

Konsortiers anvendelse af strategisk kontrahering for opnåelse af effektivitetsgevinster, jf. art. 101, stk. 3 TEUF

THE USE OF STRATEGIC CONTRACTING BY CONSORTIA FOR THE OBTAINMENT OF EFFICIENCY GAINS CF. ARTICLE 101(3) TFEU

FORFATTERE: NADINE WEN JUAN XU BRAND & ANDREA JULIE FINDLING ANDERSEN

KANDIDATAFHANDLING CAND.MERC.JUR
COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL SEPTEMBER 2018

JURIDISK VEJLEDER: GRITH SKOVGAARD ØLYKKE
ØKONOMISK VEJLEDER: BENT PETERSEN

ANSLAG/SIDER: 274.367 / 119

ABSTRACT

The thesis examines what legal arguments can be included when the European Court of Justice (ECJ) should determine whether a joint bidding can be exempted from anticompetitive behavior following article 101(3) TEUF.

The thesis analyses how the legal system views competitors and when two parties can be seen as actual as well as potential competitors within the context of public procurement. This is often a question of whether the cooperation parties have the capacity themselves to deliver on a public tender.

Furthermore, it is examined if a consortium can be seen as anticompetitive and therefore is within the scope of article 101(1) TEUF. Bidding consortia often involves price coordination which constitutes a hardcore restriction on competition. Agreements containing such restrictions generally has as its object to limit competition. It can be established that as a result of price fixing consortia are often within the scope of article 101(1) TEUF.

Bidding consortia may have to use the exemption within article 101(3) TEUF to form the consortium. The thesis includes economic tools that could lead to an exemption. This is strategic alliances where the cooperating companies take actions such as combining the complementary resources within the companies. A combination of such resources, such as knowhow, can lead to relational rent which is an additional value that can only be obtained by combining the two companies' resources. Additionally, risk sharing between the cooperating parties is examined and found to be a key component for the possibility of creating relational rent. The additional value can be seen in the development of new products, cost savings, etc.

Lastly the thesis examines if relational rent can be used as a legal argument for exemption under article 101(3) TEUF. This is done to establish what arguments the ECJ would exercise when determining whether a consortium can use the exemption. It is seen from case law that arguments such as combining complementary resources to develop something not possible otherwise, cost savings and a sharing of financial risk resulting from the development can be used as argument.

INDHOLDSFORTEGNELSE

ABSTRACT	1
KAPITEL 1	4
1. PROBLEMSTILLING.....	4
2. PROBLEMFORMULERING	7
3. FORMÅL OG SYNSVINKEL	7
4. AFGRÆNSNING.....	7
5. TEORI OG METODE.....	9
6. STRUKTUR.....	12
KAPITEL 2 – KONSORTIEPARTER SOM KONKURRENTER.....	13
1. EU-DOMSTOLENS VURDERING AF KONKURRENTER	13
2. DET RELEVANTE MARKED	15
3. HVORNÅR ER KONSORTIEDANNELSE OBJEKTIVT NØDVENDIGT?	25
4. KAPACITET.....	28
5. DELKONKLUSION	34
KAPITEL 3 – VURDERING AF KONSORTIER EFTER ART. 101, STK. 1 TEUF.....	35
1. EU-DOMSTOLENS MANGLENDE VURDERING AF KONSORTIER.....	37
2. ARTIKEL 101, STK. 1 TEUF	38
3. HVORNÅR OVERTRÆDER KONSORTIER ART. 101, STK. 1 TEUF?	39
3.1 VIRKSOMHEDSBEGREBET.....	40
3.2 AFTALER, VEDTAGELSER OG SAMORDNET PRAKSIS	42
3.3 FORMÅL – FØLGE	45
3.4 MÆRKBARE KONKURRENCEBEGRÆNSNINGER.....	55
4. DELKONKLUSION	61

Indholdsfortegnelse

KAPITEL 4 – STRATEGISKE TILTAG OG ALLIANCER SOM LEDER TIL RELATIONSRENTE.....	62
1. RELATIONSRENTE	63
2. STRATEGISKE ALLIANCER.....	64
3. KOMBINERING AF KOMPLEMENTÆRE RESSOURCER.....	67
4. STOR- OG SAMDRIFTSFORDELE	71
5. RISIKODELING.....	75
6. DELKONKLUSION	78
KAPITEL 5 – KONSORTIERS FRITAGELSE EFTER ART. 101, STK. 3 TEUF	79
1. FRITAGELSE AF KONSORTIER EFTER ART. 101, STK. 3 TEUF.....	80
2. HVORDAN OPFYLDES BETINGELSEN OM EFFEKTIVITETSGEVINSTER?.....	81
3. KOMPLEMENTARITET SOM LEDER TIL EFFEKTIVITETSGEVINSTER	82
4. STOR- OG SAMDRIFTSFORDELE SOM LEDER TIL EFFEKTIVITETSGEVINSTER.....	94
5. RISIKODELING SOM LEDER TIL EFFEKTIVITETSGEVINSTER.....	108
6. DELKONKLUSION	115
KAPITEL 6 – KONKLUSION.....	0
KAPITEL 7 – LITTERATUR.....	4
JURDISIK MATERIALE.....	4
ØKONOMISK MATERIALE	9
TEORETISK MATERIALE.....	10
BILAG A – SØ- OG HANDELSRETTENS AFGØRELSE 27. AUGUST 2018.....	I
BILAG B – SIKRING AF RELATIONSRENTE	VII
BILAG C – FRITAGELSE EFTER ART. 101, STK. 3 TEUF.....	VIII

KAPITEL 1

1. PROBLEMSTILLING

1.1 Formålet med udbudsreglerne

Formålet med udbudsreglerne er at sikre, at der ved offentlige indkøb åbnes op for konkurrencen. Det ses af præamblen til *Direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud* (herefter udbudsdirektivet), hvorved tildeling af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med EU-principperne om fri bevægelighed samt de heraf afledte principper såsom ligebehandling og gennemsigtighed¹. Det understreges ligeledes af EU-Domstolen, som udtaler ”... at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater.”²

En åbning af konkurrencen søges bl.a. gennemført ved at give flest mulige økonomiske aktører mulighed for at deltage i de offentlige udbud. Et konsortium er en sammenslutning af økonomiske aktører som samarbejder om at deltage i offentlige udbud. Det ses af formuleringen i udbudsdirektivet art. 19 stk. 2, hvoraf det fremgår, at sammenslutninger af økonomiske aktører har mulighed for at deltage i udbudsprocedurer³. I nogle tilfælde vil opgavens omfang eller krav således resultere i, at en virksomhed ikke alene kan opfylde kriterierne i udbuddet. Det kan muliggøres gennem et samarbejde med en anden virksomhed. Et konsortium kan dermed give økonomiske aktører, som ikke alene er i stand til at byde på en offentlig kontrakt, muligheden for at deltage i udbuddet. Et konsortium kan dermed øge antallet af mulige økonomiske aktører og øge konkurrencen om selve opgaven. Udbudsreglerne åbner således op for, at økonomiske aktører kan gå sammen om at afgive tilbud på en given offentlig kontrakt, hvilket dermed kan siges at skabe en øget konkurrence.

1.2 Formålet med konkurrencereglerne

På den anden side kan et konsortium også anses som en konkurrencebegrænsende aftale. Virksomhedsbegrebet indbefatter alle enheder som udøver økonomisk aktivitet, hvorved der sker levering af varer og tjenesteydelser på et marked⁴. Konkurrencereglerne gælder

¹ Udbudsdirektivet, betragtning 1 i præambelen

² Sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, præmis 31

³ Udbudsdirektivets art. 19, stk. 2 og udbudsloven § 139, stk. 2

⁴ Sag 118/85, *Kommissionen mod Italien*, præmis 7

således også for økonomiske aktørers adfærd ved udbud⁵.

Konkurrencereglerne adresserer og regulerer virksomhederne og deres adfærd på det indre marked og de nationale markeder. Formålet med EU's konkurrenceregler ses af præamblen til *Forordning Nr. 1/2003*. Det ses, at konkurrencereglerne har til formål at beskytte konkurrencen på markedet⁶. Det fremgår, at reglerne skal sikre at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes og at art. 101 og 102 i *Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsområde* (herefter Traktaten) anvendes effektivitet og ensartet i hele EU⁷.

I EU-Domstolens afgørelse *Consten og Grundig* udtalte Domstolen, at ”*En aftale [...] som tager sigte på at genoprette de nationale skranke for handlen mellem medlemsstaterne, ville i øvrigt kunne stride mod Fællesskabets mest grundlæggende mål...*”. Domstolen fastslog, at formålet med Traktaten er at åbne op for markedet ved at afskaffe markedsbarrierer og sikre, at sådanne markedsbarrierer ikke opstår. Det ses, at art. 101, stk. 1 TEUF (tidligere art. 85, stk. 1) skal forfølge dette mål⁸. Formålet med EU's konkurrenceregler er således at åbne op for markedet og sikre mod konkurrencefordrejning på markedet.

Konkurrencebegrænsende aftaler er ulovlige, jf. art. 101, stk. 1 TEUF. Vurderingen af hvorvidt et konsortium er lovligt, bedømmes efter EU eller nationale konkurrenceregler⁹ og vil afhænge af, om den behandlende myndighed finder, at konsortiet kan begrænse eller fordreje konkurrencen på det relevante marked¹⁰.

En udfordring for konsortier er, at afgivelsen af fælles tilbud typisk indebærer aftaler om priser. Priskoordinering anses som en hardcore konkurrencebegrænsning, der som udgangspunkt medfører, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen¹¹.

1.3 Konflikt mellem regelsættene

Hvis man fra et konkurrenceretligt perspektiv anser et konsortium som en konkurrencebegrænsende aftale, kan der opstå en konflikt. På den ene side ses et ønske om at fremme

⁵ Ølykke & Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Djøf Forlag, 2017, s. 865-866

⁶ Rådets forordning Nr. 1/2003, betragtning 9 i præambelen

⁷ Rådets forordning Nr. 1/2003, betragtning 1 i præambelen

⁸ Sag 56/64, *Consten og Grundig*, s. 252

⁹ Hvilket regelsæt, der benyttes, afhænger af, om samhandlen mellem medlemsstaterne påvirkes af konsortieaftalen eller dennes adfærd – hvis samhandlen påvirkes, benyttes art. 101, stk. 1 og 3 TEUF – hvis ikke samhandlen påvirkes benyttes § 6, stk. 1 og 2 og § 8, stk. 1 i konkurrenceloven og bagatelreglen i § 7

¹⁰ Art. 101 TEUF, stk. 1 og KRL § 6, stk. 1 og 2

¹¹ Kommissionens meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens art. 81, stk. 3, pkt. 23*

konkurrencen ved at give flere økonomiske aktører mulighed for at byde på en given kontrakt, og på den anden side et ønske om at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes ved konkurrencebegrænsende aftaler, som vil have en skadelig effekt på konkurrencen på markedet. Der kan således opstå konflikt mellem udbudsreglerne og konkurrencereglerne i vurderingen af, om tilbudskonsortiet er lovligt. Det er interessant at undersøge, hvornår et samarbejde mellem økonomiske aktører, i form af et tilbudskonsortium, kan siges at overtræde art. 101, stk. 1 TEUF.

1.4 Strategisk kontrahering som bidrag til fritagelse

Hvis et konsortium overtræder art. 101, stk. 1 TEUF og anses som en konkurrencebegrænsende aftale, vil det herefter være relevant at belyse om konsortiet kan fritages efter art. 101, stk. 3 TEUF. Frembringelse af effektivitetsgevinster, kan skabe mulighed for en individuel fritagelse, hvorefter konsortiet fortsat kan eksistere trods de konkurrencebegrænsende elementer. En mulighed for at opnå denne merværdi, som kun fremkommer ved samarbejdet, er ved strategisk kontrahering. Strategisk kontrahering kan skabe økonomiske fordele som eksempelvis omkostningsbesparelser, fælles udnyttelse af komplementære ressourcer og deling af risici.

Det er derfor relevant at identificere hvilke strategiske tiltag og alliancer, som konsortieparterne må foretage eller indgå i, for at skabe en merværdi. Ydermere er det relevant at undersøge om den merværdi, som tiltagene og alliancerne skaber, kan anses som effektivitetsgevinster og vil kunne bidrage til at fritage konsortiet efter art. 101, stk. 3 TEUF.

Ved at klarlægge hvornår parterne i tilbudskonsortier er konkurrenter og dermed potentielt overtræder art. 101, stk. 1 TEUF, søges det herefter belyst om relationsrenten som opnås ved strategisk kontrahering kan anses sig som effektivitetsgevinster. Slutteligt søges det belyst, om disse gevinster kan opveje de konkurrencebegrænsninger som konsortiet medfører og medvirke til at fritage parterne efter art. 101, stk. 3 TEUF.

2. PROBLEMFORMULERING

Hvordan kan strategisk kontrahering og den relationsrente som tilbudskonsortiet kan opnå herved, opfylde betingelsen om effektivitetsgevinster, som kræves for fritagelse fra konkurrencebegrænsende aftaler, jf. art. 101, stk. 3 TEUF?

Delspørgsmål til besvarelse af den overordnede problemformulering:

- *Hvornår kan det antages, at parterne i et tilbudskonsortium er konkurrenter?*
- *Hvornår overtræder tilbudskonsortier art. 101, stk. 1 TEUF?*
- *Hvordan kan tilbudskonsortier anvende strategisk kontrahering og strategiske alliancer?*
- *Hvilke relationsrenter kan konsortieparterne opnå ved at foretage strategisk kontrahering og indgå i strategiske alliancer?*
- *Hvordan kan den relationsrente som tilbudskonsortier opnår, leve op til kravet om effektivitetsgevinster, jf. art. 101, stk. 3 TEUF?*

3. FORMÅL OG SYNSVINKEL

Afhandlingen ønsker at belyse EU's konkurrenceregler i en udbudsretlig kontekst. Nærmere søges det afklaret, hvorledes tilbudskonsortier, som anvender strategisk kontrahering og strategiske alliancer ved offentlige udbud, kan undtages efter art. 101, stk. 3 TEUF. Det da samarbejdet skaber en merværdi, som muligvis kan ses som effektivitetsgevinster og således medvirke til at fritage konsortiesamarbejdet, såfremt de overtræder TEUF art. 101, stk. 1. Afhandlingens synsvinkel er fra et EU-retligt perspektiv, idet det undersøges, hvordan EU-Domstolen vil vurdere en konsortieaftale ud fra et konkurrenceretligt perspektiv. Grunden til, at denne vinkel er valgt, er at der endnu ikke foreligger nogle domme fra EU-Domstolen, som forholder sig til konflikten mellem de to regelsæt. Det synes derfor interessant at undersøge, hvad EU-Domstolen vil udtale om tilbudskonsortier, som falder ind under art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde.

4. AFGRÆNSNING

Afhandlingen vil ikke inddrage andre bestemmelser i de to regelsæt, EU's udbudsdirektiv og Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter Traktaten), end de bestemmelser som er relevante for besvarelsen af problemformuleringen. Det indebærer

Kapitel 1

blandt andet, at der ikke ses nærmere på EU's statsstøtteregele (kap. 1, 2. afdeling TEUF), art. 102 TEUF om en virksomheds dominerende stilling, og fusionsreglerne. Ydermere vil gruppefritagelser ikke blive inddraget, men udelukkende fokuseres på den individuelle fritagelse i art. 101, stk. 3 TEUF.

Afhandlingen afgrænser sig fra andre samarbejder end horisontale samarbejder, heriblandt vertikale samarbejder. Det indebærer således samarbejdsaftaler mellem den økonomiske aktør og dennes underleverandører såvel som den situation, hvor en virksomhed forlader sig på tredjemandskapacitet.

Opgaven vil ikke forholde sig til private udbud, men kun offentlige udbud som ses af EU's udbudsdirektiv. EU's kontroldirektiv samt forsyningsvirksomhedsdirektiv vil heller ikke benyttes. Ved domsanalyse vil der ikke blive foretaget en komplet domsanalyse af alle forhold som ses af dommen. Ydermere vil specialet ikke inddrage joint ventures, der reguleres efter Fusionsforordningen.

Afhandlingen vil fokusere på den første betingelse om effektivitetsgevinster, som ses i art. 101, stk. 3 TEUF og således ikke inddrage de tre betingelser som omhandler sikring af forbrugerandel, nødvendighed og konkurrenceminimum.

Afhandlingen vil ikke inddrage samtlige strategiske tiltag og alliancer, som ses i den økonomiske litteratur, men fokusere på de elementer som kan have betydning ved en vurdering af konsortier. Afhandlingen vil således ikke fokusere på de strategiske tiltag, som parterne skal foretage ex post kontraktindgåelsen og som ikke skaber relationsrente for tilbudskonsortiet, men derimod udvikler og bevare renten. Det indebærer blandt andet strategiske tiltag som effektiv styring, sikkerhedsforanstaltninger, aktivspecifikke investeringer og udvikling af ny viden.

Ydermere vil afdækning af risiko ikke udforskes mere end spredning af risiko på flere samarbejdspartnere. Mulighederne for virksomhedsforsikring og spredning af risiko via aktieselskaber, vil således ikke blive udforsket nærmere i afhandlingen, da erstatning og forsikring ligger uden for afhandlingens fokusområde.

5. TEORI OG METODE

5.1 Juridisk metode

Vi vil benytte den retsdogmatiske metode¹² til at udlede gældende ret i forbindelse med virksomheders mulighed for at indgå i tilbudskonsortier og for at forsøge at klarlægge, hvornår tilbudskonsortier falder ind under art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde og endvidere, hvad der skal til for fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF.

For at belyse hvordan EU-Domstolen vil forholde sig til tilbudskonsortier må inddrages formålet med hhv. EU's udbuds- og konkurrenceregler. Formålet med reglerne er udledt gennem retspraksis og er at sikre en åben konkurrence såvel som at sikre, at konkurrencen på markedet ikke fordrejes.

Da der endnu ikke foreligger retspraksis fra EU-Domstolen, kan specialet ikke med sikkerhed klarlægge hvad Domstolen vil udtale om de konkurrenceretlige udfordringer ved tilbudskonsortier og derfor inddrages EU-Domstolen behandling af joint ventures. Det da tilbudskonsortier såvel som joint ventures dannes for at levere et produkt/ydelse eller løse en udfordring, som virksomhederne ikke alene er i stand til. Ved begge samarbejdsformer må det afgøres om samarbejdet har en konkurrencebegrænsende effekt på det indre marked. Hvor joint ventures ikke opfylder betingelserne for anvendelse af Fusionsforordningen¹³ benyttes art. 101 TEUF til en konkurrenceretlig vurdering¹⁴ og vil således bedømmes efter samme regler som konsortier.

