ugyldig på baggrund af disse (blandt andre) konkurrencebegrænsninger.

EU-Domstolen fastslog indledende, at franchiseforhold medfører en række fordele for både franchisegiver og franchisetager, hvorfor franchising ikke i sig selv er konkurrencebegrænsende. Daværende TEUF artikel 85, stk. 1 (nuværende artikel 101, stk. 1) fandt ikke anvendelse, såfremt franchiseaftalerne ikke indeholdt begrænsninger, som gik videre, end hvad der følger af franchisesystemets egenart (præmis 9). Domstolen udtalte herefter, at for at virke må franchisesystemet opfylde 2 betingelser (præmis 16 og 17):

- 1) Franchisegiveren skal være i stand til at videregive sin knowhow og yde den nødvendige bistand til anvendelse heraf, uden risiko for, at denne bistand udnyttes direkte eller indirekte af konkurrerende virksomheder.
- 2) Franchisegiveren skal kunne træffe egnede foranstaltninger for at beskytte identiteten og omdømmet af det distributionssystem, varemærket kendetegner.

Domstolen udtalte i forlængelse heraf, at aftalebestemmelser, som er *uomgængelige* for at opfylde disse to betingelser, ikke er konkurrencebegrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1.

For så vidt angår franchisegiverens kontrol med franchisetagerens vareudbud (herunder konkurrenceklausuler), udtalte Domstolen, at denne kontrol sikrer, at købere hos enhver franchisetager finder varer af samme kvalitet, og at kontrollen dermed beskytter identiteten og omdømmet af distributionssystemet (præmis 21). En konkurrenceklausul vil i den forbindelse ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt, hvis det enten vil være umuligt at opstille objektive kvalitetskrav eller hvis tilsyn med sådanne krav vil indebære for store omkostninger.

For så vidt angår forpligtelsen til ikke under aftalens løbetid at udøve konkurrerende virksomhed ved fx at åbne en ny butik i samme område, fandtes dette at være nødvendigt for at sikre, at knowhow ikke udnyttes af konkurrenter (præmis 16).

Domstolen konkluderede herefter, at både forpligtelsen til udelukkende at sælge varer, som hidrørte fra franchisegiveren eller udvalgte leverandører, samt forpligtelsen til ikke at udøve konkurrerende virksomhed var nødvendige for, at franchisesystemet kunne fungere. Disse begrænsninger faldt derfor helt udenfor konkurrencereglernes anvendelsesområde.

Dommens analyse er efterfølgende blevet bekræftet i en række sager fra Kommissionen, hvor during term konkurrenceklausuler også i alle tilfælde blev godkendt som nødvendige.<sup>129</sup>

<sup>128</sup> *Goyder 2016*, s. 180

<sup>129</sup> *Charles Jourdan* (sag IV/31.697), *Yves la Rocher* (sag IV/31.428-31.432) samt *Computerland* (sag IV/32.034)

Det kan udledes heraf, at konkurrenceklausuler bliver anset som nødvendige for, at et franchisesystem kan fungere uden risiko for, at konkurrenter kan udnytte franchisegivers knowhow og bistand til franchisetageren, samt for at sikre, at kædens identitet og omdømme bevares.

Det betyder, at der i franchiseforhold kan udarbejdes konkurrenceklausuler, som løber *i hele aftaleforholdets løbetid*, uden at dette er i strid med konkurrencelovens § 6, såfremt det er nødvendigt for at sikre franchisenettets fælles identitet og omdømme. Denne retstilstand er ligeledes blevet bekræftet af kommissionen i deres retningslinjer for vertikale aftaler.<sup>130</sup>

I *Pronuptia* var der tale om modetøj, hvorfor det var umuligt at fastlægge objektive kvalitetskrav, og en konkurrenceklausul var derfor nødvendig. Det er i litteraturen blevet antaget at være sandsynligt, at dette ligeledes vil gælde mange andre brancher.<sup>131</sup> Dette udsagn bakkes op af det faktum, at der ikke findes praksis fra hverken EU-Domstolen eller danske domstole, hvor en *during term* konkurrenceklausul i en franchiseaftale er anset som ikke-accessorisk.

Hvis en konkurrenceklausul undtagelsesvist findes ikke at være accessorisk, skal den vurderes efter de almindelige regler som angivet under forhandlerforhold.

### 9.3 Post term

Franchisegiveren overdrager under aftaleforholdet typisk en betydelig mængde knowhow og kan have gode grunde til at ønske, at denne knowhow ikke anvendes til at sælge konkurrerende varer straks efter aftalens ophør. Mens der i franchiseforhold er meget frie tøjler til at indgå *during term* konkurrenceklausuler, har franchisegiver imidlertid ikke den samme frihed for så vidt angår *post term* konkurrenceklausuler.

Post term klausuler er som udgangspunkt ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen, jf. dennes artikel 5, stk. 1, litra b. Der er imidlertid en vigtig undtagelse for kortvarige post term klausuler i Gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 3, ligesom *Pronuptia* ligeledes kan give præcedens til at indgå post term konkurrenceklausuler. De to undtagelser vil blive behandlet i det følgende.

#### 9.3.1 Undtagelse for kortvarige post term konkurrenceklausuler til knowhow-beskyttelse

Visse nærmere afgrænsede post term konkurrenceklausuler er gruppefritaget efter Gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 3. Denne undtagelse er særligt tiltænkt franchise,<sup>132</sup> og den er da også inspireret af den tidligere gruppefritagelsesforordning for franchiseaftaler.<sup>133</sup> Bestemmelsen er et udtryk

---

<sup>130</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 190(b)

<sup>131</sup> *Goyder 2016*, s. 187

<sup>132</sup> *Heide-Jørgensen 2009*, s. 431 og *Valentine 2002*, s. 211

<sup>133</sup> *Heide-Jørgensen 2009*, s. 431, se Forordning nr. 4087/1988 af 30 november 1988 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3 på kategorier af franchiseaftaler, artikel 3, stk. 1, litra c.

for, at konkurrenceklausuler som opfylder betingelserne normalt vil kunne medføre effektivitetsfordele, som legitimerer klausulen.

Således falder post term konkurrenceklausuler indenfor Gruppefritagelsen, såfremt 4 betingelser er opfyldt:

- 1) Forpligtelsen skal vedrøre varer eller tjenester, som konkurrerer med aftalevarerne eller -tjenesterne.
- 2) Forpligtelsen skal være begrænset til den grund og det lokale, hvorfra køberen drev virksomhed i kontraktperioden.
- 3) Forpligtelsen skal være uomgængelig nødvendig for at beskytte knowhow, som leverandøren har overført til køberen.
- 4) Varigheden af forpligtelsen må maksimalt udgøre en periode på ét år efter aftalens ophør.

Der er altså 4 hensyn, som en post term konkurrenceklausul skal tilgodese:

#### Varer eller tjenester

At forpligtelsen skal vedrøre varer eller tjenester, som konkurrerer med aftalevarerne eller -tjenester er en forudsætning for, at der overhovedet er tale om en konkurrenceklausul. At det alligevel er indsat som betingelse skyldes sandsynligvis, at forbuddet mod post term forpligtelser i gruppefritagelsens artikel 5, stk. 1, litra b retter sig mod enhver post term forpligtelse, herunder forpligtelser til ikke at handle med ikke-konkurrerende varer. Et forbud mod at drive forretning med salg af varer, som ikke er i konkurrence med aftalevarerne efter aftalens ophør vil dermed ikke være omfattet af gruppefritagelsen.

#### Geografisk afgrænsning

At forpligtelsen skal være begrænset til den grund og det lokale, hvorfra køberen drev virksomhed i kontraktperioden skal fortolkes helt bogstaveligt. EU-Domstolen fastslog dette i sag C-117/12, *La Retoucherie de Manuela*, som gav anledning til en ændring af en afgørelse afsagt af den danske Konkurrence- og Forbrugerstyrelse:

Dommen C-117/12, *La Retoucherie de Manuela* er kun publiceret på fransk og på spansk. Dommen fik imidlertid betydning i Danmark, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 4. september 2001 havde meddelt ejendomsrådgiverfirmaet Home, at en post term konkurrenceklausul med en geografisk udstrækning på hele det eksklusive område, der var givet franchisetageren i aftalens løbetid, var i overensstemmelse med Gruppefritagelsesforordningen.<sup>134</sup> Dette var baseret på, at en sådan bestemmelse ville være i overensstemmelse med den tidligere gruppefritagelse for franchiseaftaler. Afgørelsen blev imidlertid annulleret ved en ny afgørelse af 3. april 2017,<sup>135</sup> på baggrund af EU-Domstolens fortolkning af bestemmelsen i Gruppefritagelsesforordningen. EU-domstolen havde i sagen fastslået, at betingelsen om den geografiske udstrækning i Gruppefritagelsesforordningen skal fortolkes helt bogstaveligt, således at alene ”den grund og det lokale, hvorfra køberen drev virksomhed i kontraktperioden” er omfattet.

Der kan dermed alene indgås post term konkurrenceklausuler, som forbyder konkurrerende virksomhed fra netop det lokale eller den grund, hvorfra franchisetageren tidligere drev forretning fra. Det er således ikke

<sup>134</sup> *Home-kædens franchiseaftaler omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler mv.*, Konkurrencestyrelsen 31. oktober 2001

<sup>135</sup> *Konkurrenceklausulen i Home kædens opsigelsesregler - annullation af tidligere afgørelse*, Konkurrencestyrelsen 3. april 2017

omfattet af gruppefritagelsen, at forpligtede franchisetageren til ikke at udøve konkurrerende virksomhed fra nabogrunden efter kontraktens udløb.

#### Nødvendig for knowhow beskyttelse

Der skal overføres knowhow, for at undtagelsen kan gøres gældende. Dette er årsagen til, at undtagelsen primært har interesse for franchiseaftaler. At forpligtelsen skal være uomgængelig nødvendig for at beskytte knowhow indikerer, at bestemmelsen ikke må være mere byrdefuld end højst nødvendig. Er det dermed muligt uden ulempe at indsætte en mindre byrdefuld forpligtelse eller helt undlade konkurrenceklausulen, skal dette gøres.

#### Begrænset varighed

Endelig må varigheden af forpligtelsen maksimalt udgøre et år efter aftalens ophør. Dette er sandsynligvis baseret på domstolen og kommissionens tidligere praksis, hvor post term klausuler typisk er blevet godkendt i et år. Se herom i det følgende afsnit.

#### 9.3.2 **Ikke-gruppefritagne post term forpligtelser**

Forpligtelser, som enten 1) varer over 1 år, 2) har en større geografisk udstrækning end det lokale eller den grund, hvor distributøren drev virksomhed fra i kontraktperioden, eller 3) som indgås mellem virksomheder med over 30 % markedsandele, er ikke omfattet af Gruppefritagelsesforordningen, og skal i stedet vurderes efter konkurrencelovens §§ 6 og 8.

Også for post-term forpligtelser gav *Pronuptia* vejledning:

I *Pronuptia* var der, udover during term konkurrenceklausuler, ligeledes en forpligtelse for franchisetageren til at afholde sig fra enhver konkurrence med *Pronuptia*-forretninger i et år efter kontraktens ophør. Forbuddet gjaldt i hele Tyskland (præmis 5).

Også her anvendte Domstolen analysen af, hvorvidt begrænsningen var nødvendig for at sikre enten franchisegiverens knowhow, eller for at beskytte franchise-nettets identitet og omdømme. Domstolen udtalte, at en forpligtelse for franchisetageren til ikke at udøve konkurrerende virksomhed "i et rimeligt tidsrum efter [aftalens] udløb ... i et område, hvor dette kunne afstedkomme konkurrence med deltagere i systemet" var nødvendigt, for at sikre at det afgivne knowhow ikke udnyttes af konkurrerende virksomheder (præmis 16).

På baggrund heraf var en post-term konkurrenceklausul på et år med en geografisk udstrækning i hele Tyskland ikke i strid med konkurrencereglerne i den pågældende sag.

De samme forhold, som kan retfærdiggøre during term konkurrenceklausuler, kan altså anvendes til at legitimere en post term klausul som accessorisk. Post term klausuler, som er nødvendige for at beskytte knowhow, eller for at beskytte identiteten og omdømmet af kæden er således accessoriske til franchiseaftalen, og derfor ikke konkurrencebegrænsende.

Kommissionen har i en række afgørelser efter *Pronuptia* taget stilling til post term konkurrenceklausuler i franchiseforhold:



I *Computerland*<sup>136</sup> blev en post term konkurrenceklausuls varighed ændret fra 3 år til 1 år, og til at have en geografisk udstrækning på 10 km fra det tidligere salgssted (præmis 12). Varigheden på et år blev fundet som værende et rimeligt kompromis, ud fra den tid det ville tage Computerland at finde og oplære en ny franchisetager, samt den tidligere franchisetagers lovlige interesse i at forsætte sit virke indenfor samme felt (præmis 22). For så vidt angår den geografiske udstrækning blev der lagt vægt på, at franchisetager frit måtte sælge udenfor sit eget område i kontraktperioden, hvorfor franchisetager kunne opbygge goodwill i et stort område.

I *Yves La Rocher*<sup>137</sup> forpligtede franchisetageren sig til ikke i et år efter aftalens udløb at yde konkurrerende virksomhed indenfor sit tildelte område (præmis 27). Forpligtelsen fandtes at være nødvendig henset til, at franchisegiveren skulle have mulighed for at etablere en ny butik i franchisetagerens gamle område. Franchisetageren var desuden frit stillet til straks efter kontraktens udløb at etablere en konkurrerende virksomhed i et nyt område, herunder en anden franchisetagers område. Konkurrenceklausulen var dermed ikke mere restriktiv end hvad der var nødvendigt, og blev af den årsag opretholdt (præmis 48).

Fra den danske konkurrencestyrelse kan nævnes *NY\*BO\*E A/S/Nykredit Mægler A/S*<sup>138</sup>, hvor en post term konkurrenceklausul med en geografisk udstrækning på franchisetagerens oprindelige område og et bælte på 5 km i en franchiseaftale på 24 måneder blev vurderet til at begrænse konkurrencen. Løbetiden blev derefter nedsat til 1 år, mens der ikke blev ændret på det geografiske område.

Der er ikke noget juridisk til hinder for, at post term klausuler med en varighed på over ét år i konkrete tilfælde kan anses som accessoriske.<sup>139</sup> Ud fra praksis synes det dog at være usandsynligt, at post term klausuler på over 1 år er accessoriske.

For så vidt angår den geografiske rækkevidde af konkurrenceklausulerne, kunne praksis indikere, at der efter en konkret vurdering vil være adgang til at indgå konkurrenceklausuler med videre udstrækning end efter Gruppefritagelsesforordningen. Det skal imidlertid holdes for øje, at Gruppefritagelsesforordningen er blevet strammet ind i forhold til den tidligere retsstilling,<sup>140</sup> se hertil også Home-afgørelsen som gengivet ovenfor. Det kunne dermed tyde på, at der ses mere restriktivt på den geografiske udstrækning i dag, end det var tilfældet tidligere. I mangel på nyere praksis må retsstillingen siges at være usikker.

Findes en post term klausul at være ikke-accessorisk, skal den vurderes på samme måde som post term klausuler i almindelige forhandlerforhold. Der synes ikke at være særlige grunde til at antage, at ikke-accessoriske konkurrenceklausuler i franchiseaftaler typisk vil falde uden for forbuddet i konkurrencelovens § 6 eller blive godkendt efter konkurrencelovens § 8.<sup>141</sup>

#### 9.4 Opsummerende om franchiseforhold

Franchiseaftaler er distribution, hvor der i tillæg til salg af varer sker en overførsel af immaterielle rettigheder og knowhow til distributøren, og hvor leverandøren løbende yder assistance til distributøren, typisk imod et vederlag fra distributøren.

<sup>136</sup> *Computerland* (sag IV/32.034)

<sup>137</sup> *Yves la Rocher* (sag IV/31.428-31.432)

<sup>138</sup> *Anmeldelser fra NY\*BO\*E A/S/Nykredit Mægler A/S*, Konkurrencestyrelsen 25. august 1999

<sup>139</sup> *Valentine 2002*, s. 234, fodnote 38

<sup>140</sup> Jf. ovenfor om *Konkurrenceklausulen i home kædens opsigelsesregler - annullation af tidligere afgørelse*, Konkurrencestyrelsen 3. april 2017

<sup>141</sup> Dette bakkes op (for EU-retten) af *Goyder 2016*, s. 183

Der er praksis for at godkende konkurrenceklausuler som værende accessoriske i franchiseforhold, således at during term konkurrenceklausuler er lovlige i hele aftalens løbetid. Hvis der ikke er tale om en egentlig franchiseaftale, eller hvis det ud fra en konkret vurdering findes, at en konkurrenceklausul ikke er nødvendig, skal den i stedet vurderes ud fra de almindelige regler som gennemgået ovenfor om forhandlerforhold.