For at undersøge hvad EU-Domstolen muligvis vil udtale om de konkurrenceretlige udfordringer som kan være ved konsortiedannelse, tages udgangspunkt i de juridiske argumenter, der udspringer af Europa-Kommissionens (herefter Kommissionen) afgørelser vedrørende joint ventures samt EFTA-Domstolens afgørelse og nationale afgørelser vedrørende konsortier. Disse afgørelser er ikke bindende for EU-Domstolen, men kan indikere hvilke juridiske argumenter som er tungtvejende.

¹² Tvarnø & Nielsen: *Retskilder og retsteorier*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2014, s. 30 og 34

¹³ Se anvendelsesområde i Rådets forordning (EF) Nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomheds-overtagelser, 2008, art. 1

¹⁴ Rådets forordning (EF) Nr. 139/2004, art. 21, jf. art. 3

Kapitel 1

Selvom EU-Domstolen ikke er bundet af Kommissionens afgørelser vil begge instanser være bundet af at afgøre i overensstemmelse med de formål, som ligger til grund for reglerne. Kommissionens meddelelser, retningslinjer og vejledninger vil primært anvendes som fortolkningsbidrag, idet de ikke er juridisk bindende for EU-Domstolen og derfor ikke har høj retskildeværdi.

Derudover inddrages EFTA-Domstolens afgørelser. Det er muligt da EØS-aftalen, som er en aftale mellem EU og Island, Liechtenstein og Norge, foreskriver ensartede regler på bl.a. konkurrenceområdet¹⁵. Aftalens art. 53 er en gengivelse af art. 101 TEUF.

Det ses ligeledes at EFTA-Domstolen forholder sig til EU-Domstolens retspraksis og udleder i overensstemmelse hermed¹⁶. Dermed benytter EFTA-Domstolen således EU-Domstolens argumentation fra retspraksis ved egne afgørelser.

Ydermere må det forventes, at fortolkningen af dette retsområde sker i samarbejde med national praksis, jf. princippet der udledes af art. 267 TEUF, som foreskriver et samarbejde mellem nationale judicielle organer og EU-Domstolen¹⁷.

Selvom EU-Domstolen således ikke er bundet af nationale instansers afgørelser, kan disse afgørelser benyttes som bidrag, da man må formode, at de nationale myndigheder vil basere deres afgørelser på en fortolkning af EU's regler. Det da der skal være tale om en EU-konform fortolkning.

Det ses ligeledes i *Rådets Forordning Nr. 1/29003*, at Traktatens art. 101 og 102 (tidligere 81 og 82) skal anvendes effektivt og ensartet i hele EU¹⁸. Det ses, at for at sikre en effektiv håndhævelse af EU's konkurrenceregler skal medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole også anvende Traktatens art. 101 og 102, når de anvender nationale konkurrenceregler på aftaler, der kan påvirke handlen i EU¹⁹.

¹⁵ Agreement on The European Economic Area, art. 1

¹⁶ I sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 51 og 54, ses det at EFTA-Domstolen definerer en aftale med konkurrencebegrænsende formål i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkning. Dette ses ligeledes i samme sags præmis 97, hvor EFTA-Domstolen henviser til EU-Domstolens afgørelser vedrørende en aftales den økonomiske og retlige sammenhæng

¹⁷ Art. 267 TEUF, jf. Neergaard og Nielsen: *EU-RET*, 2016, s. 105 – for nationale instansers indflydelse på EU-regler ses endvidere s. 265-266

¹⁸ Rådets forordning Nr. 1/2003, art. 11, stk. 1 og betragtning 9 i præambelen

¹⁹ Rådets forordning Nr. 1/2003, betragtning 8 i præambelen

Der vil således benyttes en ”bottom-up” tilgang²⁰, hvor nationale såvel som Kommissionens afgørelser skal være med til at vise, hvordan EU-Domstolen vil forholde sig til tilbudskonsortier i et konkurrenceretligt perspektiv.

5.2 Økonomisk metode

Vi vil i vores økonomiske afsnit benytte udledte teorier og antagelser i en konkret situation, som omhandler parternes indgåelse i horisontale samarbejder ved udbud.

De samarbejder som behandles kan anses som strategiske alliancer, som defineres som samarbejder, hvor to eller flere virksomheder arbejder sammen for at opnå strategiske mål, som kommer de involverede parter til gode.

Til at analysere og vurdere den relationsrente/merværdi, som parterne kan opnå ved længelevende samarbejder, benyttes Dyer og Singhs teori omkring opnåelse af relationsrente til at vise, hvorledes parterne kan opnå relationsrente gennem relationsspecifikke investeringer, komplementære ressourcer og vidensdeling. Her benyttes således Dyer og Singhs teori omkring opnåelse af relationsrente i en konkret situation for tilbudskonsortier, hvor det udledes, hvad konsortiesamarbejdet kan opnå ved strategisk kontrahering. Den rente som parterne kan opnå ved samarbejdet, vil overordnet kunne defineres som ”relationsrente”, da renten opstår grundet samarbejdet.

Derudover inddrages strategiske alliancer og de fordele/gevinster et sådant samarbejde kan medføre. Her vil særligt fokuseres på stor- og samdriftsfordele, som defineres i industriøkonomien, og risikodeling, som forklares ved hjælp af nytteteori og principal/agent teorien. Derudover inddrages økonomiske redskaber som priselasticitet, krydspriselasticitet og SSNIP-testen til at definere det relevante marked.

5.3 Integreret metode

Afhandlingen vil undersøge om den merværdi, som de økonomiske tiltag og alliancer genererer, kan resultere i en fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF. Det er således relevant at identificere, hvordan merværdien skabes gennem tiltag og alliancer, og hvilken form denne

²⁰ Grether, Sowislo, Wiese: *Top-down or bottom-up? Prospective relations between general and domain-specific self-efficacy beliefs during a work-family transition*, 2017, s. 132

antager. Dette for at belyse om værdi kan findes i de juridiske argumenter i retspraksis, som er blevet lagt til grund for en fritagelse af en konkurrencebegrænsende aftale.

Vi vil sammenholde de strategiske tiltag og den økonomiske gevinst som opstår herved med retspraksis og den definition som praksis tillægger begrebet effektivitetsgevinster.

6. STRUKTUR

Nedenfor ses en oversigt over afhandlingens struktur og forskellige emner.

Kapitel 2: Kapitlet skal belyse, hvornår parter i et konsortium kan anses for at optræde på samme marked og er hinandens aktuelle eller potentielle konkurrenter. For at identificere hvorvidt konsortiummedlemmer anses for at være konkurrenter, må man definere markedet. Det gøres for at undersøge, om virksomheder som indgår i et strategisk samarbejde, kan ses som værende i konkurrence med hinanden. Til at besvare det, benyttes retspraksis fra EU-Domstolen og EFTA-Domstolen samt nationale afgørelser. Derudover inddrages de økonomiske redskaber, som anvendes ved en vurdering af, om parterne i horisontale samarbejder er i konkurrence. Det inkluderer bl.a. SSNIP- testen og krydspriselasticitet.

Kapitel 3: Kapitlet er et rent juridisk kapitel og indeholder en analyse af art. 101, stk. 1 TEUF. Analysen benyttes til at undersøge, hvornår et konsortium overtræder forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Der foretages en gennemgang af de fire betingelser for anvendelsen af art. 101, stk. 1 TEUF. Hertil inddrages EU-Domstolens og Kommissionens afgørelser for joint ventures samt EFTA-Domstolen og national praksis' behandling af konsortier.

Kapitel 4: Kapitlet er et rent økonomisk kapitel og omhandler strategiske alliancer og tiltag og undersøger, hvordan disse kan skabe merværdi. Dette undersøges ved at inddrage Dyer og Singhs teori om opnåelse af relationsrente, teori om strategiske alliancer og industriøkonomi. Ydermere benyttes nytteteori og principal/agent teori til at belyse, hvilken risikoprofil virksomheder kan have, da dette vil indvirke på, om de kan bære den risiko, som kan være forbundet med udbud. Det vil således undersøges hvilken værdi som kan generes gennem de strategiske tiltag og alliancer.

Kapitel 5: Kapitlet skal forsøge at påvise hvordan EU-Domstolen vil forholde sig til tilbudskonsortier og hvad der kræves for, at fritagelsen kan benyttes, jf. art. 101, stk. 3 TEUF. Fokus i kapitlet vil være på den første betingelse for fritagelse, hvor samarbejdet skal lede til effektivitetsgevinster. Kapitlet forsøger at afklare, hvorvidt konsortier vil kunne fritages som resultat af den relationsrente, som opstår ved konsortiesamarbejdet. Den merværdi som skabes sammenholdes med de effektivitetsgevinster, som kræves for fritagelse. Hertil anvendes EU-Domstolens og Kommissionens afgørelser på joint ventures samt nationale afgørelser for konsortier. Det skal således undersøges, om de strategiske samarbejder kan opnå en relationsrente, som kan anses som effektivitetsgevinster.

KAPITEL 2 – KONSORTIEPARTER SOM KONKURRENTER

Følgende kapitel belyser, hvornår parter i et konsortium kan anses som aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til offentligt udbudte opgaver. For at identificere hvorvidt konsortiemedlemmer kan anses som konkurrenter, må man definere det relevante marked. Det gøres for at udlede om virksomhederne, kan ses som værende i konkurrence med hinanden og derfor på et tidspunkt i udbudsprocessen kan anses som konkurrenter.

Til at besvare dette benyttes retspraksis fra EU-Domstolen og EFTA-Domstolen samt nationale afgørelser. Derudover ses på hvilke økonomiske redskaber, som anvendes ved en vurdering af, om parterne i horisontale samarbejder er i konkurrence. Nedenstående analyse er relevant, da det er afgørende for brugen af art. 101, stk. 1 og 3 TEUF, at fastslå om konsortieparterne kan anses som konkurrenter.

1. EU-DOMSTOLENS VURDERING AF KONKURRENTER

Det ses af Kommissionens vejledning, at to virksomheder behandles som aktuelle konkurrenter, hvis de opererer på samme relevante marked²¹. Kommissionen definerer det relevante marked, som indeholdende produktmarkedet samt det geografiske marked²².

²¹ Kommissionens meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*, pkt. 10

²² Kommissionens meddelelse: *Afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, pkt. 1

Aktuelle konkurrenter er således virksomheder, der kan frembringe den samme vare/ydelse inden for det samme geografiske område.

Potentielle konkurrenter er virksomheder, hvor det er sandsynligt og realistisk, at de kan omstille deres virksomhed og gøre det muligt at frembringe samme vare/ydelse inden for samme geografiske område. Det omfatter således virksomheder, der kan omstille deres virksomhed til at blive aktuelle konkurrenter. Det ses af Kommissionens meddelelse, at en virksomhed anses som ”... en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser inden for en kort periode vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer.”²³

At definitionen ”konkurrenter” omfatter aktuelle såvel som potentielle konkurrenter ses blandt andet udledt i EU-Domstolens afgørelse *Toshiba Corporation mod Kommissionen*. Toshiba argumenterede for, at den indgåede aftale mellem Toshiba’s virksomheder i EØS-området og Japan, om ikke at ville trænge ind på hinandens markeder, ikke kunne anses som en aftale mellem to konkurrenter, da virksomhederne ikke var placeret i samme geografiske område og derfor ikke var faktiske konkurrenter. Hertil fastholdt Domstolen, i overensstemmelse med Retten i Første Instans’ (herefter Retten) afgørelse, at eftersom art. 101, stk. 1 TEUF også omhandlede potentielle konkurrenter, kunne aftalen begrænse konkurrencen. Dette medmindre der fandtes uoverstigelige barrierer for adgang til det europæiske marked, som udelukkede enhver potentiel konkurrence fra de japanske producenters side. Hverken Retten eller Domstolen fandt, at der forelå uoverstigelige barrierer for adgangen til EØS-markedet, og der var således tale om, at de to virksomheder var potentielle konkurrenter og dermed underlagt art. 101, stk. 1 TEUF²⁴.

Dette støttes ligeledes af Rettens afgørelse i sagen *Lundbeck mod Kommissionen*. Her udtalte Retten, at en undersøgelse af konkurrencevilkårene på markedet ikke ”... alene er baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det

²³ Kommissionens meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*, pkt. 10

²⁴ Sag C-373/14 P, *Toshiba Corporation mod Kommissionen*, pkt. 31-34.

pågældende marked, men også på den potentielle konkurrence... ”²⁵. Hertil uddybede Retten, at dette indebar en vurdering af, om en ny konkurrent kan få adgang til det pågældende marked og konkurrenter med de etablerede virksomheder. En sådan vurdering skal understøttes af faktiske forhold eller af en relevant markedsstrukturanalyse og vise, at en indtræden på markedet kunne have fundet sted tilstrækkeligt hurtigt, således at truslen om en potentiel indtrængning lagde begrænsninger på markedsdeltagernes adfærd²⁶.

Ved indgåelse i et konsortiesamarbejde er det væsentligt at undersøge om parterne, som ønsker at indgå i konsortiet, kan anses som aktuelle eller potentielle konkurrenter på det relevante marked. Dette da både aktuelle og potentielle konkurrenter falder ind under definitionen af konkurrenter²⁷.

2. DET RELEVANTE MARKED

Det ses blandt andet af EU-Domstolens afgørelse *European Night Services mod Kommissionen*, at man sædvanligvis opdeler det relevante marked i henholdsvis det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked²⁸. Dette ses ligeledes i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium*²⁹. Det er således nødvendigt at udlede om ydelserne fra de involverede virksomheder kan substituere hinanden og vil kunne anses som produkter og/eller ydelser i konkurrence med hinanden, eller om produkterne er ikke-substituerbare og dermed ikke i konkurrence med hinanden. Markedet defineres som bestående af de produkter, som vil sætte en konkurrenceretlig begrænsning for hinanden, hvilket betyder at de har en effekt på hinandens pris, afsætning, etc. For at påvise, hvorvidt to konsortiemedlemmer kan anses som konkurrenter, må man derfor vurdere parternes produkter i forhold til hinanden og om disse produkter er konkurrenter på samme marked.

Til at påvise hvordan det relevante marked defineres, benytter konkurrencemyndigheder

²⁵ Sag T-472/13, *Lundbeck mod Kommissionen*, præmis 99

²⁶ Sag T-472/13, *Lundbeck mod Kommissionen*, præmis 100-105

²⁷ Kommissionens meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*, pkt. 10

²⁸ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, bl.a. præmis 19, 20, 220

²⁹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 298

globalt SSNIP-testen³⁰. Testen benyttes både til at definere det relevante produktmarked samt det relevante geografiske marked.

2.1 Det relevante marked ved udbud

Det følger af EFTA-Domstolens afgørelse *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet* samt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, at man ved vurderingen af et konsortiesamarbejde definerer markedet ud fra den udbudte kontrakt. EFTA-Domstolen observerede at “... *a commercialisation agreement is normally not likely to give rise to competition concerns if it is objectively necessary to allow one party to enter a market it could not have entered individually. This applies in particular to consortia arrangements that allow the companies involved to participate in projects that they would not be able to undertake individual...*”³¹.

Det ses, at aftaler, som lader en virksomhed indtræde på et marked den ikke kunne have indtrådt på alene, ikke skaber umiddelbare konkurrenceretlige forhindringer. Ligeledes skaber et konsortiesamarbejde ikke konkurrenceretlige forhindringer, såfremt de involverede parter i konsortiet ikke individuelt kunne byde på den udbudte opgave. Med dette hentydes der til, at den udbudte opgave definerer det relevante marked, og det dermed er indenfor den udbudte opgave, at vurderingen af hvorvidt parterne er konkurrenter må foretages. Hvorvidt parterne er konkurrenter, udledes af om de kan byde på den udbudte opgave, hvorfor ordregivers udbud definerer markedet.

Det ses ligeledes af Styrelsens afgørelse, at udgangspunktet for markedsafgrænsningen var de tjenesteydelser, som Vejdirektoratet efterspurgte i udbuddet. I den pågældende udbudte opgave var der tale om vejmarkering i tre distrikter i Danmark³².

Ved en vurdering af konsortiesamarbejder ses det af ovenstående afgørelser, at man må forholde sig til den udbudte opgave og vurdere det relevante marked baseret på den konkrete opgave, som konsortiet skal udføre.

³⁰ Kommissionens meddelelse: *Afgræsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, pkt. 15-18 og Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 102. SSNIP – Small but Significant Non-transitory Increase in Prices

³¹ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 97

³² *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 299 og 708

2.2 Produktmarkedet

Produktmarkedet bliver i dommen *Continental Can Company Inc. mod Kommissionen* defineret af EU-Domstolen som: “... afgrænsningen af det omhandlede marked [er] af væsentlig betydning, da mulighederne for konkurrence kun kan vurderes i forhold til de omhandlede varers særpræg, som bevirker, at de er særligt egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og kun vanskeligt kan ombyttes med andre varer.”³³ Produktmarkedet defineres således ud fra produkternes karakteristika, deres mulighed for substitution, deres pris samt produktets tilsigtede anvendelse³⁴.

For det relevante produktmarked er det givet, at hvis et produkt er perfekt substituerbart, da har producenten af produktet ingen markedsmagt³⁵.

2.2.1 Produktmarkedet ved udbud

Ved en vurdering af det relevante produktmarked inden for udbud, skal det undersøges, om de parter, som ønsker at indgå i konsortiet, leverer produkter/tjenesteydelser, som optræder på samme produktmarked.

EFTA-Domstolens afgørelse vedrørende konsortiet mellem Ski Taxi og Follo Taxi omhandlede afgivelse af to fælles bud på patientkørsel for Oslo Universitetshospital³⁶. Den efterspurgte tjenesteydelse var derved kørsel af patienter. Norsk Højesteret vurderede i sin afgørelse, at de to konsortieparter hver for sig var i stand til at levere patientkørsel³⁷ og vurderede således, at parterne måtte anses som konkurrenter. Det ses, at norsk Højesteret tog udgangspunkt i den ydelse som skulle leveres, jf. kontrakten, ved deres vurdering af, om parterne var konkurrenter. Produktmarkedet blev således defineret ud fra den specifikke ydelse, som efterspurgtes i den udbudte opgave.