For så vidt angår post term konkurrenceklausuler, kan der i franchiseforhold hvor parterne har under 30 % markedsandele pålægges begrænsninger i op til et år efter aftalens udløb, såfremt klausulen er geografisk begrænset nødvendig til at beskytte knowhow. Post term klausuler som ikke omfattes af gruppefritagelsen kan, ligesom during term konkurrenceklausuler, retfærdiggøres i behovet for at sikre den overgivne knowhow. Det er usandsynligt, at en konkurrenceklausul med en varighed over 1 år er accessorisk, mens det også er tvivlsomt, om en der kan aftales en geografisk udstrækning ud over de lokaler, franchisetager anvendte under aftaleforholdets løbetid. Det må dog forudsættes, at konkrete omstændigheder vil kunne retfærdiggøre en større geografisk udstrækning.

## 10 AGENTFORHOLD

### 10.1 Definitionen af agentforhold

Ordet "agent" bliver i praksis ofte brugt løst af virksomheder om mange forskellige slags distributionsforhold, herunder almindelige forhandlerforhold, hvor distributøren køber og sælger for egen regning.<sup>142</sup> Juridisk er der imidlertid en klar definition på agenter, og kun aftaleforhold, som opfylder denne definition, bliver omfattet af reglerne om handelsagenter.<sup>143</sup> Det bemærkes, at "agent" efter omstændighederne kan dække over et bredere område end handelsagenter, herunder for eksempel tjenesteydelse-agenter. I det følgende bliver agent og handelsagent imidlertid anvendt synonymt, idet det forudsættes, at der er tale om en agent, som formidler varer. Agenter er i dansk ret reguleret af handelsagentloven. Da der er tale om en aftale mellem erhvervsdrivende finder konkurrenceloven imidlertid også anvendelse. Definitionen i de to regelsæt har små forskelle, da de søger at beskytte forskellige hensyn. I det følgende vil begge definitioner derfor blive berørt.

Rent praktisk anvendes agenter oftest ved eksport, hvor agenten typisk bruges som en lokal salgsmidler på et nyt marked for en udenlandsk agenturgiver.<sup>144</sup> Agenter bruges således som en slags mellemmand mellem fx en producent og en forhandler på det udenlandske marked. Da det for større virksomheder typisk bedre kan svare sig at etablere sin egen salgsfunktion i et nyt marked, vil agenturgivere typisk være små og mellemstore virksomheder.<sup>145</sup> Da agenter typisk bruges til eksport kan det anføres, at de relevante konkurrenceretlige regler i praksis ofte vil være reglerne i TEUF. Som tidligere diskuteret, er der imidlertid ingen materiel forskel på de EU-retlige og de danske regler.

#### 10.1.1 Definitionen efter handelsagent-reglerne

Handelsagentloven er baseret på det EU-retlige handelsagentdirektiv, som har til formål at ensarte praksis indenfor agentaftaler i hele EU.<sup>146</sup> Handelsagenter defineres i handelsagentlovens § 2 som den, der for en anden (agenturgiveren) mod vederlag har påtaget sig for dennes regning selvstændigt og vedvarende at virke for salg eller køb af varer ved at indhente tilbud (ordre) til agenturgiveren eller ved i dennes navn at indgå aftale herom.

Der skal således ske formidling imod et vederlag. Det er en afgørende faktor, at agentens opgave er at indhente og evt. indgå ("formidle") tilbud på agenturgiverens vegne, og dermed ikke selv købe og sælge aftalevarerne.<sup>147</sup> Hvis agenten overtager ejendomsretten, vil der juridisk være tale om et almindeligt forhandlerforhold.

Udover, at der skal ske formidling, stilles der krav om, at agenten selvstændigt skal stå for denne formidling, samt at formidlingen skal være vedvarende:

---

<sup>142</sup> Goode 2016, s. 180

<sup>143</sup> Se hertil U 2013.532 H for handelsagentloven samt C-217/05 CEEES præmis 46 for konkurrencereglerne

<sup>144</sup> Iversen 2013, s. 16 samt *Handelsagentbetænkningen*, s. 22

<sup>145</sup> Iversen 2013, s. 15

<sup>146</sup> Rådets direktiv af 18 december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter, indledende betragtninger

<sup>147</sup> Bryde Andersen 2016, s. 367

### "Selvstændigt"

Formidlingen skal ske i agenturgiverens navn. Formidlingen skal dog ske af en selvstændig erhvervsdrivende, og ikke en ansat person hos agenturgiveren.<sup>148</sup> Hvis agenten er underlagt et tjenesteforhold, skal forholdet i stedet reguleres af den ansættelsesretlige regulering. Afgørende for denne vurdering er blandt andet, om agenten selv disponerer over sin tid, afholder omkostninger til opretholdelse af forretningslokaler og selv aflønner eventuelle ansatte.<sup>149</sup>

### "Vedvarende"

Endelig skal formidlingen være "vedvarende", hvilket vil sige at der skal være et længere kontraktforhold, og ikke blot hjælp til salg af en enkelt vare eller et enkelt parti. Det er dog ikke et krav, at aftalen skal være indgået for en lang periode; kortere perioder som en sæson eller lignende vil også være tilfredsstillende.<sup>150</sup>

#### 10.1.2 Definitionen i konkurrenceretten

Agenter er ligeledes underlagt de konkurrenceretlige regler, som gælder for alle aftaler i erhvervsforhold. Mens handelsagentloven har til formål at beskytte agenten, har konkurrenceloven til formål at fremme en effektiv konkurrence. Den konkurrenceretlige definition er adskilt fra handelsagentloven, hvilket fremgår af Retningslinjernes punkt 13, hvorefter det ikke har større betydning, hvordan agenter defineres i national ret. Definitionen af agenter i konkurrenceretten er todelte:

For det første skal der være tale om en juridisk eller fysisk person, som bemyndiges til på agenturgiverens vegne at forhandle/indgå kontrakter.<sup>151</sup> Det vil sige, at der også i konkurrenceretten alene skal ske formidling, og ikke selvstændigt køb og salg af varer. Denne del er således i fuld overensstemmelse med handelsagentloven, dog med den undtagelse, at også formidling af tjenesteydelser er omfattet af konkurrencerettens definition.

Det er herudover et krav, at agenten ikke påtager sig nogen nævneværdig kommerciel eller økonomisk risiko ved formidlingen.<sup>152</sup>

Ved vurderingen af risici skal der ses på henholdsvis kontraktsspecifikke risici (såsom køb af varer eller finansiering af varelager),<sup>153</sup> risici i forbindelse med markedsspecifikke investeringer (såsom investering i materiel som kun kan bruges i det specifikke marked), samt risici i forbindelse med andre aktiviteter på samme produktmarked, når agenturgiveren forlanger, at agenten varetager sådanne aktiviteter (såsom reparationer

---

<sup>148</sup> *Handelsagentbetænkningen*, s. 40

<sup>149</sup> *Iversen 2013*, s. 39 ff.

<sup>150</sup> *Iversen 2013*, s. 49

<sup>151</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 12

<sup>152</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 13 og *Wijckmans 2018*, s. 300

<sup>153</sup> C-217/05, *CEEES*, præmis 52-54

efter salg).<sup>154</sup> EU-domstolen har fastslået, at der ikke er tale om en agent i konkurrenceretlig forstand, hvis distributøren påtager sig mere end en uvæsentlig del af disse risici.<sup>155</sup> Det er manglen på risici, som konkurrenceretligt gør en agent til en agent, mens det er ligegyldigt, om en distributør i aftaleforholdet bliver kaldt "agent".<sup>156</sup> Aftaleparter kan derfor ikke kalde aftalen for en "agentaftale" med det formål at omgå de konkurrenceretlige regler.<sup>157</sup>

Såfremt der er tale om en agent i konkurrenceretlig forstand, bliver agentens købs- eller salgsopgaver anset som en del af agenturgiverens virksomhed.<sup>158</sup> Det skyldes, at agenturgiveren de facto bærer hele den kommercielle og finansielle risiko ved køb og salg af aftalevarerne. Vilkår, som angår salget af aftalevarerne falder derfor helt udenfor konkurrencereglerne.<sup>159</sup> Det vil sige, at der i agentforhold kan indgås begrænsninger om markedsopdeling, hvilke kunder agenten må henvende sig til, samt pris og vilkår ved salg.

Situationen er imidlertid en anden, når det kommer til vilkår om *forholdet mellem* agenten og agenturgiveren, da agenten i sådanne tilfælde bliver anset som en selvstændig erhvervsdrivende.<sup>160</sup> Konkurrenceklausuler regulerer forholdet mellem agent og agenturgiver, og kan dermed være i strid med konkurrencereglerne.<sup>161</sup> På trods af agents særlige konkurrenceretlige stilling er det således stadig relevant at diskutere konkurrencereglerne i agentforhold.