³³ Sag 6/72: *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. mod Kommissionen*, præmis 32

³⁴ Kommissionens meddelelse: *Afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, pkt. 7

³⁵ Jones & Sufrin: *EU Competition Law: Text Cases, and Materials*, 2016, s. 60

³⁶ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 97

³⁷ *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mod Staten v/Konkurransetilsynet*, Norges Høyesterett, 22-06-2017, præmis 42-46

I afgørelsen vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium* ses det, at det relevante produktmarked forstås som markedet for produkter/tjenesteydelser, som forbrugerne anser for indbyrdes substituerbare grundet deres egenskaber, pris eller anvendelsesområde. I afgørelsen blev der således taget udgangspunkt i den tjenesteydelse, som Vejdirektoratet efterspurgte i udbuddet og dernæst afgrænset af, hvilke øvrige produkter/tjenesteydelser der kunne substitueres hermed³⁸.

I afgørelsen fandt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at de specifikke vejmarkeringsopgaver ikke kunne substitueres med vejskiltning, vejinformation eller kantmarkeringspæle. Brug af autoværn kunne i visse tilfælde erstatte vejmarkering, men Styrelsen fandt dog ikke, at en substitution mellem vejmarkering og autoværn på statsveje kunne ske i et omfang, som medførte efterspørgselssubstitution³⁹.

2.2.2 Efterspørgselssubstitution og krydspriselasticitet

Efterspørgselssubstitution omhandler forbrugernes mulighed for at skifte til substituerende produkter⁴⁰. Hvorvidt produkter kan substituere hinanden, afhænger af faktorer såsom forbrugernes præferencer, hvorvidt produkterne ligner hinanden i forhold til pris og kvalitet og hvorvidt der er adgang til det substituerende produkt. Dette kan bl.a. udforskes ved hjælp af krydspriselasticiteten mellem produkterne. I *Dansk Vejmarkerings Konsortium* anså Styrelsen ikke vejskiltning, vejinformation eller kantmarkeringspæle som substituerbare produkter og der blev således vurderet, at være lav krydspriselasticitet mellem disse og de specifikke vejmarkeringsopgaver. Krydspriselasticitet mellem to produkter defineres som den procentvise ændring i efterspørgslen på vare 2, som resultat af en stigning i pris på 1% på vare 1⁴¹. Det må således betyde, at en ændring i prisen på eksempelvis vejskiltning ikke ville have betydning for Vejdirektoratets efterspørgsel på de specifikke vejmarkeringsopgaver. Når krydspriselasticiteten mellem to produkter således er lav, vil man ikke anse dem som substituerbare. I den pågældende afgørelse må det antages, at der forekom krydspriselasticitet mellem de efterspurgte vejmarkeringsopgaver og autoværn, men at den var så lav,

³⁸ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 300-301

³⁹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 306-307

⁴⁰ Kommissionens meddelelse: *Afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, pkt. 15

⁴¹ Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 107

at de ikke i kunne substituere hinanden. Styrelsen vurderede således, at der ikke forelå efterspørgselssubstitution mellem Vejdirektoratets efterspørgsel på vejmarkering og andre ydelser, såsom vejskiltning og vejinformation⁴².

2.2.3 Udbudssubstitution

I afgørelsen vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium* fandtes det ligeledes, at der heller ikke forelå udbudssubstitution. Dette da der for at udlægge vejmarkering kræves særlige vejmarkeringsmaskiner, som andre erhverv ikke har til rådighed⁴³.

Udbudssubstitution vedrører muligheden for at producenterne kan omskifte eller justere produktionen fra et produkt til et (lignende) andet produkt. Udbudssubstitution kan bl.a. forekomme, hvis en prisstigning på producent X's produkter, resulterer i, at producent Y, som inden denne prisstigning sælger en anden type produkt, over kort tid kan tilegne sig de kompetencer og aktiver som gør det muligt, at fremstille producent X's produkter⁴⁴.

Her vil den konkurrenceretlige begrænsning ikke forekomme ved, at en stor del af efterspørgslen forsvinder ved en prisforøgelse, men ved at en stigning i prisen på X's produkt vil tiltrække konkurrenter, som vil have mulighed for over relativt kort tid at komme ind på det givne produktmarked og dermed skabe konkurrence. Modsat vil den virksomhed, som har mulighed for at træde ind på markedet, men kun efter en længere periode og med større omkostninger, ikke anses som en potentiel konkurrent i forhold til den udbudte opgave.

I den pågældende afgørelse fandt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at ingen hurtigt kunne omstille deres produktion og levere de specifikke vejmarkeringsopgaver.

På baggrund af ovenstående fandt Styrelsen, at det relevante produktmarked kunne afgrænses til vejmarkering, da man ikke kunne substituere denne tjenesteydelse med andre ydelser, og at ingen andre over relativt kort tid kunne træde ind på markedet for vejmarkering⁴⁵.

Samarbejdsaftalen mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz vedrørte dannelsen af et tilbudskonsortium indenfor cateringsbranchen. De to cateringvirksomheder opererede på

⁴² *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 311

⁴³ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 308

⁴⁴ Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 103

⁴⁵ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 314

hver sin side af Storebælt og formålet med aftalen var at kunne imødekomme store kunders ønske om at handle med én grossist, som var i stand til at distribuere på landsplan⁴⁶. Ved en bedømmelse af det relevante produktmarked vurderede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der med hensyn til sortiment, distribution- og samhandelsforhold og kundegruppe var en forskel mellem engrossalg af dagligvarer til detailhandlen og engrossalg af dagligvarer til cateringkunder. Styrelsen fandt, at der var tale om forskellige markeder, og at det relevante produktmarked således kunne afgrænses til markedet for engrossalg af cateringvarer⁴⁷, hvor begge konsortieparter var til stede.

2.2.4 Sammenfatning

Produktmarkedet defineres ud fra produkternes karakteristika. Ved en vurdering af om to produkter er på samme produktmarked er det væsentligt om produkterne er substituerbare. Jo højere krydspriselastisitet mellem produkterne, jo mere kan de anses som hinandens substitutter.

Det ses, at i et udbud vil den konkurrenceretlig vurdering af det relevante produktmarked defineres ud fra den udbudte opgave.

Medlemmer af samme konsortium og som ved hjælp af bl.a. efterspørgsels- og udbudssubstitution kan siges at optræde på samme produktmarked, må anses som konkurrenter, hvis de kan opfylde betingelserne i udbuddet. Dog vil en definition af det relevante produktmarked, som går ud over de to konsortiemedlemmer være irrelevant. Det væsentlige at afklare er, hvorvidt de to konsortieparter kan anses som konkurrenter.

Ved udbud tages således udgangspunkt i de kravspecifikationer⁴⁸ til produktet, som findes i udbuddet. Hvis parternes produkter ikke hver især lever op til disse specifikationer, er man muligvis ikke på samme produktmarked.

En vurdering af hvorvidt parterne kan anses som konkurrenter afhænger udover det relevante produktmarked ligeledes af det relevante geografiske marked. Hvordan dette vurderes i en udbudsretlig kontekst, behandles nedenfor.

⁴⁶ Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 36

⁴⁷ Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 48-57

⁴⁸ For mere om kravspecifikationer se bl.a. udbudsdirektivet art. 42, stk. 1

2.3 Det geografiske marked

I dommen *United Brands* definerede EU-Domstolen det relevante geografiske marked som: ”... et bestemt afgrænset geografisk område, hvor varen markedsføres, og hvor konkurrencebetingelserne er tilstrækkelig homogene til, at virkningen af den pågældende virksomheds økonomiske styrke kan bedømmes.”⁴⁹

Det geografiske marked er således et område, hvor konkurrencebetingelserne for specifikke produkter er ens for de deltagende virksomheder og kan skelnes fra tilstødende geografiske områder idet konkurrencevilkårene dér vil være anderledes⁵⁰.

Kommissionen inddrager forskellige aspekter i vurderingen af det geografiske marked såsom nationale eller lokale præferencer for det pågældende produkt, priselasticitet, information omkring import/eksport, transportomkostninger og markedsbarrierer som kan være til stede ved indtræden på det geografiske marked⁵¹.

At det relevante geografiske marked inddrages ved en konkurrenceretlig vurdering, ses af EU-Domstolens afgørelse i sagen *Toshiba Corporation mod Kommissionen*⁵². Som nævnt ovenfor argumenterede Toshiba for, at da parterne ikke var på samme geografiske marked kunne de ikke anses som aktuelle konkurrenter. Domstolen fastholdt dog i den forbindelse, at selvom parterne ikke var på samme geografiske marked kunne de fortsat anses som potentielle konkurrenter, da muligheden for at Toshibas japanske virksomhed kunne penetrere det europæiske marked var til stede. Ved en konkurrenceretlig vurdering vil en definition af det geografiske marked således inddrages og kan have betydning for en vurdering af, hvorvidt samarbejdspartnere kan anses som konkurrenter.

2.3.1 Det geografiske marked ved udbud

I norsk Højesterets afgørelse vedrørende konsortiedannelsen mellem Ski Taxi og Follo Taxi blev det første udbud opdelt i ni geografiske regioner, hvor tilbudsgivere kunne byde på hver af de ni områder. Konsortiet bød som det eneste på to specifikke regioner af de ni

⁴⁹ Sag 27/76: *United Brands Company mfl. mod Kommissionen*, præmis 11

⁵⁰ Kommissionens meddelelse: *Afgræsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, pkt. 8

⁵¹ Kommissionens meddelelse: *Afgræsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, pkt. 44-52

⁵² Sag C-373/14 P, *Toshiba Corporation mod Kommissionen*, pkt. 31-34.

regioner, hvorefter opgaven efterfølgende blev annulleret. Efterfølgende blev udbuddet opdelt i fem mindre geografiske områder, hvoraf konsortiet bød på alle fem områder⁵³. Vurderingen af om de var konkurrenter på det geografiske marked blev betragtet ud fra om de kunne dække (enkelte af) de geografiske regioner alene: ”*The tenderes [...] did not need to cover the hospital’s total need for cars in the geographic regions in which they submitted their tenders*”⁵⁴. Idet begge taxaselskaber kunne have budt på opgaven i de enkelte regioner alene, blev de anset som potentielle konkurrenter⁵⁵. Af afgørelsen ses det, at det geografiske marked således må anses som det område, hvor varen skal leveres i. At de ikke skal dække et helt geografisk område (eks. Europa, Norge, Oslo, etc.), men kun skal dække de geografiske områder som kontrakten indeholder, må betyde, at det geografiske marked afgrænses til de områder, som ses af kontrakten. Det centrale er således en vurdering af, om parterne kan anses som aktører på det afgrænsede geografiske marked, der er udspecificeret i kontrakten.

Det ses i afgørelsen *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, at det relevante geografiske marked skal forstås som det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter/ydelser, som har ensartede konkurrencevilkår og som kan skelnes fra de tilstødende områder⁵⁶.

Ved vurderingen af det relevante geografiske marked inddrages ligeledes efterspørgsels- og udbudssubstitution. I stedet for at se på påvirkningen af en prisstigning på efterspørgslen af substituerende produkter fokuseres der i stedet på prisstigningen indenfor et område, hvor ved ændringen af pris vil medføre, at kunder anvender substituerende udbydere i et nærliggende område.

⁵³ *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mod Staten v/Konkurransetilsynet*, Norges Høyesterett, 22-06-2017, præmis 7-11

⁵⁴ *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mod Staten v/Konkurransetilsynet*, Norges Høyesterett, 22-06-2017, præmis 42

⁵⁵ *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mod Staten v/Konkurransetilsynet*, Norges Høyesterett, 22-06-2017, præmis 43-46

⁵⁶ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 315, jf. Kommissionens meddelelse: *Afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, pkt. 8

I afgørelsen ses det, at der blev taget udgangspunkt i den tjenesteydelse som Vejdirektoratet efterspørger i udbuddet. Dette var vejmarkering i tre distrikter i Danmark⁵⁷. Det fremgik endvidere, at de to parter, som ønskede at indgå i konsortiet, var landsdækkende leverandører af ydelser indenfor vejmarkering⁵⁸.

Efter Styrelsens vurdering forelå muligheden for efterspørgselssubstitution ikke, da aftager af virksomhedernes ydelse i ét geografisk område, ikke kunne substitueres med lignende ydelse i et andet geografisk område. At der ikke forelå efterspørgselssubstitution, viser at det relevante geografiske marked var klart defineret som de tre geografiske distrikter, som kontrakten indeholdt. Vejdirektoratet kunne ikke substituere vejmarkering i disse tre områder med vejmarkering i andre geografiske områder.

Modsat forelå der udbudssubstitution, da virksomhederne som ønskede at byde, kunne udføre vejmarkering i flere forskellige geografiske områder⁵⁹. Dette da virksomhederne anses som landsdækkende og således godt kunne ændre deres produktion til andre områder. Efter Styrelsens vurdering var det relevante geografiske marked Danmark eller geografisk bredere, dog ikke bredere end EØS⁶⁰. Dermed ansås de to konsortieparter som konkurrenter i forhold til det geografiske marked, da begge parter havde mulighed for at levere på distrikterne, uanset hvor i Danmark disse var placeret.

I *Samarbejdsaftalen mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz* fandt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at cateringkunder handler gennem danske grossister der opererer nationalt, regionalt eller lokalt og der ikke var tale om nogen særlig import og eksport af cateringvarer. Parterne argumenterede for, at lagerkapacitet i nærområderne var nødvendig for bl.a. at efterkomme kundernes krav til en hurtig levering. Derudover mente parterne, at det ville være urentabelt at skulle levere fra den ene side af Storebælt til den anden, fordi transportomkostningerne ville overstige indtægten ved en øget omsætning. Parterne mente ligeledes, at en etablering af lagre uden for virksomhedernes lokalområder, ville lede til et betydeligt driftsunderskud. I anmeldelsen af aftalen havde parterne dog modsætningsvis refereret til det geografiske marked som nationalt⁶¹ og ikke blot som regionalt eller lokalt.

⁵⁷ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 316

⁵⁸ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 319-320 og 322 og 324

⁵⁹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 335-336

⁶⁰ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 343-344

⁶¹ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 58-61

Styrelsen var enig med sidstnævnte markedsafgrænsning og mente, at selv om et krav til lokale lagre og øgede omkostninger til transport kunne tale for en mere regional/lokal markedsafgrænsning, var afstandene i Danmark ikke så store, at disse faktorer kunne hindre handel mellem landsdelene. Styrelsen afviste ikke, at kunderne muligvis stillede krav om hurtig levering og derfor kunne siges at have lokale præferencer, men mente samtidig ikke, at man distributionsmæssigt kunne opdele landet i regionale markeder, da der trods alt ville være store overlappende områder. Styrelsen påpegede endvidere, at hvis den regionale grossist i et område hævede sine priser med 5-10%, ville cateringkunderne muligvis antage en grossist fra et andet regionalt område. Hertil benyttede Styrelsen således SSNIP-testen.

2.3.2 SSNIP-test

Når man ønsker at definere, hvorvidt to produkter optræder på det samme geografiske marked, kan SSNIP testen⁶², som også anvendes til en definition af det relevante produktmarked, benyttes. Hertil ses på, hvordan en prisstigning indenfor et område vil medføre, at kunder anvender substituerende udbydere i et nærliggende område.

Man kan eksempelvis stille spørgsmålet om danskproduceret mineralvand er på samme marked som mineralvand produceret i et andet EU-land. Vil en prisforøgelse på 5-10% på danskproduceret mineralvand være profitabel? Hvis svaret hertil er ja, vil det geografiske marked defineres som Danmark. Hvis ikke en sådan prisforøgelse er profitabel (idet køberne vil købe mineralvand fra andre EU-lande), kan man udvide markedet til også at inkludere Sverige og Tyskland. Hvis en prisforøgelse på mineralvand produceret i Danmark, Sverige og Tyskland er profitabel, har man defineret det relevante geografiske marked som disse tre lande.

I *Samarbejdsaftalen mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz* mente Styrelsen, at en prisforøgelse på 5-10% hos en regional grossist ville lede til, at cateringkunderne ville benytte en grossist fra en anden region. Derfor mente Styrelsen, at en lokal/regional afgrænsning af det geografiske marked, jf. SSNIP-testen, var for snæver. Samtidig mente Styrelsen,

⁶² Kommissionens meddelelse: *Afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, pkt. 15-18 og Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 113

at grundet kundernes købsmønstre og præferencer skulle markedet dog ikke være bredere end det danske marked⁶³.

Markedet blev således afgrænset til engrosdistribution af cateringvarer i Danmark og dermed var samarbejdspartnerne konkurrenter på både produkt- og det geografiske marked.

2.3.3 Sammenfatning

Det ses, at det geografiske marked kan defineres som et område, hvor konkurrencebetingelserne for specifikke produkter er ens for de deltagende virksomheder, og man derfor kan skelne området fra tilstødende geografiske områder, idet konkurrencevilkårene dér vil være anderledes. Det ses ligeledes, at parter som ikke ser sig selv som konkurrenter grundet forskellige geografiske områder, kan være potentielle konkurrenter, hvis der foreligger en mulighed for udbudssubstitution.

I et udbud må det geografiske marked anses som det område varen skal leveres i. Det geografiske marked afgrænses således til de områder, som ses af den udbudte opgave. En definition af det relevante geografiske marked, som går ud over det område, som kontrakten indebærer, vil være irrelevant. Hvis man kan dække de geografiske områder, som kontrakten indebærer, er man hinandens konkurrenter. Dette hvis man derudover kan opfylde de krav som ses i udbuddet.

Når det relevante marked således er defineret ud fra henholdsvis det relevante produkt- og geografiske marked vil det være aktuelt at belyse om konsortiet er nødvendigt for at levere på den specifikke opgave. Dette da det kan udledes af de ovenstående afsnit at parterne kan have substituerende produkter og derfor sædvanligvis vil være på samme marked, men ikke have den nødvendige kapacitet til at levere på kontrakten alene.

3. HVORNÅR ER KONSORTIEDANNELSE OBJEKTIVT NØDVENDIGT?

Ved en konkurrenceretlig vurdering af et tilbudskonsortium er det væsentligt at afklare, om virksomhederne i konsortiet individuelt kan udføre den udbudte opgave og dermed allerede har eller let kan tilegne sig den kapacitet, der skal til for byde alene.

⁶³ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 61-71*

Dette ses bl.a. af EFTA-Domstolens afgørelse *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*. Domstolen udtalte, med reference til Kommissionens meddelelse vedrørende anvendelsen af artikel 101 TEUF⁶⁴, at konsortieaftaler ikke som udgangspunkt skaber konkurrenceretlige betænkeligheder, hvis de er objektivt nødvendige for at give en eller begge parter adgang til et marked, de ellers ikke havde adgang til. I den pågældende sag fandt Domstolen, at konsortieparterne var i stand til at byde på kontrakten individuelt, og at de kunne anses som aktuelle såvel som potentielle konkurrenter⁶⁵.