## 10.2 **During term**

Agenten kendetegnes ved at handle i agenturgiverens navn, og ved ikke selv at bære nogen nævneværdig risiko. Det synes derfor klart, at tilhørsforholdet mellem agenturgiver og agent er langt tættere, end mellem en leverandør og en selvstændig forhandler. Agenturgiveren kan derfor have rimelige grunde til at ønske at indgå en konkurrenceklausul under aftalens løbetid, for at sikre agentens incitament til at forhandle agenturgiverens produkter, og til ikke at forhandle konkurrerende produkter samtidig med, at agenten repræsenterer agenturgiveren. Agenten har jo ingen risiko, udover sit eget vederlag, ved ikke at sælge aftalevarerne.

På grund af dette tætte forhold er der særligt fokus på loyalitetspligten inter partes mellem agenturgiver og agent. Denne loyalitetspligt taler for, at konkurrenceklausuler er uproblematisk i agentforhold. Meget synes da også at indikere, at det er almindeligt at indgå sådanne klausuler under aftalens løbetid:

Det har ikke været muligt at finde empiri på anvendelsen af konkurrenceklausuler i agentforhold i Danmark. I en uformel og helt uvidenskabelig e-mail korrespondance med Dansk Erhverv kunne det udledes, at omtrent 2/3 af alle agentaftaler

---

<sup>154</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 14 og *Whish 2018*, s. 635

<sup>155</sup> C-217/05, *CEES*, præmis 61

<sup>156</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 17

<sup>157</sup> *Lykkegård 2014*, s. 35

<sup>158</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 18

<sup>159</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 18

<sup>160</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 19

<sup>161</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 19

i Danmark indeholder during term konkurrenceklausuler, og at dette blot ses som en naturlig forlængelse af loyalitetspligten i handelsagentlovens § 4.

At konkurrenceklausuler i agentforhold er almindeligt forekommende bakked op af artikel 5 i ICC's modelaftale for agentkontrakter, hvis formål er at formalisere international praksis, og som indeholder følgende konkurrenceklausul:<sup>162</sup>

"5.1 without the prior written authorization of the Principal, the Agent shall not represent, manufacture or distribute any products which are in competition with the Products, for the entire term of this contract."

Udtalelser fra EU-kommissionen og EU-Domstolen indikerer dog, at der i konkrete tilfælde kan være problemer ved konkurrenceklausuler i agentforhold. I det følgende vil loyalitetspligten derfor først blive diskuteret, hvorefter den vil blive sammenholdt med de konkurrenceretlige regler.

### 10.2.1 **Den frie adgang til at indgå konkurrenceklausuler i overensstemmelse med loyalitetspligten i handelsagentforhold**

Loyalitetspligten i agentforhold kommer til udtryk i handelsagentlovens § 4, hvoraf følger, at handelsagenten ved udførelsen af sit hverv skal varetage agenturgiverens interesser og handle loyalt og redeligt.

Det er uvist, præcis hvor langt denne loyalitetspligt går, navnlig om den går så langt, at agenten ikke må formidle konkurrerende varer, desuagtet at der ikke er en konkurrenceklausul. Af betænkningen til handelsagentloven fremgår, at det kommer an på en konkret fortolkning, og at det må tillægges vægt, hvad en "erfaren og omhyggelig handelsagent i den pågældende branche" ville have gjort i en tilsvarende situation.<sup>163</sup> I litteraturen er det blevet hævdet, at agenten nok har oplysningspligt over for agenturgiveren, hvis han overvejer at indlede et samarbejde med en konkurrent.<sup>164</sup> Et andet sted i litteraturen er det anført, at distributøren af varer med en stærk branding må antages at skulle handle mere loyalt.<sup>165</sup> Branchekutymen har også en indflydelse, ligesom mængden af konkurrerende produkter ligeledes kan spille en rolle:

I U.1977.221/3 udtalte en sagkyndig, at det i møbelbranchen er almindeligt, at salg varetages gennem "møbelagenter", som gerne må tage ordrer fra flere forskellige agenturgivere. I visse brancher er det således fast kutyme, at agenterne må formidle konkurrerende produkter.

I en sag fra 2014 mellem Bodum og deres norske handelsagent<sup>166</sup> var der indgået en konkurrenceklausul i hele aftalens løbetid, som var ubegrænset indtil en af parternes opsigelse. Bodums varekatalog var delt ind i en række forskellige kategorier, hvor der under "Coffee" var en sort termokande, og under "Kitchen" en sort knivblok. Handelsagenten var agent for flere forskellige producenter, som dog ikke var konkurrerende med Bodum. Da agenten mistede agenturet for en anden agenturgiver, tog denne i stedet nye agenturer ind. Visse af disse nye agenturgiveres varer mindede meget om blandt andet Bodums termokande og knivblok, hvorfor Bodum opsagde samarbejdet med påstand om, at loyalitetspligten

<sup>162</sup> ICC's Commercial Agency Contract (ICC publ. 644). Kontrakten skal købes på ICC's hjemmeside, men artikel 5 er gengivet i *Bryde Andersen 2016*, s. 356.

<sup>163</sup> *Handelsagentbetænkningen*, s. 49

<sup>164</sup> *Lykkegård 2014*, s. 55

<sup>165</sup> *Bryde Andersen 2016*, s. 362

<sup>166</sup> Højesterets dom af 6. februar 2014

var krænkede. Sø- og handelsretten bemærkede hertil, at kerneprodukterne i de nye agenturers sortiment var væsentligt forskelligt fra Bodums. Da der var tale om et biprodukt i både Bodums og de nye agenturgiveres sortimenter var salget heraf altså ikke illoyalt. Det kan udledes af dommen, at bagateltilfælde med salg af særligt biprodukter ikke nødvendigvis er i strid med loyalitetspligten.

Konkluderende er der tale om en meget konkret afvejning, hvor der dog nok er en formodning for, at såfremt der ikke i branchen er praksis for, at formidling af konkurrerende produkter er legalt, så må handelsagenten i ikke helt ubetydelige tilfælde indhente agenturgiverens accept inden et konkurrerende agentur tages ind. Til sammenligning er det i visse andre lande, herunder Frankrig og Tyskland, lovbestemt, at agenten ikke uden agenturgiverens samtykke må formidle konkurrerende producenters varer.<sup>167</sup>

### 10.2.2 **Konkurrencerettens begrænsninger i adgangen til at indgå konkurrenceklausuler i agentforhold**

Den skærpede loyalitetspligt og civilretlige adgang samt praksis til at indgå konkurrenceklausuler i agentforhold, kombineret med den øvrige særtilstand for agenter i konkurrencereglerne, kunne foranledige virksomheder til at tro, at konkurrenceklausuler i agentforhold aldrig kan udgøre et konkurrenceretligt problem. Der findes da heller ingen praksis i hverken dansk eller EU-retlig regi, hvor en konkurrenceklausul i et agentforhold er blevet kendt ugyldig på grundlag af konkurrencereglerne.

Det fremgår imidlertid af Kommissionens retningslinjer for vertikale aftaler, at en konkurrenceklausul i en agentaftale kan være i strid med konkurrencereglerne.<sup>168</sup> EU-Domstolen har bekræftet dette udsagn,<sup>169</sup> hvilket løfter påstanden op på et højere retskildemæssigt niveau. EU-domstolen har dog kun i meget få tilfælde behandlet konkurrenceklausuler i agentforhold fra et konkurrenceretligt perspektiv. Der synes ej heller i trykt retspraksis at være eksempler, hvor danske domstole tager stilling til problemet.

I C-40/73 *Suiker Unie* udtalte EU-Domstolen sig for første gang om konkurrenceklausuler i agentforhold. Sagen omhandlede en producent af sukker, som solgte igennem handelsagenter i Tyskland. I sagen var det omtvistede spørgsmål, om konkurrenceklausulerne var i strid med forbuddet mod dominerende stilling, men en række af Domstolens udtalelser havde generel karakter for konkurrencereglerne. Således indledte Domstolen med at fastslå, at det faktum at handelsagenter efter tysk lovgivning ikke måtte sælge konkurrerende varer i kraft af loyalitetspligten, ikke havde nogen betydning for vurderingen efter konkurrencereglerne i EU (præmis 478). Det kan heraf konkluderes, at en konkurrenceklausul i agentforhold godt kan være i strid med konkurrenceretlige regler, selvom loyalitetspligten antyder andet. Det må formodes, at det samme vil gælde de danske konkurrenceregler. Domstolen kommenterede herefter, at det dog som hovedregel er "i overensstemmelse med karakteren og ånden i et juridisk og økonomisk forhold af den omhandlede karakter, at en fabrikant eller en sammenslutning af fabrikanter forbyder mellemhandlere, der sælger i den pågældendes navn og regning, samtidig at arbejde for konkurrerende fabrikanter" (præmis 479). Domstolen åbnede

---

<sup>167</sup> *Albaric & Dickstein 2017*, s. 363 og 452

<sup>168</sup> *Retningslinjerne*, pkt. 19

<sup>169</sup> C-217/05 *CEES* præmis 62 samt C-279/06 *CEPSA* præmis 48 - hvor det også fremgår, at eksklusivitet og single branding er de eneste slags aftaler, som kan være i strid med konkurrencereglerne i agentforhold.

imidlertid op for, at det kunne være misbrug af dominerende stilling, såfremt udenlandske konkurrenter praktisk taget ikke havde nogen mulighed for at komme ind på markedet (præmis 486). I det konkrete tilfælde var der stadig et "ikke ubetydeligt" antal forhandlere, som solgte sukker og som ikke var bundet, ligesom aftalen heller ikke gik videre end hvad der var nødvendigt (præmis 487). Dommen er af ældre dato og omhandler dominerende stilling, men analysen synes at følge samme argumentation som den senere afsagte *Delimitis*.

I C-217/05 *CEEES*, som var en præjudiciel afgørelse, bandt en leverandør af olie sine distributører ved at forbyde dem at sælge konkurrerende producenters olie på deres benzintanke. Domstolen gav vejledning i, hvornår der er tale om en agent i konkurrenceretlig forstand. Domstolen udtalte i den forbindelse, at konkurrenceklausuler kan være i strid med konkurrencereglerne, såfremt der sker en markedsafskærmning, selv når der tale om agentaftaler (præmis 62).

C-279/06 *CEPSA* mindede i høj grad om C-217/05 *CEEES*. EU-domstolen gentog endnu engang, at konkurrenceklausuler i agentforhold kan være i strid med konkurrencereglerne (præmis 41). Domstolen tilføjede hertil, at der i aftaler om eksklusivitet ud fra domstolens praksis i blandt andet *Delimitis* skal ses på den økonomiske og retlige sammenhæng aftalen indgår i, herunder om aftalen, eventuelt kumulativt med andre aftaler, begrænser konkurrenters adgang til markedet (præmis 43). Herudfra kan det konkluderes, at *delimitis*-testen ligeledes skal bruges på konkurrenceklausuler i agentaftaler.

Ud fra det gennemgåede retspraksis kan det konkluderes, at det særlige loyalitetsforhold mellem agenturgiver og agent skal vurderes adskilt fra konkurrencereglerne, samt at konkurrenceklausuler i agentforhold efter omstændighederne godt kan være konkurrencebegrænsende. Med andre ord kan det siges, at konkurrenceklausuler, på trods af loyalitetspligten, kun kan indgås i handelsagentaftaler i det omfang, det sker indenfor rammerne af konkurrencereglerne.

Konkurrenceklausuler i agentaftaler skal således konkurrenceretligt vurderes på samme måde som konkurrenceklausuler i almindelige forhandlerforhold. Gruppefritagelsen og *delimitis*-testen bliver derfor afgørende. Det skal først vurderes, om markedet er afskærmet, samt om den konkrete aftale bidrager til denne afskærmning. I bekræftende fald vil konkurrenceklausulen være konkurrencebegrænsende, selvom der er tale om en agentforhold. En konkurrencebegrænsende aftale kan legitimeres efter § 8 eller gruppefritagelsen.

Når der på trods heraf ikke findes dansk praksis eller litteratur som tager konkret stilling til konkurrenceklausuler i agentforhold skal svaret nok findes i de danske markedsforhold, som må antages at gøre konkurrenceretlige overvejelser om konkurrenceklausuler overflødige:

Følges opsigelsesvarslet i handelsagentloven overstiger opsigelsesfristen aldrig 6 måneder, og en så lang opsigelsesfrist nås først efter aftalen har varet i 6 år, jf. handelsagentlovens § 22. Der er intet til hinder for at aftale længere opsigelsesvarsler.<sup>170</sup> Det er imidlertid usædvanligt, at agenter bindes i en længere periode end ét år ad gangen.<sup>171</sup> Kommissionen har udtalt, at det er usandsynligt, at konkurrenceklausuler på ét år har en

<sup>170</sup> *Handelsagentbetænkningen*, s. 107

<sup>171</sup> Jf. førnævnte uvidenskabelige samtale med Dansk Erhverv



konkurrencebegrænsende effekt.<sup>172</sup> Dertil kommer, at handelsagenter ofte indgås mellem mindre virksomheder.<sup>173</sup> Alle disse forhold gør det usandsynligt, at markedet vil blive afskærmet.

Problemet er derfor af beskeden praktisk relevans, selvom det fra en teoretisk synsvinkel ikke kan udelukkes, at en længerevarende agentkontrakt kan være i strid med konkurrencereglerne på trods af loyalitetspligten. Analysemodellen vil i så fald være den samme som gennemgået tidligere for om forhandlerforhold. Hvis en agentaftale efter *delimitis*-testen findes at have en konkurrencebegrænsende effekt, må det formodes, at de samme hensyn, som kan legitimere almindelige forhandlerforhold efter konkurrencelovens § 8, finder tilsvarende anvendelse for agentforhold.<sup>174</sup>

### 10.3 Post term

Agenturgivere kan have en interesse i at sikre, at agenten ikke straks efter agentforholdets ophør begynder at formidle konkurrerende varer. Agenten vil typisk være personen, som har kontakten med de endelige forhandlerne på agenturgiverens vegne, og derfor er der en særlig risiko for, at agenten tager disse forhandlere med til et eventuelt nyt, konkurrerende agentur. Mens konkurrenceklausuler er almindeligt forekommende under agentaftalens løbetid, er de i praksis sjældent forekommende efter aftalens udløb.<sup>175</sup> Dette må antages at skyldes, at det kommercielt er sværere at få en agent til at binde sig til ikke at sælge konkurrerende varer efter aftalens udløb.

Også her giver konkurrencereglernes forhold til de handelsagentretlige regler anledning til tvivl, hvorfor disse gennemgås først.

#### 10.3.1 Adgang til 2 års post term konkurrenceklausuler i handelsagentloven

Civilretligt kan der indgås konkurrenceklausuler i agentforhold i op til 2 år efter aftalens ophør, såfremt aftalen er skriftlig, vedrører det geografiske område eller den kundekreds og det geografiske område, som agenten har fået overdraget, og alene vedrører de varetyper, som er omfattet af agenturaftalen, jf. handelsagentlovens § 30, stk. 1 og 2. Dog kan sådanne konkurrenceklausuler efter omstændighederne tilsidesættes efter aftalelovens § 38, jf. handelsagentlovens § 30, stk. 3. Da aftalelovens § 38 er ophævet og udskiftet med ansættelsesklausulovens § 11, som også gælder for erhvervsdrivende, og som skal videreføre samme retsstilling,<sup>176</sup> må det formodes, at henvisningen i handelsagentloven i stedet skal forstås som en henvisning hertil. Herefter kan post term konkurrenceklausuler tilsidesættes, såfremt de går videre end hvad der er nødvendigt for at værne om agenturgiverens tarv, eller hvis de på urimelig måde indskrænker agentens adgang

<sup>172</sup> *Remingslinjerne*, pkt. 133 og analysen ovenfor under 8.2.1

<sup>173</sup> *Iversen 2013*, s. 15

<sup>174</sup> *Remingslinjerne*, pkt. 19

<sup>175</sup> I *Handelsagentbetænkningen*, s. 136 angives, at konkurrenceklausuler er sjældne i agenturforhold. Handelsagentloven behandler udelukkende post term konkurrenceklausuler, hvorfor det må formodes, at disse er fokus for undersøgelsen. I samtalen med Dansk Erhverv blev det ligeledes påpeget, at post term konkurrenceklausuler er meget sjældne i praksis.

<sup>176</sup> Lov om ansættelsesklausuler § 11 samt forslag til Lov om ansættelsesklausuler, , bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 11

til erhverv. Post term konkurrenceklausuler mellem agenturgivere og agenter med en periode på mere end 2 år er aldrig bindende.

Konkurrencestyrelsen synes at have taget denne bestemmelse som en fri adgang til at indgå post term konkurrenceklausuler med op til 2 års varighed:

*I Erklæring om ikke-indgreb til agentaftale mellem A/S Shell og DLG a.m.b.a.*<sup>177</sup> godkendte konkurrencestyrelsen en 2 årig post term konkurrenceklausul uden at tage stilling til aftalens virkning, alene med henvisning til, at der var adgang til at indgå en sådan klausul i medfør af handelsagentloven. Afgørelsen synes lempelig,<sup>178</sup> og det kan forekomme tvivlsomt, om den fornødne analyse blev foretaget. Se hertil diskussionen nedenfor.