En lignende vurdering ses i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Her udtaltes, at ved vurderingen af om en virksomhed har kapacitet til at klare en opgave alene, tager Styrelsen udgangspunkt i de ressourcer, som virksomheden enten har eller har mulighed for at anskaffe, på det tidspunkt den pågældende vare/ydelse skal leveres⁶⁶. I afgørelsen fremhævedes det, at konsortieparterne var potentielle konkurrenter, hvis det var sandsynligt, at parterne uden aftalen ville udvide deres maskin- og mandskabskapacitet således, at de hver især havde mulighed for at deltage i konkurrencen om udbuddet⁶⁷. I den pågældende afgørelse mente Styrelsen, at konsortieparterne hver især havde kapaciteten til at udføre vejmarkeringsarbejderne og dermed var konkurrenter i forhold til kontrakten⁶⁸⁶⁹.

Hvorvidt konsortiemedlemmernes produkter kan anses for substituerende eller komplementære varer, kan udforskes ved hjælp af krydspriselasticiteten mellem parternes produkter. Ved en sædvanlig konkurrenceretlig vurdering vil to parter, som ønsker at samarbejde, men hvor de to parter har lignende produkter som vil være substituerbare, resultere i en høj krydspriselasticitet. I et sådan tilfælde vil produkterne som udgangspunkt anses som værende på samme marked. Hvis samarbejdet dannes for at skabe et nyt produkt, hvor parterne hver især bringer forskellige kompetencer eller produkter ind i samarbejdet, som ikke kan

⁶⁴ Kommissionens meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*, pkt. 237

⁶⁵ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 97-98

⁶⁶ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 453

⁶⁷ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 638

⁶⁸ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 708

⁶⁹ Ultimo august 2018 har Sø- og Handelsretten taget stilling til *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. For yderligere se Bilag A

substituere hinanden, vil der være tale om en lavere krydspriselasticitet mellem produkterne. Her vil parternes ressourcer bidrage til at skabe et nyt produkt, og derfor vil de varer/tjenesteydelser, som parterne hver især bringer ind i samarbejdet, ikke være på samme marked.

Ved udbud defineres det relevante marked ud fra den udbudte kontrakt. Hvis de økonomiske aktører ikke er i stand til løse den udbudte opgave alene, men danner et konsortium for at leve op til de kriterier som ses af udbudsmaterialet, eksempelvis at opfylde de krav der er til den økonomiske aktørs årsomsætning eller til den samlede kapacitet, må det formodes, at der ikke er krydspriselasticitet mellem konsortieparternes produkter. Dette da parterne ikke lever op til de kriterier og har den kapacitet eller potentielle kapacitet hver for sig, som ses i udbudsmaterialet fra ordregiver. Konsortier der dannes for at kombinere komplementære ressourcer vil, som ved en sædvanlig konkurrenceretlig vurdering, ikke have substituerbare produkter og der vil være tale om en lav krydspriselasticitet.

Det der således adskiller en sædvanlig konkurrenceretlig vurdering af det relevante marked og de konkurrenter der findes på markedet, fra samme vurdering i forbindelse med et udbud vil være, at konsortieparternes produkter kan ses som substituerbare og dermed være konkurrenter, hvis markedet defineres ud fra eksempelvis SSNIP-testen. Ved en konkurrenceretlig vurdering af markedet i forbindelse med udbud kan markedet muligvis afgrænses anderledes. Hvis parterne ikke har den kapacitet, der skal til for at leve op til den udbudte kontrakt, vil de således ikke være konkurrenter på markedet, når dette defineres som kontrakten. Man kan dermed være konkurrenter når der foretages en konkurrenceretlig vurdering af det relevante produkt- samt geografiske marked, men ikke anses som konkurrenter når markedet defineres ud fra den udbudte kontrakt.

Ved vurderingen af om samarbejdet er objektivt nødvendigt, er det også relevant at vurdere om antallet af konsortiemedlemmer svarer til opgavens størrelse. Hvis der således er flere konsortieparter end hvad der vurderes som nødvendigt for at løse den konkrete opgave og overholde kriterierne i udbuddet, kan samarbejdet begrænse konkurrencen. Dette ses bl.a. i den svenske afgørelse *Däckia*, hvoraf den svenske domstol nåede frem til, at parterne som indgik i samarbejdet, ikke havde behovet at byde sammen. Domstolen vurderede, at den ene

part, Däckia, kunne byde alene, mens den anden, Euromaster, kunne havde indgået i et mindre vidtrækkende samarbejde⁷⁰.

Om samarbejdet således er objektivt nødvendigt vil afhænge af hvorvidt parterne hver især har den kapacitet der er nødvendig for at levere på den udbudte opgave.

4. KAPACITET

En vurdering af om et konsortiesamarbejde er objektivt nødvendigt, eller om parterne hver især kan løfte den udbudte opgave afhænger, som nævnt ovenfor, en vurdering af virksomhedernes kapacitet. I forbindelse med udbud må krav til kapacitet findes i ordregivers udbudsmateriale.

4.1 Økonomiske ressourcer

Et krav til tilbudsgivers kapacitet kan bl.a. omhandle dennes økonomiske ressourcer. Dette kan være krav til egenkapital og omsætning⁷¹. Krav til parternes økonomiske ressourcer benyttes til at sikre, at tilbudsgiver har den kapacitet og finansielle styrke til gennemførelsen af de nødvendige investeringer, som er forbundet med opgaven og således har kapaciteten til at bære den finansielle risiko, som er forbundet med opgaven. Vurderingen af den finansielle risiko ses bl.a. af Kommissionens beslutning i sagen *IV/36.213/F2 — GEAE/P & W*. Her fandt Kommissionen, at trods de store udviklingsomkostninger, der var forbundet med udviklingen af en ny flymotor, ville dette ikke forhindre parterne i at udvikle motoren individuelt. Dette da begge parter tidligere havde foretaget større investeringer i andre motorer, og da begge parter tilhørte større internationale selskaber med betydelige finansielle ressourcer. Kommissionen fandt således, at parterne hver især var i stand til at bære den tekniske og økonomiske risiko forbundet med udviklingen⁷².

Den finansielle risiko overvejedes ligeledes i Kommissionens afgørelse vedrørende *Konsortium ECR 900*. Her fandt Kommissionen, at da bl.a. de finansielle omkostninger ved udviklingen og fremstillingen af et nyt system var så store, var det ikke realistisk, at parterne bar disse omkostninger alene. Parterne kunne således ikke forventes at bære den finansielle

⁷⁰ *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 132

⁷¹ Udbudsdirektivet art. 58, stk. 3

⁷² Kommissionens Beslutning, *IV/36.213/F2 — GEAE/P&W*, 14-09-1999, pkt. 74

risiko alene⁷³.

4.2 Arbejdskraft

Ved et udbud kan ordregiver ligeledes stille specifikke krav til den ønskede arbejdskraft⁷⁴. Her ses på, om virksomhederne individuelt kan stille med kvalificeret arbejdskraft, som kan være krav til medarbejdere med en specifik erhvervsmæssig erfaring. Kvalificeret arbejdskraft kan således være specifikke kompetencer, som den vindende tilbudsgiver skal være i besiddelse af. At adgangen til den rette arbejdskraft indgår ved konkurrencemyndighedens vurdering, ses bl.a. i en afgørelse fra det norske konkurrencetilsyn, hvor det blev påpeget, at de el-virksomheder, som ønskede at byde sammen om en rammeaftale, var i stand til at antage arbejdskraft, som ville gøre dem i stand til at byde på opgaven alene. Dermed vurderede konkurrencetilsynet, at de involverede parter var aktuelle eller potentielle konkurrenter⁷⁵.

Dette ses ligeledes af afgørelsen vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. Den ene konsortiepart, Eurostar, mente ikke, at de alene havde den nødvendige mandskabskapacitet til at løfte opgaven⁷⁶. Dette da virksomheden mente, at en bestemt type medarbejder, som var væsentlig for udførelsen af opgaven, var svær at få fat på, og at der forekom en begrænset udveksling af arbejdskraft i branchen⁷⁷. Modsat mente Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der forekom udveksling af arbejdskraft i branchen. Hertil vurderede Styrelsen, at Eurostar havde mulighed for at udvide sit mandskab og dermed have adgang til den kvalificerede mandskabskapacitet. Ved vurderingen af arbejdskraft anså man således konsortieparterne som potentielle konkurrenter⁷⁸, da de havde muligheden for at antage den nødvendige arbejdskraft.

⁷³ Kommissionens Beslutning, IV/32.688 – *Konsortium ECR 900*, 27-07-1990, Nr. L 228/33, II.,2), a), 3.&4. afsnit

⁷⁴ Udbudsdirektivet art. 58, stk. 4

⁷⁵ *El Proffen AS/EP Contracting AS m.fl.*, 04-09-2017 i Konkurransetilsynet, pkt. 356, 359, 361, 362, 364 og 369

⁷⁶ Ultimo august 2018 har Sø- og Handelsretten taget stilling til *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. For yderligere se Bilag A

⁷⁷ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 688-690

⁷⁸ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 692-693

4.3 Udstyr/maskiner

Af afgørelsen vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium* ses det, at en vurdering af parternes adgang til udstyr, eksempelvis i form af de rette maskiner, kan være relevant. Her fandt man, at begge konsortieparter, LFK og Eurostar, sandsynligvis ville udvide deres maskinkapacitet for at kunne deltage i konkurrencen om opgaven⁷⁹. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mente endvidere, at begge konsortieparter i forvejen havde den maskinkapacitet som krævedes for at kunne byde på alle tre distrikter uden at måtte investere i nye maskiner⁸⁰. Styrelsen vurderede således, at konsortiemedlemmerne kunne anses som aktuelle såvel som potentielle konkurrenter⁸¹.

4.4 Teknologi, knowhow og erfaring

Ved vurderingen af kapacitet indgår endvidere om tilbudsgiver har den påkrævede teknologi, knowhow, erfaring, og specialviden, som kræves for at opfylde den udbudte opgave⁸². Dette ses af Kommissionens beslutning i sagen IV/32.009, *Elopak/Metal Box Odin*.

Afgørelsen omhandlede oprettelsen af et joint venture, som skulle varetage forskning og udvikling af et nyt produkt, udvikling af dertilhørende maskiner og teknologi og varetage produktion og distribution af produkterne⁸³. Kommissionen fandt, at begge parter erfaringer og ressourcer var nødvendige for at udvikle de nye produkter. Produkterne ville således "... afspejle en kombination af deres respektive tekniske og kommercielle knowhow" og det ville have krævet store og tidskrævende investeringer, hvis de hver især skulle tilegne sig den anden parts kompetencer. Kommissionen fandt således, at parterne ikke individuelt kunne bære de tekniske risici, som var forbundet med fremstillingen af produkterne⁸⁴. Som følge heraf fandt Kommissionen, at de to virksomheder hverken kunne anses som aktuelle eller potentielle konkurrenter.

4.5 Kapacitet reserveret til andre opgaver

Ved en vurdering af konsortieparternes kapacitet må det afgøres om man inddrager den

⁷⁹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 676

⁸⁰ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 674 og 702

⁸¹ Ultimo august 2018 har Sø- og Handelsretten taget stilling til *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. For yderligere se Bilag A

⁸² Udbudsdirektivet art. 58, stk. 4

⁸³ Kommissionens Beslutning, IV/32.009 – *Elopak/Metal Box Odin*, 13-07-1990, pkt. 1

⁸⁴ Kommissionens Beslutning, IV/32.009 – *Elopak/Metal Box Odin*, 13-07-1990, pkt. 25

enkelte virksomheds samlede kapacitet eller man blot medregner den kapacitet, som parterne har til rådighed i den periode, hvor den udbudte opgave skal udføres. I den norske dom *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba* ses det, at den norske domstol vurderede parternes kapacitet ud fra, om der forelå omstændigheder i form af offentlig regulering og andre forpligtelser, som begrænsede den kapacitet parterne kunne byde ind med alene⁸⁵. Dommen viser, at hvis der foreligger forpligtelser fra andre opgaver, som begrænser parternes kapacitet, inkluderes for en vurdering af kapacitet.

Af den svenske afgørelse fra Stockholms Tingsrätts *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrensverket* ses det, at den svenske domstol indledningsvis vurderede, at parterne hver især havde kapaciteten til at levere på kontrakten. Dog vurderede domstolen, at den ene part, Cementa, ikke havde den ønskede kapacitet alene, hvis man inddrog dennes forpligtelser overfor sine sædvanlige kunder⁸⁶. Cementa havde således ikke kapacitet til at levere på den udbudte opgave og samtidig levere til sine sædvanlige kunder. Dommen understreger ligeledes, at parternes forpligtelser og kapacitet afsat til andre opgaver inddrages i vurderingen af, om parterne hver især har kapacitet til at løse den udbudte opgave.

Det ses af ovenstående afgørelser, at man ved en kapacitetsvurdering vil tage udgangspunkt i den kapacitet, som parterne har til rådighed på tidspunktet for den udbudte opgave og således ikke inddrage kapacitet, som er afsat til andre opgaver.

4.6 Delkontrakter

En overvejelse, i forbindelse med en vurdering af om konsortiesamarbejdet er objektivt nødvendigt, er om udbudsmaterialet giver mulighed for at byde på dele af kontrakten. Hvis dette er muligt, vil det være virksomhedernes mulighed for at byde på disse delkontrakter, som vil være afgørende for, om de individuelt har den kapacitet der skal til for at byde på kontrakten og dermed om de er hinandens konkurrenter.

⁸⁵ *Staten v/Konkurransetilsynet mod Follo Taxi, Ski Taxi, Ski Follo Taxi*, Borgarting Lagmannsrets afgørelse 17-03-2015, s. 18. Afgørelsen blev stadfæstet af Norges Høyesterett 22-06-2017, HR-2017-1229-A, præmis 42

⁸⁶ *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrensverket*, Stockholms Tingsrätts afgørelse 01-01-1997, s. 8

Dette ses af den norske dom *Staten v/ Konkurransetilsynet (Norge) mod Follo Taxisentral Ba, Ski Follo Taxidrift AS og Ski Taxi Ba* og den danske afgørelse *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinerings*.

I den norske afgørelse vedrørende udbud af patientkørsel i en række norske distrikter udgjorde kapacitet et af flere tildelingskriterier. Borgarting Lagmannsretten mente, at det fremgik af udbudsmaterialet, at der intet krav var fra ordregiver om, at den vindende tilbudsgiver skulle være i stand til at dække det samlede behov⁸⁷. Herefter fandt Lagmannsretten, at konsortiesamarbejdet mellem de to taxaselskaber ikke var objektivt nødvendigt. Afgørelsen blev efterfølgende stadfæstet af den norske Højesteret⁸⁸.

Af EFTA-Domstolens afgørelse fremgår det, at afgivelse af fælles tilbud af virksomheder, som har kapaciteten til at byde alene, er særdeles skadelig, da det reducerer antallet af tilbudsgivere og eliminerer potentiel konkurrence mellem de parter, som afgiver fælles tilbud⁸⁹.

I afgørelsen vedrørende *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinerings*, som omhandlede snerydning for en kommune, afgav virksomhedernes brancheforening samlet tilbud på sine medlemmers vegne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fandt, at udbudsmaterialet gav mulighed for, at de vognmænd, der deltog i aftalen, kunne byde på enkelte ruter individuelt. Dermed havde de pågældende vognmænd kapaciteten til at byde hver for sig på de enkelte ruter og herefter fandt Styrelsen, at konsortieparterne var konkurrenter om den udbudte opgave⁹⁰.

Dette understøttes af den danske afgørelse *Dansk Vejmarkerings Konsortium*⁹¹. Hvis der skabes mulighed i udbudsmaterialet for at levere på enkelte distrikter/områder, vil man også kunne anses som konkurrenter, hvis man kan levere på enkelte geografiske områder. Hvis

⁸⁷ *Staten v/Konkurransetilsynet mod Follo Taxi, Ski Taxi, Ski Follo Taxi*, Borgarting Lagmannsrets afgørelse 17-03-2015, s. 17. Afgørelsen blev stadfæstet af Norges Høyesterett 22-06-2017, HR-2017-1229-A, præmis 42

⁸⁸ *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mod Staten v/Konkurransetilsynet*, Norges Høyesterett, 22-06-2017, HR-2017-1229-A, præmis 42-43

⁸⁹ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 19

⁹⁰ *Skive og Omegns Vognmandsforretnings tilbudskoordinerings*, Rådsmødet 30-04-2014, pkt. 99

⁹¹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 427-429 og 433

man dog ikke er i stand til at levere på de enkelte delkontrakter, opererer parterne ikke på samme marked og er således ikke konkurrenter.

Det understreges af Konkurrenceankenævnets afgørelse i samme sag, hvor ankenævnet fandt at ordlyden i udbudsmaterialet gjorde det muligt at afgive bud på et eller flere distrikter. Tildelingskriteriet i udbuddet betød, at den kombination af alle tilbud, som samlet gav den laveste pris vandt. Hertil mente ankenævnet dog at ”*En virksomhed, som kun bød på et distrikt kunne [...] byde så lavt, at den ville vinde et af de tre distrikter – til trods for en eventuel samlerabat.*”⁹²

Ankenævnet fandt, at det forhold, at en virksomheds chancer for at vinde er større, hvis den byder på alle tre distrikter, er en del af de almindelige konkurrenceretlige parametre, og at dette ikke ændrede muligheden for at afgive bud på delkontrakter. Konkurrenceankenævnet fandt ligeledes, at parterne var aktuelle konkurrenter^{93,94}.

4.7 Sammenfatning

Ved en vurdering af om parterne har den kapacitet som kræves for at levere på den udbudte opgave, må ses på de krav, som stilles fra ordregivers side, og som fremgår i udbudsmaterialet.

Krav til kapacitet kan bl.a. omhandle krav til tilbudsgivers økonomiske ressourcer, den ønskede arbejdskraft eller til de rigtige maskiner. Hvis det vurderes, at parterne ikke alene kan levere på disse kapacitetskrav, vil de ikke anses som hinandens konkurrenter i forhold til den udbudte opgave. Hvis parterne har de ønskede økonomiske ressourcer, de rette kompetencer eller særlige maskiner eller kan fremskaffe dette inden for kort tid, kan dette betyde, at de ud fra en konkurrenceretlig vurdering anses som aktuelle og/eller potentielle konkurrenter.