### 10.3.2 Konkurrencerettens begrænsninger i adgangen til at indgå post term konkurrenceklausuler

Indledningsvis skal det erindres, at det i *Suiker Unie* blev fastslået, at civilretlige regler er ligegyldige ved anvendelsen af konkurrencereglerne. Konkurrencereglerne må af den grund formodes ligeledes at sætte en grænse for, i hvor vidt omfang der kan indgås post term konkurrenceklausuler.

Samtidig er der i medfør af Gruppiefritagelsesforordningen alene en konkurrenceretlig "safe harbor" for post term klausuler, som er nødvendige for at beskytte knowhow, som alene har en geografisk udstrækning på den grund eller de lokaler, hvorfra distributionen foregik, og som maksimalt varer i et enkelt år. Der er ikke grund til at antage, at post term klausuler i agentaftaler normalt kan opfylde disse betingelser, hvorfor aftalerne vil skulle vurderes efter konkurrencelovens §§ 6 og 8.

#### Konkurrencebegrænsende effekt

I mangel på praksis er det meget svært at sige, hvornår der vil ske en markedsafskærmning ved indsættelse af post term klausuler i agentforhold. Ligesom for forhandlerforhold må der imidlertid skulle ses på, om konkurrenter har en reel adgang til at trænge ind på markedet, samt om en konkurrenceklausul i en agentkontrakt bidrager til denne markedsafskærmning.

Anvendes argumentationen fra almindelige forhandlerforhold er der gode grunde til at antage, at også post term klausuler i agentforhold hurtigt vil være konkurrencebegrænsende.

Modsat kan der argumenteres for, at agenter ofte vil være mindre virksomheder, og at der af den grund sandsynligvis vil være flere af dem, hvilket kan mindske afskærmningsvirkningen. Dertil kommer, handelsagentlovens §§ 25-29 sikrer, at agenten bliver godtgjort for de kunder, som han har skaffet agenturgiveren ved ophør af kontrakten. Det afgørende moment i SØ- og Handelsrettens dom af 24. november 2017<sup>179</sup> om distribution af vejhjælps-ydelser var, at en post term konkurrenceklausul medførte risiko for, at

<sup>177</sup> *Erklæring om ikke-indgreb til agentaftale mellem A/S Shell og DLG a.m.b.a.*, afgørelse af 16. december 1998

<sup>178</sup> *Bjørn Larsen 2019*, s. 330

<sup>179</sup> Dommen behandles på s. 37

distributører ville gå konkurs, hvilket ville skade konkurrencen. Denne risiko er i kraft af kompensationsreglerne mindre i agentforhold.

Retsstillingen er usikker, men der må ske en konkret vurdering ved en given sag.

#### Individuel fritagelse

Mens det i almindelige forhandlerforhold synes usandsynligt, at en post term konkurrenceklausul kan legitimeres efter konkurrencelovens § 8 ud fra effektivitetshensyn, kan der være gode argumenter for, at en konkurrenceklausul vil kunne opnå en individuel fritagelse i agentforhold.

Agenter anvendes ofte til etablering på et nyt marked. En leverandør kan finde det for risikabelt at indtræde på markedet, hvis han ikke kan sikre sig, at hans egen agent ikke vil tage de opbyggede kunder med over til et konkurrerende agentur. Hvis alternativet er, at nye konkurrenter slet ikke forsøger sig på markedet, vil en post term konkurrenceklausul medføre effektivitetsfordele som kommer forbrugeren til gode i form af et større udvalg på markedet.<sup>180</sup>

Dertil kommer, at handelsagentloven bygger på et EU-retligt direktiv, hvor en der findes en bestemmelse tilsvarende den danske handelsagentlovs § 30 om 2-årige post term konkurrenceklausuler. Der må være en formodning for, at kommissionen ved udarbejdelse heraf har vurderet, at post term konkurrenceklausuler kan medføre visse fordele og være nødvendige i handelsagentforhold.

På baggrund af det fremførte må det konkluderes, at det ikke kan udelukkes, at en post term konkurrenceklausul vil blive anset som ugyldig efter konkurrencereglerne, men sandsynligheden herfor er nok lille. Henset til tidligere praksis og adgangen til at lave post term konkurrenceklausuler i handelsagentloven må det formodes, at domstolene vil anlægge en pragmatisk vurdering, hvor en konkurrenceklausul i et agentforhold alene bliver erklæret ugyldig på baggrund af de konkurrenceretlige regler i det tilfælde, hvor konkurrenceklausulen har en klart uhensigtsmæssig og konkurrencebegrænsende effekt.

#### 10.4 **Opsummerende om agentforhold**

Agentforhold anses traditionelt for at falde udenfor konkurrenceretten, og for så vidt angår konkurrenceklausuler bidrager loyalitetspligten mellemss agenturgiver og agent ligeledes til, at konkurrenceklausuler generelt anses som legitime. Kommissionen og EU-Domstolen har imidlertid åbnet op for, at aftaler som vedrører forholdet mellem agenturgiver og agent - herunder navnlig konkurrenceklausuler - i konkrete tilfælde kan være i strid mod forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Der er således alene adgang til at indgå både during term og post term konkurrenceklausuler, for så vidt disse holder sig inden for de rammer, der opstilles i konkurrenceretten.

---

<sup>180</sup> Det følger af Heide-Jørgensen 2009, s. 386, at større udvalg fremmer konkurrencen

Undersøgelsen af konkurrenceklausulers begrænsende effekt i agentforhold må ske med udgangspunkt de samme analysemodeller, som gælder for almindelige forhandlerforhold, herunder bagatelreglerne samt Delimitis-testen. Der er imidlertid endnu ikke afsagt domme eller afgørelser, hvor en konkurrenceklausul konkret fandtes at være i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6 eller den tilsvarende bestemmelse i TEUF artikel 101, stk. 1. Det er derfor svært at komme med et kvalificeret bud på, præcis hvor grænsen går. Der er gode grunde til at antage, at konkurrenceklausuler næppe vil have en konkurrencebegrænsende følge i agentforhold, særligt hvis det er korrekt at antage, at agentaftaler sjældent har en bindingsperiode på over 1 år. Skulle en klausul undtagelsesvis findes at have en konkurrencebegrænsende følge, må det formodes, at det tætte forhold mellem agenturgiver og agent kan medføre, at en sådan konkurrenceklausul vil medføre effektivitetsgevinster, som i sidste ende vil komme forbrugeren til gode. Indtil der bliver afsagt yderligere praksis på området er retsstillingen imidlertid usikker.

## KONKLUSION

Fremstillingen har søgt at klarlægge, hvordan valget af distributionsform påvirker vurderingen af, om en konkurrenceklausul er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Til besvarelse heraf er almindelige forhandlerforhold, franchise og agentur blevet analyseret. Undersøgelsen har vist, at den valgte distributionsform i høj grad har indflydelse på anvendelsen af konkurrencelovens § 6.

En konkurrenceklausul er i fremstillingen defineret som en bestemmelse, hvor leverandøren direkte eller indirekte forpligter distributøren til at afholde sig fra at forhandle konkurrerende produkter, eller til at foretage minimum 80 % af indkøbet af et bestemt produkt hos leverandøren eller en virksomhed udvalgt af leverandøren. En konkurrenceklausul kan både gælde under aftalens løbetid og være "during term", eller strække sig til efter aftalens ophør og dermed være "post term". En sådan klausul har som udgangspunkt ikke et konkurrencebegrænsende formål, men kan efter omstændighederne have en konkurrencebegrænsende følge. Hvis en konkurrenceklausul har en konkurrencebegrænsende følge, kan den efter omstændighederne retfærdiggøres i effektivitetshensyn.

For alle distributionsforhold gælder visse sikre havne, som er tærskelværdier, hvorunder konkurrenceklausuler accepteres. Således vil konkurrenceklausuler indgået mellem parter med under 15 % markedsandele i kraft af bagatelreglerne være så ubetydelige, at de ikke vil have en konkurrencebegrænsende følge. Tærskelværdien nedsættes dog til 5 %, når mindst 30 % af markedet er bundet af konkurrenceklausuler. Derudover vil selv konkurrencebegrænsende konkurrenceklausuler mellem virksomheder med under 30 % markedsandele være gruppefritaget, for så vidt klausulen ikke strækker sig længere end aftalens varighed, dog aldrig over 5 år.

Bevæger en virksomhed sig uden for disse sikre havne, indebærer retsstillingen en del større usikkerhed. Det er imidlertid også her, der virkelig ses en forskel mellem de forskellige distributionsforhold i anvendelsen af konkurrencereglerne. Der er altid tale om en konkret vurdering hvor alle forhold ved den specifikke aftale skal inddrages. Ud fra de undersøgte retskilder kan der imidlertid findes vejledning til, hvordan domstolene normalt vil behandle de enkelte aftaleforhold.

For almindelige forhandlerforhold blev det konkluderet, at det først skal vurderes, om markedet bliver afskærmet. Denne vurdering er konkret funderet og inddrager alle økonomiske og retlige forhold på markedet. Hvis det ud fra en helhedsvurdering findes, at markedet er afskærmet, skal det dernæst undersøges, hvorvidt den konkrete aftale bidrager til denne markedsafskærmning. Denne vurdering sker på grundlag af aftalens varighed og leverandørens størrelse. En lille leverandør som binder sine distributører i lang tid kan bidrage ligeså meget til markedsafskærmningen som en stor leverandør, som alene binder sine distributører i kort tid.

Såfremt aftalen bidrager til en markedsafskærmning må det vurderes, om aftalen alligevel medfører effektivitetsfordele, som legitimerer den til en individuel fritagelse. For at blive fritaget må

effektivitetsfordelen aldrig gå videre end hvad der er nødvendigt, og forbrugerne skal få en fordel heraf. Dette kan navnlig ske, hvis konkurrenceklausulen løser frihjulsproblemer, hold-up problemer, eller problemer med et ineffektivt kapitalmarked. Konkurrencestyrelsen synes dog også at inddrage mere generelle effektivitetshensyn.

For så vidt angår post term konkurrenceklausuler i forhandlerforhold er analysemodellen den samme. Domstolene og konkurrencestyrelsen har imidlertid været tilbageholdende med at acceptere post term konkurrenceklausuler, hvorfor det må formodes, at disse i praksis oftest vil blive kendt ugyldige som konkurrencebegrænsende.

Da forhandlerforhold er distribution i sin mest "rene" form, kan det siges, at ovenstående er udgangspunktet for alle distributionsaftaler. Særlige karakteristika ved andre typer af distribution kan dog medføre, at denne analysemodel fraviges.

I franchiseaftaler overfører franchisegiveren sammen med aftalevarerne en række immaterielle rettigheder, samt ofte også noget knowhow til distributøren. Franchisetager overtager dermed et helt forretningskoncept. Som konsekvens af denne særlige karakteristika ved franchise er konkurrenceklausuler i praksis anset som nødvendige for at beskytte identiteten og omdømmet af franchisesystemet, samt for at beskytte overført knowhow. Konkurrenceklausulen siges at være "accessorisk" til franchiseaftalen. Som konsekvens heraf kan der i franchiseaftaler indgås konkurrenceklausuler, som strækker sig over hele aftalens løbetid, desuagtet at denne overskrider 5 år. I kraft af gruppefritagelsesforordningen kan der ligeledes indgås post term konkurrenceklausuler i franchiseforhold, for så vidt disse er geografisk begrænset til den grund eller det lokale, hvorfra franchisetageren udførte sin virksomhed, og er nødvendigt for at beskytte knowhow. Praksis viser, at der efter omstændighederne nok også kan indgås post term klausuler mellem virksomheder med over 30 % markedsandel, samt måske med en smule større geografisk rækkevidde, men næppe med en varighed på over 1 år.

Endelig er agentaftaler blevet analyseret. Her formidler agenten blot salg i agenturgiverens navn. Sådanne aftaler er kendetegnet ved, at der er et tæt forhold mellem agenturgiver og agent, og som konsekvens deraf kan agenten i kraft af loyalitetspligten være afskåret fra at formidle konkurrerende varer, selv uden en konkurrenceklausul i aftalegrundlaget. Kommissionen og EU-Domstolen har imidlertid åbnet op for, at en konkurrenceklausul kan være i strid med de konkurrenceretlige regler, uanset at loyalitetsregler tilsiger andet. Vurderingen skal foretages på samme måde som efter almindelige forhandlerforhold. De konkrete markedsforhold for agenter i Danmark gør imidlertid, at det er usandsynligt, at during term konkurrenceklausuler vil afskærme markedet. For så vidt angår post term klausuler, må det også antages, at domstolene sjældent vil erklære en konkurrenceklausul, som opfylder kravene i handelsagentloven, ugyldig. Dette kan muligvis begrundes i, at post term klausuler i agentforhold kan medføre visse effektivitetsfordele. Der mangler imidlertid praksis på området, og retsstillingen er derfor usikker.

Forskellen på den praktiske anvendelse af konkurrenceklausuler bevirker, at den leverandør, som ønsker at hans distributører ikke forhandler konkurrerende varer i videre udstrækning, end hvad der er muligt efter bagatelreglerne samt gruppefritagelsesforordningen, nøje skal overveje hvordan distributionen udformes. Det kan navnlig være en fordel at anlægge sin distribution igennem franchise, ligesom også distribution igennem agenter nok kan medføre en videre adgang til at indgå konkurrenceklausuler i praksis.

Det skal imidlertid holdes for øje, at det er de samme regler, som gælder for alle aftaleforhold. Når en konkurrenceklausul i en franchiseaftale kan strække sig i hele franchiseaftalens løbetid, er dette ikke begrundet i en lov om franchiseaftaler, som undtager disse. I stedet er det de konkrete karakteristika, som kendetegner franchise, der udmønter sig i et behov for at acceptere konkurrenceklausuler som accessoriske. Det betyder, at en leverandør ikke kan kalde sin aftale for en "franchiseaftale" for at anvende reglerne om accessoriske konkurrencebegrænsninger. Er der blevet sagt A, må der også siges B for at opnå de konkurrenceretlige virkninger. For den erhvervsdrivende, som skal vælge distributionsform betyder det, at behovet for at kunne indgå konkurrenceklausuler alene bør indgå som et delelement i valget af distributionsform. Er det i alle andre henseender mere fordelagtigt at indgå en forhandleraftale, må den erhvervsdrivende vurdere, om det ikke er et fornuftigt kompromis kun at binde distributøren i maksimalt 5 år, mod derimod ikke at skulle overføre knowhow til distributøren.

## KILDELISTE

### Traktater

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsområde ("TEUF")

### Regulering

#### Forordninger

Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, Den Europæiske Unions Tidende 2010/L 102/1 ("*Gruppefritagelsesforordningen*")

Rådsforordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i forordningens artikel 81 og 82, artikel 1, De Europæiske Fællesskabers Tidende 2003/L 1/1 ("*RFO 1/2003*")

Kommissionens forordning nr. 4087/1988 af 30 november 1988 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3 på kategorier af franchiseaftaler, De Europæiske Fællesskabers Tidende 88/L 359/46 (ikke længere i kraft)

#### Direktiver

Rådets direktiv af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter, De Europæiske Fællesskabers Tidende 1986/L, 382/17 ("*Handelsagentdirektivet*")

#### Dansk lovgivning

Bekendtgørelse af Konkurrenceloven, lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018 ("*Konkurrenceloven*")

Lov om ændring af konkurrenceloven, lov nr. 1545 af 19. december 2017ss

Bekendtgørelse af lov om aftaler og andre retshandler på det formueretlige område, lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016 ("*Aftaleloven*")

Lov om ansættelsesklausuler, lov nr. 1565 af 15. december 2015

Lov om handelsagenter og handelsrejsende, lov nr. 272 af 2. maj 1990 ("*Handelsagentloven*")

#### Bekendtgørelser

*Gruppefritagelsesbekendtgørelsen:*

Bekendtgørelse om gruppefritagelse af vertikale aftaler og samordnet praksis, bekendtgørelse nr. 739 af 23. juni 2010



## **Forarbejder**

### Lovforslag

Forslag til ændring af konkurrenceloven, Lovforslag nr. L 6, fremsat 4. oktober 2017

Forslag til lov om ansættelsesklausuler, lovforslag nr. L 25, fremsat 8. oktober 2015

Forslag til konkurrencelov, Lovforslag nr. L 172, fremsat 20. februar 1997

### Betænkninger

#### *Handelsagentbetænkningen:*

Betænkning om handelsagenter og handelsrejsende, afgivet af Justitsministeriets arbejdsgruppe om handelsagenter, betænkning nr. 1151 af 1988

## **Retspraksis**

### Domme afsagt af EU-Domstolen (sorteret efter årstal)

C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) mod Europa-Kommissionen*, dom af 11. september 2014 ("*CB mod Kommissionen*")

C-117/12, *La Retoucherie de Manuela SL mod La Retoucherie de Burgos SC*, dom af 7. februar 2013, ("*La Retoucherie de Manuela*")