⁹² Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet, 11-04-2016 i sag nr. KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 17

⁹³ Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet, 11-04-2016 i sag nr. KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 17

⁹⁴ Ultimo august 2018 har Sø- og Handelsretten taget stilling til Dansk Vejmarkerings Konsortium. For yderligere se Bilag A

Ligeledes må det vurderes om parterne har særlige forpligtelser, som gør at kapaciteten delvist er reserveret til andre projekter. Retspraksis viser, at sådanne forpligtelser bliver inddraget ved en vurdering af parternes kapacitet og kan betyde at virksomhedens fulde kapacitet således ikke inddrages ved vurderingen, hvis denne er afsat til anden side.

Ydermere vil det være afgørende om kontrakten er opdelt i delkontrakter, som skaber mulighed for økonomiske aktører til at byde på de enkelte delkontrakter. Hvis dette er muligt, vil det være virksomhedernes mulighed for at byde på disse delkontrakter, som kan afgøre, om de individuelt har den kapacitet der skal til for at byde på kontrakten og dermed, om de er hinandens konkurrenter.

5. DELKONKLUSION

Når konkurrencemyndighederne skal vurdere, hvorvidt to eller flere virksomheder er hinandens konkurrenter, må myndighederne definere både det relevante produktmarked samt det relevante geografiske marked. Dette er nødvendigt for at konstatere, hvorvidt virksomhedernes produkter er substituerbare og dermed konkurrerende på det relevante marked

Ved udbud vil vurderingen af, hvorvidt konsortieparter kan anses som hinandens konkurrenter baseres på den specifikke udbudte opgave. I denne situation vil man definere det relevante marked på grundlag af den udbudte opgaves krav til ydelsen og tilbudsgiver. Fokus for vurderingen af konkurrenter vil derfor være på, hvorvidt konsortiedannelsen er objektivt nødvendig, herunder om hver af de økonomiske aktører alene har kapaciteten til at levere på den udbudte opgave og de geografiske områder, som kontrakten skal dække.

Til besvarelsen af hvilke argumenter EU-Domstolen må ligge til grund, ved en vurdering af om konsortiemedlemmer kan anses som konkurrenter, afhænger således af den udbudte kontrakt og de enkelte virksomheders kapacitet til at udføre opgaven. Dermed er udgangspunktet for vurderingen af om parterne i et konsortium er konkurrenter baseret på det specifikke udbud parterne deltager i. Hvis de umiddelbart eller potentielt kan levere på kontrakten selv, må parterne anses som aktuelle eller potentielle konkurrenter. Konkurrencen vil som udgangspunkt, ikke blive begrænset, men derimod styrket ved samarbejdet hvis parterne ikke hver især kan byde på kontrakten. Dette da parterne uden konsortiet ikke vil være en del af konkurrencen om kontrakten og der vil der være færre aktører om udbuddet.

Såfremt EU-Domstolen finder, at konsortiets parter aktuelle eller potentielle konkurrenter, må det vurderes om konsortieaftalen er en konkurrencebegrænsende aftale, jf. art. 101, stk. 1 TEUF. Det vil herefter være relevant at undersøge om konsortier vil falde ind under art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde.

KAPITEL 3 – VURDERING AF KONSORTIER EFTER ART. 101, STK. 1 TEUF

Konsortier er en sammenslutning af to eller flere økonomiske aktører som samarbejder for at udføre en udbudt opgave og er tilladt i udbudsdirektivet. Udbudsdirektivet definerer en "økonomisk aktør" og af denne definition fremgår det, at en økonomisk aktør også er "*... enhver sammenslutning af [fysiske eller juridiske personer og enhver offentlig enhed], herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.*"⁹⁵ Dette uddybes i art. 19, stk. 2 i udbudsdirektivet som foreskriver, at "*Sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan deltage i udbudsprocedurer. De ordregivende myndigheder må ikke kræve, at de skal have en bestemt retlig form, for at de kan afgive et tilbud eller ansøge om deltagelse.*"

Prækvalifikation af konsortier reguleres ikke på EU-plan, men overlades i stedet til medlemslandene⁹⁶. I Danmark er det op til den ordregivende myndighed i forbindelse med udbudsprocessen at prækvalificere konsortiet⁹⁷. Det vil herefter være konkurrencemyndighederne, som skal vurdere om samarbejdet eventuelt kan begrænse konkurrencen på det relevante marked, som, jf. kapitel 2, kan defineres som den udbudte kontrakt.

I konkurrenceretten findes andre former for samarbejder herunder karteller, joint ventures

⁹⁵ Udbudsdirektivet art. 2, stk. 1, nr. 10

⁹⁶ Ølykke & Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Djøf Forlag, 2017, s. 188

⁹⁷ Udbudsloven § 139, stk. 3.

og fusioner⁹⁸. Ved oprettelsen af et joint venture indgår to eller flere virksomheder i et samarbejde. Et samarbejde i form af et joint venture kan både være af længerevarende karakter⁹⁹ og af kortvarig karakter. Da konsortier opstår for at løse en specifik udbudt opgave, kan de defineres som tidbegrænsede samarbejder som eksisterer så længe den udbudte opgave skal løses, hvorefter samarbejdet mellem aktørerne ophører. Konsortier opstår ligesom kortvarige joint ventures over en begrænset tidsperiode.

Dannelsen af et joint venture sker som ved dannelsen af et konsortium, ofte for at løse en opgave eller udvikle et produkt. Dette sker ved at ”poole” de forskellige virksomheders kompetencer og ressourcer¹⁰⁰. Joint ventures kan derfor ligne konsortier som samarbejdsform. Ved horisontale joint venture-aftaler kan konkurrencen på markedet mindskes, hvis to parter, som kan defineres som konkurrenter går sammen. Det vil resultere i én konkurrent mindre på det givne marked. Ligeledes kan dette gælde ved udbud, såfremt konsortieparterne individuelt kan byde på opgaven og derved kan anses som konkurrenter. Samarbejder som disse kan dermed potentielt overtræde art. 101 stk. 1 TEUF, såfremt samarbejdsaftalen hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen på markedet. Da der således ses lignende karakteristika ved de to samarbejdsformer, vil EU-Domstolens afgørelser ved dannelse af joint ventures inddrages ved en vurdering af konsortier.

Konsortier kan være godt for konkurrencen på markedet, hvis det giver virksomheder mulighed for at byde på en opgave, som de ikke havde mulighed for at byde på alene¹⁰¹. Dermed opstår en ny konkurrent på markedet om den givne kontrakt, hvilket skaber større konkurrence som kommer forbrugerne til gode (priserne holdes nede pga. den konkurrencebegrænsning virksomhederne har på hinanden)¹⁰². Modsat kan konsortier være problematiske,

⁹⁸ Ved definition af fusioner i dette speciale går to eller flere selvstændige virksomheder sammen og af virksomhederne bliver en ny virksomhed dannet. Dannelsen af den nye virksomhed skaber dermed en permanent og vedvarende forandring af markedsstrukturen. For yderligere definition se Hüschelrath og Smuda: *Do Cartel Breakdowns Induce Mergers? Evidence from EC Cartel Cases*, 2015, s. 411.

⁹⁹ Et joint venture skal bl.a. være dannet på ”et varigt grundlag” for at Fusionsforordningen finder anvendelse se mere herom i Rådets forordning (EF) Nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, 2008, pkt. 20

¹⁰⁰ Se eksempelvis Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, hvor jernbanevirksomheder fra forskellige lande dannede et joint venture for at kunne servicere passagerer med nattog som tilbød togstrækninger gennem Europa

¹⁰¹ Ølykke & Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Djøf Forlag, 2017, s. 193

¹⁰² Se eksempelvis Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 100-102, hvoraf de to cateringvirksomheder fik lov til at byde sammen som et konsortium på udbudte kontrakter for at kunne servicere markedet landsdækkende kunder. Tilladelsen af samarbejdet betød at

hvis det betyder, at virksomheder der hver især kan byde på en opgave indgår i et samarbejde. Det vil resultere i at konkurrencen om den udbudte opgave mindskes, da der forsvinder en konkurrent fra markedet. Særligt hvor antallet af virksomheder på markedet er lavt, kan et unødvendigt samarbejde have negative konsekvenser¹⁰³. Sådanne konsortieaftaler kan dermed være i strid med art. 101, stk. 1 TEUF, idet konkurrencebegrænsninger ultimativt påvirker forbrugerne og dermed også velfærden¹⁰⁴.

1. EU-DOMSTOLENS MANGLENDE VURDERING AF KONSORTIER

Ovenstående overvejelser om anvendelse af art. 101 stk. 1 TEUF for konsortier er endnu ikke blevet behandlet af EU-Domstolen. Dette ses blandt andet i dommen *M.T. Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*¹⁰⁵. I afgørelsen gik den ene af de to parter i konsortiet, bestående af selskaberne E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S, konkurs samtidig med afgivelsen af tilbud. Herefter afgav den anden part i konsortiet, Per Aarsleff A/S, andet revideret tilbud alene. Efter behandling af samtlige tilbud besluttede Banedanmark, som den offentlige ordregiver, at tildele kontrakten til Per Aarsleff A/S.

Klagenævnet for Udbud modtog herefter en klage, over Banedanmarks tildeling, fra en anden tilbudsgiver, hvorefter Klagenævnet besluttede at forelægge sagen for EU-Domstolen.

EU-Domstolen udtalte, at som hovedregel burde princippet om ligebehandling af tilbudsgivere lede til den konklusion, at alene de økonomiske aktører, der er prækvalificeret som sådanne, kan afgive tilbud¹⁰⁶. Domstolen påpegede dog endvidere, at kravene hertil (*”juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene”*) kan fraviges for at sikre en tilstrækkelig konkurrence¹⁰⁷. Dernæst oplyste Domstolen, at en økonomisk aktørs fortsatte deltagelse i eget navn, ikke måtte krænke princippet om ligebehandling af samtlige tilbudsgivere. Domstolen mente ikke, at ordregiver tilsidesatte princippet om ligebehandling ved at lade den ene økonomiske aktør fortsætte i eget navn, så længe denne var i stand til selvstændigt at opfylde de krav

det relevante marked fik en ny konkurrent, hvilket medførte større valgmulighed for kunder og skærpet konkurrence.

¹⁰³ Ølykke & Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Djøf Forlag, 2017, s. 193

¹⁰⁴ Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 203

¹⁰⁵ Sag C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S v. Banedanmark*

¹⁰⁶ Sag C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S v. Banedanmark*, præmis 39

¹⁰⁷ Sag C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S v. Banedanmark*, præmis 40 og 41

ordregiver havde fremsat og endvidere, at den økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i udbudsproceduren ikke medførte en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling¹⁰⁸. I afgørelsen fik den ene part i konsortiet således lov til at fortsætte som tilbudsgiver, trods den anden konsortieparts konkurs.

Ved EU-Domstolens afgørelse forholdt man sig til konkurrencen ved at lade den eksisterende konsortiepart fortsætte i udbudsproceduren alene for at sikre, at der var et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere og dermed forekom en tilstrækkelig konkurrence. Dog forholdt man sig ikke til det faktum, at denne part kunne byde på kontrakten alene indledningsvis. At en part der har været i stand til at byde alene, får lov at byde i samarbejde med en anden part, kan menes at forvride konkurrencen – dette da antallet af tilbudsgivere mindskes. Ovenstående dom påviser således, at Domstolen ikke forholdt sig til konkurrencereglerne i forbindelse med konsortiedannelsen, men udelukkende forholdt sig til de EU-retlige principper om ligebehandling samt udbudsreglerne. EU-Domstolen har endnu ikke forholdt sig til den konkurrenceretlige problemstilling, som beskrives ovenfor.

Da de konkurrencemæssige overvejelser ikke er behandlet ved EU-Domstolen ønskes det afklaret, hvilke juridiske argumenter Domstolen vil inddrage ved en vurdering af konsortier efter art. 101, stk. 1 TEUF. Denne afklaring er relevant, idet det først er nødvendigt at se på fritagelsen som findes i art. 101, stk. 3 TEUF såfremt konsortier overtræder art. 101, stk. 1 TEUF.

Kapitlet vil benytte EU-Domstolens afgørelser og vurderinger i forbindelse med joint ventures, som anvendes til at undersøge hvordan EU-Domstolen forholder sig til samarbejder¹⁰⁹.

2. ARTIKEL 101, STK. 1 TEUF

Art. 101, stk. 1 TEUF omhandler et forbud mod aftaler mellem virksomheder, som har til

¹⁰⁸ Sag C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S v. Banedanmark*, præmis 42-49 og 10

¹⁰⁹ De JV's som ikke kan anses som én økonomisk enhed skal behandles vha. art. 101, stk. 1 TEUF, hvilket ligeledes vil være tilfældet med konsortier, som heller ikke anses som én økonomisk enhed. Dermed kan man argumentere for, at der må være ligheder mellem de to typer samarbejder og at EU-Domstolens behandling af JV's, som ikke anses som én økonomisk enhed, kan benyttes analogt på tilbudskonsortier

formål eller følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det indre marked¹¹⁰. Art. 101 TEUF om ulovlige samarbejdsaftaler er inddelt i tre dele. Art. 101, stk. 1 definerer forbuddet i artiklen, art. 101, stk. 2 statuerer ugyldigheden af en aftale i strid med forbuddet, mens art. 101, stk. 3 etablerer en juridisk gyldig undtagelse til forbuddet. Aftalerne kan omhandle priskoordinering, begrænsning af eller kontrol med blandt andet produktion, opdeling af markeder eller forsyningskilder, anvendelse af ulige vilkår for handelspartnere eller opstilling af, for aftalen, uvedkommende tillægsydelser¹¹¹.

For at klarlægge, hvornår tilbudskonsortier overtræder art. 101, stk. 1 TEUF er det nødvendigt at afgrænse det relevante marked for at fastlægge om aftalen vil have konkurrencebegrænsende effekt på markedet, som ved udbud, defineres som den udbudte opgave¹¹². Opererer parterne på det samme marked, er konsortiets parter i konkurrence med hinanden. Det er herefter relevant at undersøge, om den aftale som indgås mellem parterne sætter begrænsninger for konkurrencen på det relevante marked.

Der findes fire kriterier, som afklarer om art. 101, stk. 1 TEUF finder anvendelse. Bevisbyrden for om en aftale kan siges at falde ind under bestemmelsen vil være hos den person, som påstår at en overtrædelse finder sted¹¹³.

3. HVORNÅR OVERTRÆDER KONSORTIER ART. 101, STK. 1 TEUF?

Ved vurderingen af om en konsortieaftale overtræder TEUF art. 101, stk. 1 er det nødvendigt at identificere hvilke elementer aftalen skal indeholde for at benytte bestemmelsen. De fire betingelser for, at aftalen kan falde ind under art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde er: 1) at der er tale om en virksomhed, 2) at der foreligger en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, 3) at aftalens formål eller følge er at begrænse konkurrencen og 4) at aftalen mærkbart påvirker konkurrencen på markedet. Det er således vigtigt at klarlægge, hvorvidt konsortier opfylder de fire betingelser som ses i art. 101, stk. 1 TEUF.

¹¹⁰ Art. 101, stk. 1 TEUF

¹¹¹ Art. 101, stk. 1, litra a-e, TEUF

¹¹² Definition af det relevante marked er foretaget i kap. 2.

¹¹³ Se hertil de forenede sager C 29 og 30/83, s. 1688 – her blev det påvist, at Kommissionen, som den anklagende part, bar bevisbyrden

3.1 Virksomhedsbegrebet

Den første betingelse i art. 101, stk. 1 TEUF er, at der skal være tale om en aftale eller vedtagelse mellem virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder. Virksomhedsbegrebet er ikke defineret i Traktaten, men er udledt gennem retspraksis som ”*alle former for virksomhed, som udføres uafhængigt og mod vederlag, uanset dennes retslige status og dens finansieringsmåde*”¹¹⁴. Det betyder, at art. 101 TEUF omfatter alle virksomheder, som er involveret i en økonomisk aktivitet. Det afgørende bliver herefter, hvordan man definerer ”økonomisk aktivitet”. Tidligere afgørelser har fokuseret på de funktioner, som de omhandlende organer har udført, og overordnet har retspraksis fastslået, at de karakteristiske træk ved ”økonomisk aktivitet” er at 1) der tilbydes varer eller tjenesteydelser på markedet¹¹⁵ og 2) at aktiviteten, i det mindste i princippet, kan udføres af en privat virksomhed for at tjene profit¹¹⁶. Hvis disse kriterier er overholdt, er det uvæsentligt om virksomheden i virkeligheden ikke skaber profit eller ikke er skabt med et økonomisk formål.

Da det væsentlige vedrørende virksomhedsbegrebet er den økonomiske funktion/aktivitet, som virksomheden udfører, er det irrelevant at fokusere på, hvilken juridisk form selskabet har – her kan være tale om en fysisk såvel som en juridisk person. I tidligere sager er virksomheder, partnerskaber, individer, handelsorganisationer, landsbrugssamarbejder, etc., blevet fundet at falde ind under definitionen af virksomhedsbegrebet, som ses af art. 101, stk. 1 TEUF¹¹⁷.

3.1.1 EU-Domstolens vurdering af virksomhedsbegrebet

Af EU-Domstolen ses det, at et joint venture, som kontrolleres fuldt ud af en eller flere af joint venture-parterne, skal anses som en og samme økonomiske enhed. Hertil vil art. 101,

¹¹⁴ Sag bl.a. C-41/90: *Höfner and Elser v Macrotron GmbH (1991) ECR I-1979*, præmis 21 og sag C-138/11: *Compass-Datenbank GmbH v Republik Österreich*, præmis 35

¹¹⁵ Se bl.a. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz*, præmis 19, hvor det fremgår at al virksomhed der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, er erhvervsmæssig virksomhed.

¹¹⁶ Se *Forslag til afgørelse fra generaladvokat F.G. Jacobs* i sag C-67/96, *Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, præmis 311, hvoraf det fremgår at Domstolen har anlagt en funktionsorienteret synsvinkel og at det grundlæggende kriterium derfor er om den pågældende virksomhed udøver en aktivitet, der, i det mindste principielt, kunne udøves af en privat virksomhed med vinding for øje

¹¹⁷ Se bl.a. sag C-101/07 og 110/07, *Coop de France bétail et viande mod Kommissionen* for individer og de forenede sager 96/82, 104, 105, 108 og 110/82, *NV IAZ International Belgium mod Kommissionen* for handelsorganisationer berørt af art. 101 stk. 1 TEUF.

stk. 1 TEUF ikke kunne anvendes¹¹⁸. Ligeledes vil joint ventures som varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, falde ind under Fusionsforordningens anvendelsesområde¹¹⁹. Omvendt skal et joint venture som ikke varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner på et varigt grundlag vurderes efter de konkurrenceretlige regler, herunder art. 101 stk. 1 TEUF. Joint ventures som eksempelvis ikke har tilstrækkelige (finansielle) ressourcer til at opererer på markedet for en længere periode vil udelukkende vurderes efter konkurrencereglerne. Et konsortium vil, ligesom et kortvarigt joint venture, ikke eksistere over en lang periode, men kun så længe den udbudte opgave løber. Konsortier vurderes derfor ligeledes, ud fra samarbejdsformen, at skulle bedømmes efter art. 101, stk. 1 TEUF.

3.1.2 Nationale vurderinger af virksomhedsbegrebet for konsortier

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium* blev det fremhævet, at LKF Vejmarkering A/S og Eurostar Danmark A/S begge er entreprenører indenfor vejmarkering og begge udfører vejmarkeringsaktiviteter i Danmark. LKF producerer desuden selv den termoplast, som bruges til at udlægge vejmarkering. Ifølge Styrelsens afgørelse er sagens parter ”*derfor omfattet af konkurrencelovens og TEUF’s virksomhedsbegreb*”¹²⁰. De to virksomheder som indgik i konsortiet, tilbyder begge varer/serviceydelser i form af vejmarkeringsaktivitet på det danske marked og begge parter udfører opgaven med det formål at tjene profit.

3.1.3 Sammenfatning

Såfremt tilbudskonsortier kan siges at udføre økonomisk aktivitet ved at tilbyde tjenesteydelser eller varer for at opnå profit vurderes det, at disse falder ind under virksomhedsbegrebet. Da essensen af udbud er en udveksling af varer og/eller tjenesteydelser og da konsortier byder for at skabe profit, må det forudsættes, at tilbudskonsortier opfylder virksomhedsbegrebet.

¹¹⁸ Sag C-73/95 P, *Viho Europe BV mod Kommissionen*, præmis 16 og 18

¹¹⁹ Rådets forordning Nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, 2008, art. 3, stk. 4

¹²⁰ Dansk Vejmarkerings Konsortium, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 712-713

3.2 Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis

Begreberne *aftaler*, *vedtagelser* og *samordnet praksis* er alle betegnelser for samarbejder. At disse adskiller sig fra hinanden hvad angår deres betydning og intensitet vil ikke have betydning for vurderingen af samarbejdets lovlighed. Formålet med anvendelsen af begreberne er at sikre at de forskellige former for samordning og ulovligt samarbejde kan ”indfanges”. Dette blev fremført i afgørelsen *Kommissionen mod Anic Partecipazioni SpA*, hvor det fremgik at: ”... når begreberne ”samordnet praksis”, ”aftaler mellem virksomheder” og ”vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder” anvendes med forskel i traktatens artikel 85 [art. 101], er det for at lade forskellige former for samordning og hemmelig forståelse mellem virksomheder være omfattet af forbuddene i bestemmelsen...”¹²¹.

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at den aftaleform (aftale, vedtagelse eller samordnet praksis), som virksomhederne har, ikke er betydningsfuld. Det er derimod essentielt at begreberne formår at indkapsle det samarbejde, som kan have en skadelig virkning på konkurrencen. Det er herefter ikke nødvendigt at definere, hvorvidt samarbejdet er afgrænset til for eksempel en aftale eller samordnet praksis, så længe det kan statueres, at der har været en minimumsgrad af samspil mellem virksomhederne.

Begrebet *aftale* blev defineret af EU-Domstolen i sagen *Bayer AG mod Kommissionen*, hvori EU-Domstolen udtalte at begrebet skal forstås som en ”... sammenstemmende vilje mellem erhvervsdrivende vedrørende iværksættelsen af en politik, tilstræbes et mål eller følges en bestemt adfærd på markedet, uanset hvorledes parternes vilje til at forholde sig på markedet kommer til udtryk ifølge aftalens ordlyd...”¹²². Såfremt det kan siges, at der foreligger en sammenstemmende vilje, er det herefter irrelevant hvilken form denne ”vilje” tager. Om aftalen indgås skriftelig, mundtlig eller sågar stiltiende og om en af partnerne aldrig havde intentionen om at følge aftalens vilkår, er uvæsentlig for aftalebegrebet, så længe en sammenstemmende vilje kan konstateres.

Vedtagelser inden for sammenslutninger indgår ligeledes i forbuddet i art. 101, stk. 1 TEUF. Særligt sammenslutninger af virksomheder indenfor handelsorganisationer har ledt til ulov-

¹²¹ Sag C-49/92 P, *Kommission mod Anic Partecipazioni SpA*, præmis 112

¹²² Sag T-41/96, *Bayer AG mod Kommission*, præmis 173

lige samarbejder og karteldannelse, hvor et større antal økonomiske aktører har været involveret¹²³.

Samordnet praksis er ligeledes omfattet af art. 101, stk. 1 TEUF. EU-Domstolen har i afgørelsen *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI)* fremhævet følgende om samordnet praksis og sondringen mellem dette begreb, aftale og vedtagelse: ”Når artikel 85 [art. 101] sonderer mellem begrebet »samordnet praksis« og begreberne »aftaler mellem virksomheder« og »vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder«, er det formålet med forbuddene i denne artikel at ramme en form for koordinering mellem virksomheder, som, uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde”¹²⁴. Samordnet praksis opstår dermed som en koordinering mellem deltagerne, som påvirker deres adfærd¹²⁵ på trods af, at der ikke er indgået en konkret aftale.

3.2.1 EU-Domstolens vurdering af aftalebegrebet for joint ventures

Som det bemærkes ovenfor, indebærer aftalebegrebet alle former for aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. For at art. 101 stk. 1 TEUF finder anvendelse på et joint venture må det derfor gælde, at aftalen mellem parterne opfylder aftalebegrebet. I EU-Domstolens afgørelse *Austria Asphalt GmbH & Co OG mod Bundeskartellamt*, udtalte Domstolen at konkurrencereglerne finder anvendelse på den adfærd hos virksomheder i et joint venture som ”... kan føre til en koordinering mellem dem, der er i strid med art. 101 stk. 1 TEUF...”¹²⁶. Det betyder, at aftaler som leder til en adfærd, hvori koordinering mellem virksomheder forekommer, opfylder aftalebegrebet for artikel 101, stk. 1 TEUF. En joint venture-aftale kan således siges at være omfattet af aftalebegrebet i art. 101, stk. 1 TEUF, hvis aftalen medfører koordinering mellem virksomhederne som er i strid med art. 101, stk. 1 TEUF. En horisontal samarbejdsaftale som et tilbudskonsortium må antages at opfylde aftalebegrebet og dermed være i strid med art. 101, stk. 1 TEUF, når denne aftale indebærer eller kan lede til en koordinering mellem konsortieparterne som er konkurrencebegrænsende.

¹²³ Se bl.a. de forenede sager 96-102, 104, 105/108 og 110/82, *NV IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen*, s. 3381

¹²⁴ Sag 48-69, *Imperial Chemical Industries Ltd. mod Kommissionen*, præmis 64

¹²⁵ Sag 48-69, *Imperial Chemical Industries Ltd. mod Kommissionen*, præmis 65

¹²⁶ Sag C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG mod Bundeskartellamt*, præmis 33

3.2.2 Nationale vurderinger af aftalebegrebet for konsortier

I afgørelsen *Dansk Vejmarkerings Konsortium* indgik de to parter i en konsortieaftale med henblik på at udarbejde og afgive fælles tilbud samt at udføre de opgaver udbuddet indebar sammen¹²⁷. Det oplyses i afgørelsen, at det fremgik af parternes skriftlige¹²⁸ aftale i punkt 1 vedrørende formålet med konsortiet, at ”Formålet med indgåelsen af denne aftale om konsortiedannelse [...] mellem aftalens parter [...] er at udarbejde og afgive et tilbud vedrørende: *Vejdirektoratets udbud af genmarkering 2014-2017 ... såvel som at udføre Opgaven i henhold til bestemmelserne i aftalen med Ordregiver [...] og konsortieaftalen, såfremt Konsortiet tildeles Kontrakten.*”¹²⁹

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslog, at der forelå en skriftlig aftale mellem parterne, og at aftalen dermed opfyldte betingelsen for anvendelse af art. 101, stk. 1 TEUF, hvorefter der skal være indgået en aftale mellem parterne¹³⁰. At andre formkrav har samme gyldighed, ses bl.a. af Styrelsens afgørelse vedrørende *Samarbejdsaftalen mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*. I samarbejdet var tale om en mundtlig aftale¹³¹, som ligeledes var gældende.

3.2.3 Sammenfatning

Aftalebegrebet søger at favne bredt. Såfremt der blot er en sammenstemmende vilje om at tilstræbe et fælles mål eller parterne følger en bestemt adfærd, vil der kunne siges at foreligge en aftale. Mundtlige såvel som skriftelige aftaler vil opfylde aftalebegrebet. Ligeledes vil et samarbejde også falde ind under aftalebegrebet, hvis samarbejdet medfører en koordinering som er i strid med art. 101, stk. 1 TEUF.

Tilbudskonsortier må således betragtes som en aftale, såfremt der er en sammenstemmende vilje. Konsortier dannes for at afgive et fælles bud og må dermed være et udtryk for at opnå fælles mål. Ydermere vil konsortier som medfører en koordinering som er i strid med art. 101, stk. 1 TEUF blive omfattet af bestemmelsen.

¹²⁷ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 717

¹²⁸ Det har ikke været muligt at finde selve konsortieaftalen, hvorfor der refereres til Rådets uddrag

¹²⁹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 718 - Det har ikke været muligt at finde selve konsortieaftalen, hvorfor der refereres til Styrelsens uddrag

¹³⁰ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 721-722

¹³¹ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 1

3.3 Formål – følge

Af art. 101 stk. 1 TEUF følger ”Alle aftaler [...] som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt...” Ved en vurdering af om de samarbejdende virksomheder er i strid med art. 101, stk. 1 TEUF er det væsentligt at udlede om formålet med samarbejdet eller om følgerne heraf hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen på markedet. Hvor når en aftale har til formål eller følge at begrænse konkurrencen på markedet, er udledt af EU-Domstolens retspraksis.

EU-Domstolens afgørelse *STM mod Maschinenbau Ulm*¹³² påpegede at *formål* og *følge* ikke er kumulative betingelser. I dommen ses en todelt undersøgelse af fastlæggelsen af *formål* eller *følge*, hvor det fremgår at ”... hvis der ved en undersøgelse af disse bestemmelser ikke kan fastslås nogen begrænsning af konkurrencen, der er tilstrækkelig skadelig, må der foretages en undersøgelse af aftalens virkninger; og for at aftalen skal kunne omfattes af forbuddet, må der foreligge omstændigheder, der i deres helhed har ført til, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet...”¹³³

Såfremt det ved en undersøgelse af aftalens formål ikke kan påvises, at aftalen begrænser konkurrenceforholdene, og at aftalens formål dermed ikke er *tilstrækkelig skadeligt*, må der dernæst foretages en undersøgelse af aftalens effekt og påvirkning af handlen på markedet.

3.3.1 Introduktion til formålsbegrebet

Aftaler hvis formål er at begrænse konkurrencen medfører en direkte overtrædelse af art. 101, stk. 1 TEUF. Det ses i Kommissionens meddelelse om anvendelsen af art. 101 TEUF på horisontale aftaler¹³⁴, hvor det fremgår at det ikke er nødvendigt at undersøge virkningerne af aftalen på markedet, hvis det kan fastslås at aftalens formål er at begrænse konkurrencen. Ved identificeringen af aftaler med konkurrencebegrænsende formål skal der tages

¹³² Sag 56/65, *La Société Technique Minière (STM) mod Maschinenbau Ulm GmbH*, s. 235 og 249

¹³³ Sag 56/65, *La Société Technique Minière (STM) mod Maschinenbau Ulm GmbH*, s. 216

¹³⁴ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*, pkt. 24

udgangspunkt i 1) aftalens indhold, 2) aftalens målsætning og 3) den retlige samt økonomiske kontekst, hvori aftalen indgår¹³⁵. Derudover inddrages de *alvorlige* konkurrencebegrænsninger samt retspraksis ved vurderingen af om aftaler har et konkurrencebegrænsende formål.

3.3.1.1 Aftalens indhold, målsætninger og sammenhæng

Ved vurderingen af aftalens indhold indgår aftalens ordlyd og målsætninger¹³⁶, dvs. hvad parterne har nedskrevet, sagt og/eller gjort. Det ses i EU-Domstolens afgørelse *BIDS* som vedrørte en aftale mellem konkurrenter i Irland om at reducere produktionen i kødforarbejdningsindustrien. Aftalen opstod som resultat af en offentlig rapport, hvori det blev konkluderet at grundet overkapacitet, var det nødvendigt at nedsætte antallet af forarbejdningsvirksomheder¹³⁷. I aftalen indgik, at producenter som frivilligt forlod industrien blev kompenseret af de tilbageværende. De producenter som forlod markedet måtte bl.a. afstå fra at drive konkurrerende virksomhed på det irske marked i en periode på to år. De irske konkurrencemyndigheder, som mente at aftalen var i strid med art. 101, stk. 1 TEUF, fremlagde dette for High Court, som afviste sagen¹³⁸. En appel til Supreme Court blev rejst, hvorefter man forelagde sagen for EU-Domstolen.

På baggrund af aftalens indhold fandt EU-Domstolen, at aftalen havde to målsætninger: 1) at øge koncentrationsgraden på det specifikke marked ved at reducere antallet af virksomheder 2) at eliminere næsten 75% af den overskydende produktionskapacitet¹³⁹. Formålet med aftalen var i strid med grundtanken bag EU's konkurrenceregler om, at enhver erhvervsdrivende kan tage stilling til den politik han vil føre på markedet uafhængigt af andre erhvervsdrivende¹⁴⁰. EU-Domstolen bemærkede, at de omtalte målsætninger ville ændre markedsstrukturen mærkbart ved at tilskynde konkurrerende virksomheders udtræden¹⁴¹. I afgørelsen forekom en vurdering af aftalens formål ud fra dens indhold og målsætninger.

¹³⁵ Sag C-501/06 P, *GlaxoSmithKline (GSK) mfl., mod Kommissionen*, præmis 58

¹³⁶ Sag C-209/07, *Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) mfl.*, præmis 21

¹³⁷ Sag C-209/07, *Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) mfl.*, præmis 4

¹³⁸ Sag C-209/07, *Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) mfl.*, præmis 1 og 12

¹³⁹ Sag C-209/07, *Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) mfl.*, præmis 32

¹⁴⁰ Sag C-209/07, *Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) mfl.*, præmis 34

¹⁴¹ Sag C-209/07, *Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) mfl.*, præmis 31

Det er ligeledes nødvendigt at inddrage den retlige samt økonomiske sammenhæng i vurderingen af om aftalen har et konkurrencebegrænsende formål. Det betyder, at de aktuelle faktorer og omstændigheder som ligger til grund for aftalen skal vurderes. I ovenstående dom blev en rapport, med en anbefaling om at reducere produktionskapaciteten med 25% for at mindske overkapaciteten i forarbejdningsindustrien, inddraget. På trods af denne anbefaling og dermed den økonomiske kontekst som aftalen indgik i, fandt EU-Domstolen, at aftalen begrænsede konkurrencen (mærkbart) og dermed var strid med art. 101, stk. 1 TEUF.

3.3.1.2 Hardcore konkurrencebegrænsninger

Ved vurderingen af om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål kan, foruden en analyse af aftalen, inddrages de *hardcore* eller *alvorlige* begrænsninger som ses af art. 101, stk. 1, litra a-e TEUF. Disse begrænsninger indebærer bl.a. priskoordinering gennem udveksling af information (litra a)¹⁴², begrænsning eller kontrol med produktion (litra b)¹⁴³ og markedsopdeling (litra c)¹⁴⁴. Disse begrænsninger omtales som hardcore restriktioner eller begrænsninger, da aftaler som indeholder sådanne restriktioner oftest har til formål at begrænse konkurrencen på markedet uden af samarbejdsaftalen frembringer fordele som kan udligne de negative påvirkninger¹⁴⁵. De alvorlige begrænsninger medfører således, at aftalen har konkurrencebegrænsende formål, som kan påvirke konkurrencen på markedet negativt.

For samarbejder hvor eksempelvis priskoordinering indgår skal parterne overveje, om man kan anse de eventuelle hardcore konkurrencebegrænsende elementer i aftalen, som accessoriske (herunder om samarbejdet kan anses som værende umuligt, hvis ikke den hardcore konkurrencebegrænsning var tilladt og om konkurrencebegrænsningen er proportional). Hardcore konkurrencebegrænsninger kan være nødvendige for at et samarbejde, der ellers

¹⁴² Sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV mod Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, præmis 41

¹⁴³ Sag C-209/07, *Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) mfl.*, præmis 40

¹⁴⁴ Sag C-373/14 P, *Toshiba Corporation mod Kommissionen*, præmis 28

¹⁴⁵ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 23*

ikke skaber konkurrencebegrænsninger, giver mening¹⁴⁶. Hvis begrænsningen dog ikke kan anses som accessorisk vil aftalen i sig selv indeholde en hardcore konkurrencebegrænsning, hvilket kan udelukke samarbejdet. Det er således relevant at undersøge hvorvidt man mener, at begrænsningen er essentiel for samarbejdet og ikke er udgangspunktet for aftalen.

3.3.1.3 Retspraksis

Endvidere anvendes retspraksis til at identificere aftaler med et konkurrencebegrænsende formål. At EU-Domstolen anvender retspraksis i deres vurdering, ses bl.a. i afgørelsen *Cartes Bancaires mod Kommissionen*. Dommen statuerede, at begrebet *konkurrencebegrænsende formål* skal fortolkes indskrænkende¹⁴⁷. EU-Domstolen understregede at et konkurrencebegrænsende formål kan statueres hvis 1) aftalen er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, 2) aftalen efter sin art er skadelig for de normale konkurrencevilkår og 3) en analyse med tilstrækkelig klarhed viser at konkurrencen vil lide skade¹⁴⁸.

3.3.2 Introduktion til følge-begrebet

Hvis det ud fra en analyse af aftalen konstateres, at denne ikke har til formål at begrænse aftalen, må en analyse med hensigt på at fastslå eventuelle følger foretages. Dette ses af dommen *STM mod Maschinenbau Ulm*, som understregede vigtigheden af at skelne mellem formål og følge¹⁴⁹.

Ved en analyse af effekten af en konkurrencebegrænsende aftale er det nødvendigt at foretage en yderligere vurdering af konkurrencen i den situation, hvor aftalen *ikke* var blevet indgået¹⁵⁰ for at fastslå den faktiske og potentielle virkning heraf.