C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA mod LV Tobar e Hijos SL*, dom af 11. september 2008, ("*CEPSA*")

C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio mod Compañía Española de Petróleos SA*, dom af 14. december 2006 ("*CEEES*")

C-279/95 P, *Langnese-Iglo GmbH mod Kommissionen*, dom af 1. oktober 1998 ("*Langnese-Iglo II*")

C-344/98, *Masterfoods Ltd mod HB Ice Cream*, dom af 14. december 2000 ("*HB Icecream*")

Sag C-41/90, *Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macotron GmbH*, dom af 23. april 1991

Sag C-234/89, *Stergios Delimitis mod Henninger Bräu AG*, dom af 28. februar 1991, ("*Delimitis*")

Sag C-161/84, *Pronuptia de Paris GmbH mod Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, dom af 28. januar 1986, ("*Pronuptia*")

Forenede sager C-40, 48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, *Suiker Unie og andre mod Kommissionen*, dom af 16. december 1975 ("*Suiker Unie*")

23/67 *Brasserie de Haecht mod Procesfællerne Wilkin-Janssen*, dom af 12. december 1967 ("*Brasserie de Haecht*")

Domme afsagt af Retten (sorteret efter årstal)

T-112/99, *Metropole Télévision Services (M6) m.fl. mod Kommissionen*, dom af 18. September 2001

T-25/99, *Colin Arthur Roberts og Valérie Ann Robers mod Kommissionen*, dom af 5. juli 2001 ("*Roberts v. Kommissionen*")

T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd mod Kommissionen*, dom af 23. oktober 2003

T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH mod Kommissionen*, dom af 8. juni 1995 ("*Langnese-Iglo*")

Domme afsagt af Højesteret (sorteret efter årstal)

Højesterets dom af 6. februar 2014, Sagsnr. H-54-12

Højesterets dom af 21. november 2012, gengivet i U 2013.532 H

Højesterets dom af 15. april 1997, gengivet i U 1997.856 H

Domme afsagt af Sø- og Handelsretten (sorteret efter årstal)

Sø og Handelsrettens dom af 24. november 2017, sagsnr. A-25-17

Sø og Handelsrettens dom af 8. februar 2013, gengivet i U 2013.1538 SH

## **Administrative afgørelser**

Afgørelser fra Kommissionen (alfabetisk)

*Charles Jourdan* (sag IV/31.697) Kommissionens beslutning 89/94/EØF, De Europæiske Fællesskabers Tidende 89/L 35/31

*Computerland* (sag IV/32.034) Kommissionens beslutning 87/407/EØF, De Europæiske Fællesskabers Tidende 87/L 222/12

*Robers/Greene King* (sag IV/36.511/F3) Kommissionens beslutning af 12. november 1998

Tilgængelig på <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/closed/en/iv36511.pdf> (pr. 3. december 2019)

*Yves la Rocher* (sag IV/31.428-31.432) Kommissionens beslutning 87/14/EØF, De Europæiske Fællesskabers Tidende 86/L 8/49

Afgørelser fra Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (alfabetisk)

*Aftale om billetformidling på internettet, konkurrencestyrelsen*, Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 29. november 2000

*Anmeldelser fra NY\*BO\*E A/S/Nykredit Mægler A/S*, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 25. august 1999

*Bestsellers forhandleraftaler for selvstændige konceptbutikker*, Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 27. august 2003

*Dagrofra-koncernens kædeaftaler*, Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 29. september 1999

*Erklæring om ikke-indgreb til agentaftale mellem A/S Shell og DLG a.m.b.a.*, Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 16. december 1998

*Fritagelse til levering af Pokal øl mellem Carlsberg og FDB*, Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 29. november 2000

*Go-Card ApS aftaler med cafeer og biblioteker*, Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 21. juni 2000

*Home-kædens franchiseaftaler omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler mv.*, Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 31. oktober 2001

*Konkurrenceklausulen i home kædens opsigelsesregler - annullation af tidligere afgørelse*, Konkurrence- og forbrugerstyrelsens afgørelse af 3. april 2017

**Meddelelser fra kommissionen***Bagatelmeddelelsen:*

Europakommissionen - Meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsområde, Den Europæiske Unions Tidende 2014/C, 291/01

Kommissionens arbejdsdokument af 25. juni 2014 om begrænsninger, som har til formål at begrænse konkurrencen.

Tilgængelig på: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf) (pr. 3. december 2019)

*Retningslinjerne:*

Europakommissionen - Retningslinjer for vertikale begrænsninger, Den Europæiske Unions Tidende 2010/C 130/01

*Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3:*

Europakommissionen - Retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, Den Europæiske Unions Tidende 2004/C 101/97

**Litteratur***Albaric & Dickstein 2017:*

Albaric, Cristelle & Dickstein, Marianne: *International Commercial Agency and Distribution Agreements*, Wolters Kluwer, 2. udgave, 2017

*Bergqvist 2019:*

Bergqvist, Christian: *Konkurrenceretten*, Djøf forlag, 2019

*Bjørn Larsen 2019:*

Bjørn Larsen, Torsten: *Markedsretten*, Karnov Group, 2019

*Blume 2016:*

Blume, Peter: *Retssystemet og juridisk metode*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 3. udgave, 2016

*Bo Madsen 2018:*

Bo Madsen, Palle: *Markedsret del 1, konkurrencebegrænsningsret*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 7. udgave, 2018

*Bryde Andersen 2016:*

Bryde Andersen, Mads: *Enkelte transaktioner*, Gjellerup, 3. udgave, 2016

*Bryde Andersen 2013:*

Bryde Andersen, Mads: *Grundlæggende aftaleret*, Gjellerup Forlag, 4. udgave, 2013

*Evald & Schaumburg-Müller 2004:*

Evald, Jens og Schaumburg-Müller, Sten: *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004

*Faull & Nikpay 2014:*

Faull, Jonathan & Nikpay, Ali: *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 3. Udgave, 2014

*Fejøl 2003:*

Fejøl, Jens: *EU-Konkurrenceret almindelig del*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 3. udgave, 2003

*Fejøl & Ølykke 2014:*

Fejøl, Jens og Ølykke & Grith Skovgaard: *EU-Konkurrenceret, almindelig del*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2014

*Gomard m.fl. 2015:*

Gomard, Bernhard, Ørgaard, Anders & Viggo, Hans: *Almindelig kontraktsret*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2015

*Goode 2016:*

Goode, Roy: *Goode on Commercial Law*, redigeret af Ewan McKendrick, Penguin Books, 5. udgave, 2016

*Goyder 2011:*

Goyder, Joanna: *EU Distribution Law*, Hart Publishing, 5. udgave, 2011

*Heide-Jørgensen 2009:*

Heide-Jørgensen, Caroline, m.fl.: *Konkurrenceretten i EU*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 3. udgave, 2009

*Heide-Jørgensen 2017:*

Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 2017

*Iversen 2013:*

Iversen, Bent: *Handelsagenten og eneforhandleren*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2013

*Jessen m.fl. 2016:*

Jessen, Pernille Wegener m.fl.: *Regulering af konkurrence i EU*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2016

*Koktvedgaard 2005:*

Koktvedgaard, Mogens: *Lærebog i konkurrenceret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 6. udgave, 2005

*Lykkegård 2014:*

Lykkegård, Jørgen: *Handelsagentloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 2014

*Munk 2018:*

Munk, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, Djøf Forlag, 2. udgave, 2018

*Nielsen & Tvarnø 2017:*

Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina: *Retskilder og retsteorier*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 5. reviderede udgave, 2017

*Sufrin & Jones 2014:*

Sufrin, Brenda & Jones, Allison: *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 7. udgave, 2019

*Valentine 2002:*

Kora, valentine & O'sullivan, Denis: *Distribution Agreements under the EC competition rules*, Hart Publishing, 2002

*Van Bael & Bellis 2010:*

Van Bael & Bellis: *Competition Law of the European Community*, Wolters Kluwer International Law, 5. udgave, 2010

*Whish 2018:*

Whish, Richard & Bailey, David: *Competition Law*, Oxford University Press, 9. udgave, 2018

*Wijckmans 2018:*

Wijckmans, Frank & Tuytschaever, Filip: *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford University Press, 3. Udgave, 2018

**Øvrige kilder**

Dansk Franchise Forenings etiske regler for franchising, kan downloades på [www.franchisedanmark.dk](http://www.franchisedanmark.dk)

ICC's Commercial Agency Contract, Second edition (ICC publ. 644). Modelkontrakten kan købes på ICC's hjemmeside, men er ligeledes gengivet i *Bryde Andersen 2016*.

Svarskrivelse af 30. september 2017, gengivet i U 1977.221/3

## ANSLAGSDOKUMENTATION