Hvis det bevises, at aftalen enten potentielt eller faktisk påvirker konkurrencen i en sådan grad, at det med en rimelighed kan sandsynliggøres, at priser, produktion, innovation mm. påvirkes negativt vil aftalen have en konkurrencebegrænsende virkning¹⁵¹. Hvis ikke det gør sig gældende, skal det undersøges om aftalen begrænser den faktiske eller potentielle

¹⁴⁶ Ølykke & Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Djøf Forlag, 2017, s. 197 samt Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 29*

¹⁴⁷ Sag C-67/13, *Groupement des cartes bancaires (CB) mod Kommissionen*, præmis 58

¹⁴⁸ Sag C-67/13, *Groupement des cartes bancaires (CB) mod Kommissionen*, præmis 50, 52 og 58

¹⁴⁹ Sag 56/65, *La Société Technique Minière (STM) mod Maschinenbau Ulm GmbH*

¹⁵⁰ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 17*

¹⁵¹ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 24*

konkurrence, der ville have været mellem konkurrerende virksomheder¹⁵². Sidstnævnte ses af EU-Domstolens afgørelse *John Deere Ltd mod Kommissionen*, som vedrørte en sammenslutning af fabrikanter og importører af landbrugstraktorer som havde en informationsudvekslingsordning om salg af traktorer. Domstolen fandt, at aftalen mellem virksomhederne havde til følge at potentielt udelukke udefrakommende fabrikanter i at træde ind på markedet, fordi de ville være betænkelige ved at deltage i sammenslutningen. Virksomheder som ville træde ind på markedet, kunne enten miste deres uafhængighed hvad angik deres forretningsstrategi, hvis de deltog i sammenslutningen eller risikere ikke at have adgang til samme information som andre konkurrenter på markedet, hvis de ikke indtrådte¹⁵³.

Ved en vurdering af konkurrencebegrænsende følger af en aftale, må man således foretage en markedsanalyse det relevante marked og vurdere hvordan markedet ville se ud hvis aftalen ikke var blevet indgået. Til vurderingen af om konsortier har konkurrencebegrænsende følger, inddrages planlægning af udbuddet, de betingelser der stilles, aktuelle markedsforhold og om kontrakten er opdelt i delkontrakter¹⁵⁴.

3.3.3 EU-Domstolens vurdering af ”formål og følge” for joint ventures

Rettens afgørelse *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen* omhandlede en appel af Kommissionens afgørelse vedrørende samarbejdet mellem fire jernbanevirksomheder. De fire jernbanevirksomheder fra henholdsvis England, Tyskland, Holland og Frankrig gik sammen for at tilbyde fire nyt togruter for passagerer i Europa. Kommissionen vurderede at samarbejdet overtrådte art. 101, stk. 1 TEUF, da samarbejdet kunne begrænse konkurrencen på markedet.

Retten udledte at for at art. 101, stk. 1 finder anvendelse må det bero på en vurdering af ”... *aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de tjenesteydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer [...], medmindre der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger, som f.eks. prisaftaler, deling*

¹⁵² Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 18, 3. afsnit*

¹⁵³ Sag C-7/95 P, *John Deere Ltd mod Kommissionen*, præmis 98

¹⁵⁴ Ølykke, & Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Djøf Forlag, 2017, s. 191

*af markedet eller afsætningskontrol...*¹⁵⁵. Retten fandt således, at såfremt et konkurrencebegrænsende formål ikke fremgår af den økonomiske og retlige sammenhæng, og der ikke ses hardcore konkurrencebegrænsninger, må analysen udvides til at inkludere en markedsanalyse af det relevante marked. Markedsanalysen skal klarlægge, hvorvidt aftalen har konkurrencebegrænsende virkninger på den aktuelle såvel som potentielle konkurrence på markedet.

Kommissionen argumenterede for, at samarbejdet ikke var nødvendigt for at tilbyde og drive togruterne, hvorfor aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen¹⁵⁶.

Retten fandt, at Kommissionen ikke havde foretaget en korrekt vurdering af den økonomiske og retlige kontekst af samarbejdsaftalen. Retten uddybede, at Kommissionen ikke havde inddraget de omstændigheder (at der bl.a. forelå større investeringer) som lå til grund for samarbejdet og som gjorde samarbejdet nødvendigt. Retten fandt herefter, at Kommissionens vurdering var utilstrækkelig¹⁵⁷.

Ydermere havde Kommissionen udledt, at samarbejdet ville have konkurrencebegrænsende følger. Kommissionen havde defineret to markeder, hvoraf ENS' moderselskaber optrådte på det ene og ENS på det andet marked. Kommissionen vurderede, at moderselskaberne kunne misbruge deres stilling på det første marked ved kun at levere de fornødne jernbaneydelser til ENS og ikke til ENS' konkurrenter på det andet marked. Aftalen ville dermed have konkurrencebegrænsende følger ved at afholde konkurrenter fra at opnå adgang til ydelserne¹⁵⁸.

Retten fandt, at Kommissionens markedsdefinition ikke var fyldestgørende¹⁵⁹ og at leveringen af de fornødne jernbaneydelser til ENS ikke udgjorde en konkurrencebegrænsning for

¹⁵⁵ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 136

¹⁵⁶ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 172

¹⁵⁷ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 206 og 145

¹⁵⁸ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 150

¹⁵⁹ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 213

de øvrige konkurrenter på markedet, hvorfor det ikke kunne statueres, at aftalen havde konkurrencebegrænsende virkninger på markedet¹⁶⁰. Dette da Retten vurderede, at Kommissionen havde foretaget en forkert markedsopdeling ved at opdele markedet for ”jernbanetransport” og markedet for ”jernbaneydelser” i to markeder, i stedet for at betragte de to som ét samlet marked. Retten mente således at Kommissionen ikke havde udført en korrekt analyse af markedet, hvorfor analysen af aftalens konkurrencebegrænsende følger ikke var fyldestgørende¹⁶¹.

Det ses af dommen, at ”... *aftalens konkrete anvendelsesområde...*” betyder at de økonomiske og retlige omstændigheder som ligger til grund for aftalen må inddrages for at afgøre, hvorvidt der foreligger et konkurrencebegrænsende formål. Derudover må det vurderes om aftalen indeholder hardcore konkurrencebegrænsninger.

I dommen ses det ligeledes, at ved en vurdering af aftalens konkurrencebegrænsende følger må en korrekt analyse af aftalens påvirkning på det relevante marked foretages.

3.3.4 EFTA-Domstolens afgørelse: Ski Taxi, Follo Taxi og Ski Follo Taxidrift mod Konkurransetilsynet

I afgørelsen *Ski Taxi, Follo Taxi og Ski Follo Taxidrift mod Konkurransetilsynet* tog EFTA-Domstolen bl.a. stilling til, hvornår en konsortieaftale kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

De norske konkurrencemyndigheder vurderede, at samarbejdet havde et konkurrencebegrænsende formål¹⁶². Sagen blev anket til den norske Højesteret, som hertil rettede spørgsmål til EFTA-Domstolen. Retten stillede spørgsmål om a) hvornår en aftale mellem virksomheder har til formål at begrænse konkurrencen og b) hvilke kriterier der tillægges vægt ved vurderingen af, om et konsortium, bestående af konkurrerende virksomheder, som indgiver fælles tilbud, har til formål at begrænse konkurrencen.

¹⁶⁰ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 221

¹⁶¹ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 220

¹⁶² *Ski Taxi BA, Follo Taxicentral BA og Ski Follo Taxidrift AS*, Vedtak V2011-12, 04-07-2011 i Konkurransetilsynet, pkt. 106 og 117

Til det første spørgsmål svarede EFTA-Domstolen, at en aftale mellem virksomheder har et konkurrencebegrænsende formål, hvis aftalen har en tilstrækkelig skadelig virkning på konkurrencen på markedet¹⁶³. For at afgøre hvorvidt en aftale mellem virksomheder har en tilstrækkelig virkning på konkurrencen, mente Domstolen at der må tages hensyn til aftalens indhold, dens målsætninger og dens økonomiske samt retlige sammenhæng¹⁶⁴. Dette blev uddybet i Domstolens svar til det andet spørgsmål.

Det andet spørgsmål omhandlede de kriterier der blev lagt vægt på, når det skal vurderes om to konkurrerende virksomheder, som indgiver fælles bud, har til formål at begrænse konkurrencen. EFTA-Domstolen svarede igen, at aftalens indhold, dens målsætninger samt økonomiske og retlige sammenhæng hvori aftalen indgår, må undersøges¹⁶⁵.

Domstolen udledte af samarbejdsaftalens indhold, at aftalen var dannet for at reducere konkurrencen mellem parterne¹⁶⁶. Derved indebar aftalen en målsætning om at reducere konkurrencen mellem parterne hvorfor aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål.

Ydermere fandt Domstolen ved en vurdering af den økonomiske og retlige sammenhæng, at dette indebar en vurdering af virksomhedernes mulighed for at byde på opgaven selv. En aftale mellem to parter leder normalt ikke til konkurrenceretlige problemstillinger, hvis samarbejdet er objektivt nødvendigt for at parterne kan træde ind på markedet. Hvis parterne kan anses som potentielle eller aktuelle konkurrenter, vil der modsat kunne ske en konkurrencebegrænsning af konkurrencen på markedet¹⁶⁷.

I afgørelsen blev det klargjort, at de to parter havde aftalt priser, hvilket parterne ikke benægtede¹⁶⁸. Domstolen fremhævede, at en yderligere undersøgelse af aftalens retlige og økonomiske sammenhæng ikke var nødvendig når aftalen indeholdt priskoordinering¹⁶⁹. Det da der således var tale om en hardcore konkurrencebegrænsning, som betød at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål.

¹⁶³ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 64

¹⁶⁴ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 101

¹⁶⁵ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 65

¹⁶⁶ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 96

¹⁶⁷ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 97

¹⁶⁸ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 91

¹⁶⁹ Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 102

Af EFTA-Domstolens afgørelse ses det, at der ved en vurdering af om aftalen har et konkurrencebegrænsende formål må inddrages aftalens indhold, målsætninger samt den sammenhæng aftalen opstod i. Det ses endvidere, at der ved en vurdering af aftalens økonomiske og retlige sammenhæng skal inddrages om konsortiesamarbejdet opstod for at opfylde de specifikke krav som forekom af udbuddet. Det ses, at såfremt der foreligger hardcore konkurrencebegrænsninger, så som priskoordinering, vil dette uden videre medføre et konkurrencebegrænsende formål.

3.3.5 Nationale vurderinger af formål og følge for konsortier

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium* bestred samarbejdspartnerne, at aftalen mellem dem havde til formål at begrænse konkurrencen på markedet. LKF mente ikke, at Styrelsen kunne anvende en formålsvurdering, men snarere skulle se på den effekt konsortiet havde på markedet. LKF mente ikke, at aftalen mellem parterne havde et konkurrencefremmende formål, da konsortiet kunne tilbyde den laveste pris sammenholdt med de andre tilbudsgivere¹⁷⁰.

Styrelsen konstaterede, at aftalen ved afgivelse af fælles tilbud indeholdt en aftale om fastsættelse af en fælles pris for hver af de tre delkontrakter (de tre distrikter) samt en aftale om opdeling af de enkelte distrikter ved brug af en fordelingsaftale. Styrelsen påpegede, at når to konkurrenter indgår aftale om at dele markedet imellem sig og/eller fastsætte priser for deres ydelse er *formålet* med aftalen at begrænse den konkurrence, der ellers havde været imellem parterne. Her refererede afgørelsen til KRL § 6, stk. 1, jf. stk. 2, og art. 101, stk. 1 TEUF, som fastslår at aftaler er konkurrencebegrænsende, når de bl.a. består i at fastsætte salgspriser og opdele markeder¹⁷¹. Endvidere ses det i afgørelsen, at sådanne aftaler i sig selv er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, da de sætter de normale markedsvilkår ud af kraft¹⁷².

¹⁷⁰ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 734-736

¹⁷¹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 737-39

¹⁷² Ultimo august 2018 har Sø- og Handelsretten taget stilling til *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. For yderligere se Bilag A

I en udbudssituation som denne, hvor tildelingskriteriet var laveste pris, må en effektiv priskonkurrence være essentiel, da priserne presses til det lavest mulige stadie. Når to potentielle konkurrenter/tilbudsgivere, der hver især kan byde på en opgave, indgår en konsortieaftale vil det medføre en forventning om, at der afgives færre bud end hvis aftalen ikke havde bestået. Dette medfører, at den priskonkurrence, der ellers ville have været, mindskes og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes – priserne vil ikke blive presset ned (som havde der været flere aktører på markedet) til samme stadie.

Styrelsen fandt, at konsortieaftalen overordnet havde til formål at begrænse konkurrencen, og at aftalen havde tilstrækkelige skadelige virkninger til, at det ikke fandtes nødvendigt at undersøge om aftalen havde konkurrencegrænsende følger¹⁷³.

Samme ræsonnement sås ligeledes af samarbejdsaftalen mellem *Ove Juel Catering A/S* og *Th. Schulz A/S*¹⁷⁴. I afgørelsen ses det, at horisontale samarbejder, som har til formål eller følge at opdele markeder imellem sig eller koordinere priser, oftest vil være omfattet af KRL § 6, stk. 1¹⁷⁵. De to danske afgørelser understøtter således hinanden og viser, at man i dansk ret har anset de hardcore konkurrencebegrænsninger, så som priskoordinering og opdeling af markeder, som så skadelige, at de automatisk har et konkurrencebegrænsende formål og bør falde ind under art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde.

3.3.6 Sammenfatning

For at en aftale kan siges at overtræde art. 101 stk. 1 TEUF, må der konstateres et konkurrencebegrænsende formål eller følge. Herunder er det nødvendig at belyse aftalens indhold og målsætninger på baggrund af den retlige og økonomiske sammenhæng for at kunne statuere enten et konkurrencebegrænsende formål eller følger af aftalen. Ved en vurdering af den retlige og økonomiske sammenhængning skal inddrages om parterne kan anses som konkurrenter. Dette kan det medvirke til, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål. Aftaler som indeholder hardcore konkurrencebegrænsninger såsom priskoordinering har ofte et konkurrencebegrænsende formål. Det kan udgøre en udfordring for konsortier, da disse samarbejder ofte indebærer en aftale om priser, der som udgangspunkt vil være at anse

¹⁷³ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 789

¹⁷⁴ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, Rådsmødet 26-11-2003

¹⁷⁵ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 73 og 74

som en formålsovertrædelse¹⁷⁶. Såfremt aftalen har et konkurrencebegrænsende formål, er det ikke nødvendigt at påvise, at aftalen har konkurrencebegrænsende følger.

Hvis aftalen ikke har et konkurrencebegrænsende formål, må det undersøges om den har konkurrencebegrænsende følger, hvilket kræver en konkret vurdering af, hvordan konkurrencen ville se ud på markedet, hvis samarbejdet ikke havde eksisteret.

Det ses, at en samarbejdsaftale, som et konsortium, ofte må falde ind under art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde, idet aftalen involverer priskoordinering som sædvanligvis betyder, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Dette hvis ikke den hardcore konkurrencebegrænsning er accessorisk.

3.4 Mærkbare konkurrencebegrænsninger

Den fjerde betingelse for anvendelsen af art. 101, stk. 1 er, at den konkurrencebegrænsende aftale mærkbart skal påvirke konkurrencen. Det ses af bestemmelsen ved, aftaler ”... *der kan påvirke handelen mellem medlemsstater...*” og er yderligere udledt fra retspraksis¹⁷⁷. Dette ses bl.a. af EU-Domstolens afgørelse, *Béguelin Import Co mod SAGL Import Export*, hvor det påpegedes, at en aftale, for at falde ind under forbuddet i art. 85 i Romtraktaten (nu 101, stk. 1 TEUF), mærkbart måtte ”... *påvirke handelen mellem medlemsstater og konkurrencen*”¹⁷⁸.

For at afgøre, hvorvidt der var tale om en mærkbar påvirkning, må man opstille et scenarium, hvor man forsøger at konkludere, hvorledes konkurrencen på det pågældende marked var, hvis aftalen ikke var blevet indgået¹⁷⁹. Dette ses ligeledes af dommen *Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm*, hvori det fremhævedes, at en aftale kun kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne ”... *såfremt den på grundlag af objektive, retlige eller faktiske omstændigheder gør det muligt med tilstrækkelig sandsynlighed at forudsige, at den, direkte eller indirekte, faktisk eller muligvis, kan øve en sådan indflydelse på samhandelen mellem medlemsstater, at det med rimelighed kan befrygtes, at den kan hindre virkeliggørelsen af et enhedsmarked mellem medlemsstaterne.*”¹⁸⁰ Det ses således, at man må foretage

¹⁷⁶ Ølykke & Nielsen: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Djøf Forlag, 2017, s. 198

¹⁷⁷ Jones & Sufrin: *EU Competition Law: Text Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2016, s. 171

¹⁷⁸ Sag C-22/71, *Béguelin Import Co mod SAGL Import Export*, præmis 16

¹⁷⁹ Sag C-22/71, *Béguelin Import Co mod SAGL Import Export*, præmis 17

¹⁸⁰ Sag C-56/65, *Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm*, præmis 7

en analyse af den pågældende aftale, som skal forudsige, hvordan aftalen påvirker eller vil komme til at påvirke markedet.

Det sås af dommen *Völk mod Vervaecke*, at ”... en aftale ikke falder ind under forbuddet i art. 85, når den under hensyn til de interesserede parter svage stilling på markedet for de omhandlede produkter kun i ringe omfang påvirker markedet...”¹⁸¹. Dette viser, at EU-Domstolen ikke er betænkelig for aftaler, som ses mellem parter, der har en svag position på markedet og som dermed vil have lille effekt på konkurrencen og handlen på det indre marked.

3.4.1 Kommissionens vejledninger

Da spørgsmålet vedrørende ”mærkbarhed” har stor betydning for især små og mellemstore virksomheder, har Kommissionen udstedt retningslinjer for, hvornår en aftale falder uden for art. 101, stk. 1 TEUF’s anvendelsesområde efter dennes opfattelse¹⁸².

I Kommissionens meddelelse vedrørende begrebet ”påvirkning” ses det, at en aftale normalt ikke vil påvirke samhandlen mellem medlemsstater mærkbart når a) parterne, ikke på nogen af de relevante markeder inden for EU, har en samlet markedsandel på over 5% og b) for horisontale aftalers vedkommende hvor de deltagende virksomheder ikke har en samlet årlig omsætning inden for EU på over 40 mio. euro for de produkter der er omfattet af aftalen¹⁸³. De to kriterier er kumulative. Det ses i dommen *P. Ziegler SA mod Kommissionen*, at betingelserne fremsat i Kommissionens vejledning dog ikke er absolutte, men kun udgør indikationer¹⁸⁴. Det betyder således, at virksomheder kan benytte vejledningen som anvisning, men at der fortsat kan forekomme eksempler på aftaler, som ikke overtræder de kvantitative tærskler, men som kan anses som aftaler med en mærkbar effekt på handlen.

Mærkbarhedskriteriet defineres ligeledes i Kommissionens De Minimis-meddelelse (herefter bagatelmeddelelse) og statuerer at aftaler, som kun i ringe grad påvirker konkurrencen

¹⁸¹ Sag C-5/69, *Franz Völk mod Établissements J. Vervaecke*, pkt. f) og g), s. 301 samt dansk sammendrag af dommen, pkt. 5 og 7

¹⁸² Se hertil Kommissionens meddelelse: *Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82* og Kommissionens bagatelmeddelelse

¹⁸³ Kommissionens meddelelse: *Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82*, pkt. 52

¹⁸⁴ Sag C-439/11, *P. Ziegler SA mod Kommissionen*, præmis 34

på markedet, anses som værende udenfor art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde¹⁸⁵.

Aftaler der i sagens natur kan betragtes som skadelige for konkurrencen, herunder aftaler hvis formål er konkurrencebegrænsende, lægger dog udenfor bagatelmeddelelsens anvendelsesområde, hvilket blev udtalt i en pressemeddelelse fra Kommissionen efter dommen *Expedia mod Autorité de la Concurrence*¹⁸⁶.

For aftaler hvis formål ikke er konkurrencebegrænsende, men hvor der kan være konkurrencebegrænsende følger, indgår det i bagatelmeddelelsen, at samarbejdspartnere, som defineres som konkurrenter på samme marked og hvis samlede markedsandele ikke overstiger 10% ikke påvirker konkurrencen mærkbart. Ligeledes er tilfældet for samarbejdspartnere, som ikke defineres som konkurrenter på samme marked og hvis samlede markedsandele ikke overstiger 15%. Er det ikke muligt at klassificere samarbejdspartnere som værende enten konkurrerende eller ikkekonkurrerende, da vil en tærskelværdi på 10 % gøres gældende¹⁸⁷.

3.4.2 EU-Domstolens vurdering af mærkbarhedskriteriet for joint ventures

Selvom det udledes af ovenstående dom, *Völk mod Vervaecke*, at aftaler mellem parter med en svag stilling på markedet ikke har EU-Domstolens interesse, da en aftale mellem sådanne to parter ikke påvirker konkurrencen på markedet, blev denne opfattelse undermineret i den senere afgørelse *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*.

Sidstnævnte dom omhandlede to virksomheder, som indgik i et joint venture og oprettede et datterselskab. De franske konkurrencemyndigheder, *Autorité de la Concurrence*, fandt at partnerskabet udgjorde en aftale, som blandt andet overtrådte art. 81 EF (nu 101, stk. 1 TEUF) og at aftaleparterne, som var konkurrenter, tilsammen havde en markedsandel på mere end 10 %, hvorefter bagatelreglen, som ses i bagatelmeddelelsen, ikke fandt anvendelse¹⁸⁸.

Samarbejdspartnere appellerede afgørelsen, hvorefter den franske appeldomstol rettede spørgsmål til EU-Domstolen om, hvorvidt aftaler med konkurrencebegrænsende formål,

¹⁸⁵ Kommissionens meddelelse: *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 Funktionsmåde*, pkt. 3

¹⁸⁶ Pressemeddelelse fra Kommissionen: IP/13/685 for sag C-226/11, *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*

¹⁸⁷ Kommissionens meddelelse: *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 Funktionsmåde*, pkt 8., litra a) og b) og pkt. 9.

¹⁸⁸ Sag C-226/11, *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*, præmis 7-9

men med markedsandele under tærskelværdierne, kan anses for ikke at opfylde mærkbarhedskriteriet som ses af bagatelmeddelelsen og dermed ikke dømmes efter art. 101, stk. 1 TEUF.

EU-Domstolen fremhævede blandt andet den tidligere omtalte sag, *Völk mod Vervaecke*, og betonedede, at aftaler mellem virksomheder ikke falder ind under forbuddet i art. 101, stk. 1 TEUF, når aftalen kun i ringe omfang påvirker markedet¹⁸⁹. Bedømmelsen af om der foreligger en mærkbar begrænsning af konkurrencen på det indre marked, skal ske under henvisning til de faktiske rammer, hvori aftalen er indgået¹⁹⁰. Domstolen bemærkede endvidere, at det følger af fast retspraksis, at det ved anvendelsen af art. 101, stk. 1 TEUF, ikke er nødvendigt at tage hensyn til en aftales faktiske følger, såfremt aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen. Herefter kunne Domstolen fastslå, at en aftale der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Det præjudicielle spørgsmål kunne således besvares med, at art. 101, stk. 1 TEUF godt kan benyttes på aftaler mellem virksomheder, der mærkbart påvirker samhandelen på det indre marked, men som ikke overstiger de tærskelværdier, som ses af bagatelmeddelelsen udstedt af Kommissionen¹⁹¹.

Det ses således med ovenstående dom, at samarbejdsaftaler som har til formål at begrænse konkurrencen på markedet, må anses som værende i konflikt med art. 101, stk. 1 TEUF, selvom der er tale om virksomheder, hvis markedsandele ikke overstiger tærskelværdierne. Denne afgørelse må bero på en vurdering af det konkrete aftaleforhold. Det kan derfor være relevant for konsortier, som ønsker at byde sammen ikke kun at forholde sig til, hvor stor en markedsandel de til sammen vil have, men også se på, hvilke elementer aftalen indeholder og om aftalen kan have som formål at begrænse konkurrencen.

3.4.3 EFTA-Domstolens afgørelse: Ski Taxi, Follo Taxi og Ski Follo Taxidrift mod Konkurransetilsynet

Af den før omtalte afgørelse fra EFTA-Domstolen, vedrørende de to taxaselskabers samlede

¹⁸⁹ Sag C-226/11, *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*, præmis 16

¹⁹⁰ Sag C-226/11, *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*, præmis 20 og 21

¹⁹¹ Sag C-226/11, *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*, præmis 35, 37

bud, ses det ligeledes at aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, har en mærkbar effekt på handlen. I afgørelsen fandt EFTA-Domstolen frem til, at konsortieaftalen mellem de to selskaber om afgivelse af et fælles bud, skulle anses som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål. I afgørelsen fandt man ligeledes, at da aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål og dermed havde en mærkbar effekt på konkurrencen, kunne konsortiet ikke benytte sig af bagatelmeddelelsen fra Kommissionens meddelelse. I den forbindelse refererede man til den ovenfor omtalte *Expedia*-dom¹⁹².

3.4.4 Nationale vurderinger af mærkbarhedskriteriet for konsortier

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse vedrørende *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, ansås de to konsortieparter som konkurrenter i forhold til det pågældende udbud. Her indebar konsortieaftalen mellem parterne en fastsættelse af pris til tredjemand (Vejdirektoratet) og en fordeling af markedet (de tre distrikter, som var i udbud) mellem sig ved brug af en fordelingsaftale. Styrelsen vurderede, at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål og faldt ind under art. 101, stk. 1 TEUF og KRL § 6, stk. 1. Aftalen kunne, med sit konkurrencebegrænsende formål, endvidere ikke undtages efter bagatelmeddelelsen eller bagatelgrænsen i KRL's § 7, stk. 1¹⁹³, uanset parternes omsætning eller markedsandele¹⁹⁴¹⁹⁵. Styrelsen refererede endvidere til den ovenfor nævnte *Expedia*-dom, hvor domstolen i relation til aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen udtalte, at ”*Det må fastslås, at en aftale, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen.*”¹⁹⁶

Styrelsen fandt, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, og at der hermed forelå en formodning for, at aftalen i sig selv var egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart. Det ses således, at i vurderingen af om konsortieaftaler har en mærkbar effekt på markedet,

¹⁹² Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*, præmis 19

¹⁹³ Kommissionens meddelelse (2001): *Aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab*, pkt. 11, litra a) og c) (den nuværende meddelelses pkt. 13) og Konkurrenceloven, LBK nr. 687 af 12/07/2000

¹⁹⁴ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 794

¹⁹⁵ Ultimo august 2018 har Sø- og Handelsretten taget stilling til *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. For yderligere se Bilag A

¹⁹⁶ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 796, jf. sag C-226/11, *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*, præmis 37

vil det være afgørende, om aftalen anses for at have et konkurrencebegrænsende *formål* eller konkurrencebegrænsende *følge*. Som omtalt ovenfor vil konsortieaftaler ofte indebære hardcore eller alvorlige konkurrencebegrænsninger, og dermed må det antages, at en konsortieaftale sjældent kan undtages på baggrund af bagatelmeddelelsen, men vil kunne siges at have en mærkbar konkurrencebegrænsende effekt som resultat af de elementer, der indgår i aftalen.

Samme overvejelser ses af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse vedrørende samarbejdsaftalen mellem *Ove Juel Catering A/S* og *Th. Schulz A/S*¹⁹⁷. I afgørelsen ses det, at der var tale om et horisontalt samarbejde, der bl.a. indebar priskoordinering, som vurderedes at være en alvorlig konkurrencebegrænsning, som kun i ekstraordinære situationer faldt uden for forbuddet i KRL § 6. Det fandtes, at selvom samarbejdsaftalen ikke havde nogen mærkbart negative virkninger for konkurrencen på markedet kunne aftalen således ikke falde uden for forbuddet i KRL § 6¹⁹⁸.

De to ovenstående afgørelser viser, at man i dansk ret finder, at hvis en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, vil det uvilkårligt betyde, at konkurrencen på markedet vil blive mærkbart påvirket. De to afgørelser omhandlede begge en konsortieaftale, hvor der blev lagt vægt på at aftalens formål havde betydning for, om aftalen havde en mærkbar effekt på konkurrencen.

3.4.5 Sammenfatning

Det ses af ovenstående, at en betingelse for at anvende art. 101, stk. 1 TEUF er, at den konkurrencebegrænsende aftale mærkbart påvirker konkurrencen. Dette afgøres ved at forsøge at forudsige, hvordan konkurrencen på markedet havde været, hvis aftalen ikke var blevet indgået.

Det ses, at det er irrelevant hvor stor markedsandel virksomhederne har, hvis der er tale om, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål.

For konsortier må det betyde, at det essentielle er, hvad formålet med aftalen har været. I

¹⁹⁷ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, Rådsmødet 26-11-2003

¹⁹⁸ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 88

tilfælde hvor det findes, at formålet er at begrænse konkurrencen på markedet, vil aftalen være i konflikt med art. 101, stk. 1 TEUF, selvom der er tale om virksomheder, hvis markedsandele ikke overstiger tærskelværdierne.

4. DELKONKLUSION

Hvorvidt tilbudskonsortier kan siges at overtræde art. 101, stk. 1 TEUF, afhænger af om de fire kumulative betingelser kan ses af aftalen.

Da essensen af udbud og tilbud til udbud er en udveksling af varer og/eller tjenesteydelser med henblik på at konsortier byder for at skabe profit, må det forudsættes at tilbudskonsortier opfylder virksomhedsbegrebet.

Der må dernæst foreligge en aftale mellem konsortieparterne. Konsortieaftaler indgås på baggrund af samarbejder og kan siges at opfylde betingelsen. Dette da aftalens form er uden betydning, idet der blot skal foreligge en sammenstemmende vilje om at indgå i et samarbejde.

Den tredje betingelse for anvendelsen af art. 101, stk. 1 TEUF er at samarbejdet skal have et konkurrencebegrænsende formål eller følger. Konkurrencebegrænsende formål ses direkte af aftalens indhold, målsætninger og sammenhæng. Konkurrencebegrænsende følger skal konstateres ved en markedsanalyse hvori der tages hensyn til aftalen faktiske og potentielle virkninger. Det ses at konsortieaftaler ofte kan indebære hardcore eller alvorlige konkurrencebegrænsninger, så som priskoordinering, som ofte vil anses som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål. Derudover vil vurderingen af hvorvidt konsortieparterne er hinandens konkurrenter indgå ved en vurdering af aftalens retlige og økonomiske sammenhæng. Hvis det findes at parterne er konkurrenter, kan det medvirke til at aftalen findes at have et konkurrencebegrænsende formål.

Såfremt konsortiesamarbejdet kan siges at opfylde alle de tre ovenfor nævnte betingelser, overtræder konsortiet artikel 101, stk. 1 TEUF, hvis konkurrencebegrænsningen mærkbart påvirker konkurrencen på markedet. Dette bedømmes ved en konkret vurdering af den enkelte konsortieaftale. Hertil undersøges hvordan konkurrencen på markedet havde været, hvis aftalen ikke var blevet indgået.

Retspraksis viser, at aftaler, som har til formål at begrænse konkurrencen, ofte også mærkbart vil påvirke konkurrencen på markedet.

Ovenfor er de fire betingelser for anvendelsen af art. 101, stk.1 TEUF blevet belyst. Dersom konsortiet overtræder art. 101 stk. 1 TEUF, er det nødvendigt for det fortsatte samarbejde, at betingelserne for fritagelse, jf. art. 101, stk. 3 TEUF, opfyldes. Nedenfor undersøges, hvorledes strategiske tiltag og alliancer kan muliggøre en fritagelse.

KAPITEL 4 – STRATEGISKE TILTAG OG ALLIANCER SOM LEDER TIL RELATIONSRENTE

Følgende kapitel vil inddrage økonomisk teori for at belyse, hvordan konsortier kan opnå en merværdi. Hertil inddrages strategisk kontrahering på basis af Dyer og Singhs teori om relationsrente og de strategiske tiltag, som kan benyttes for at opnå renten.

Derudover vil inddrages teori omkring strategiske alliancer og den værdi som kan skabes herigennem.

Fokus vil være på det strategiske tiltag, som omhandler en kombineret af parternes komplementære ressourcer. Disse ressourcer kan bl.a. være viden. Vidensdeling kan også benyttes i samarbejdet for at udvikle og bevare den opnåede relationsrente. Fokus i kapitlet vil dog være på en kombineret af parternes eksisterende ressourcerne og ikke på den merværdi som skabes gennem et længerevarende samarbejde.

Den gevinst som kan opstå ved at kombinere parternes ressourcer kan bl.a. være udvikling af nye processer eller produkter, som bl.a. kan lede til gevinster fra stor- og samdriftsfordele. Ligeledes kan parterne indgå i strategiske samarbejder for at dele risici imellem sig. Dette kan således skabe incitament hos parterne til at foretage strategiske tiltag, som således kan generere en merværdi.

Ydermere kan bevarelse af den strategiske alliance forekomme ved at parterne implementerer en effektiv ledelsesstruktur, etablerer sikkerhedsforanstaltninger og ved at skabe en god kommunikation mellem parterne. Disse tiltag vil ligeledes sikre relationsrenten.

Årsagen til at det synes interessant at identificere hvilken merværdi som opstår ved de strategiske samarbejder er at finde frem til om konsortier kan benytte denne merværdi som grundlag for fritagelse af konsortiesamarbejdet efter art. 101, stk. 3 TEUF.

Fokus i nedenstående kapitel vil således være på de strategiske tiltag, som kan generere relationsrente. De tiltag som kan sikre og bevare relationsrenten vil ikke blive gennemgået, da de ikke vil kunne bidrage til at fritage konsortiet efter art. 101, stk. 3 TEUF. Dette da tiltagene udvikles gennem et længerevarende samarbejde og således ikke kan identificeres før samarbejdet har udviklet sig. De tiltag som kan benyttes til at sikre relationsrenten vil blive præsenteret kort i Bilag A.

1. RELATIONSRENTE

Relationsrente, som defineret af Dyer og Singh, må anses som en økonomisk rente. Økonomisk rente er den profit, som overstiger de omkostninger der ville være forbundet med indtjeningen i en alternativ situation. Den økonomiske rente er den profit/merværdi som kan opnås ved en alternativ strategi, hvor ressourcerne benyttes et andet sted eller på en anden måde¹⁹⁹. I relation til et konsortiesamarbejde vil der være tale om den gevinst, som parterne kan opnå ved at indgå i konsortiesamarbejdet (den alternative strategi) fremfor en situation, hvor de ikke indgik i samarbejdet (den nuværende strategi). Dermed vil den økonomiske rente som parterne kan opnå blive skabt ud fra det samarbejde de indgår i.

Dyer og Singh definerer relationsrente som “... *a supernormal profit jointly generated in an exchange relationship that cannot be generated by either firm in isolation and can only be created through the joint idiosyncratic contributions of the specific alliance partners.*”²⁰⁰

Relationsrente defineres således som den merværdi som parterne opnår sammen i et udvekslingssamarbejde og som ikke kan opnås af parterne uden for samarbejdet. Dette resulterer i en profit, som er særlig for netop det givne samarbejde.

Det bekræftes af Donada som udleder, at samarbejdspartnernes evne til at udveksle virksomhedsspecifikke ressourcer leder til muligheden for at generere relationsrente²⁰¹. Den

¹⁹⁹ Lado, Boyd & Hanlon: *Competition, Cooperation, and the Search for Economic Rents: A Syncretic Model*, 1997, s. 111

²⁰⁰ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 662

²⁰¹ Donada: *Generating Cooperative Gain in a Vertical Partnership: A Supplier's Perspective*, 2002, s.176

overnormale profit kan dermed kun skabes gennem fælles særegne bidrag fra de specifikke samarbejdspartnere. Det er muligt, når parterne bl.a. kombinerer viden, som bl.a. skaber synergieffekter, hvilket resulterer i lavere omkostninger²⁰² eller udviklingen af nye produkter og teknik. Jo mere komplementære de udvekslede ressourcer er, jo større værdi kan disse skabe for samarbejdet²⁰³.

Dyer og Singh forholder sig ikke til hvordan relationsrenten tager form, og den kan dermed ses som flere forskellige typer af gevinster, hvor det fælles for disse er, at renten opstår som et resultat af samarbejdet.

2. STRATEGISKE ALLIANCER

Det overordnede mål med strategisk kontrahering er at skabe et partnerskab, hvorigennem der opnås en konkurrencefordel²⁰⁴. Strategiske alliancer defineres som “... *an agreement between firms to do business together in ways that go beyond normal company-to-company dealings, but fall short of a merger or a full partnership*”²⁰⁵. Der er således tale om alliancer hvor de samarbejdende virksomheder fortsat er selvstændigt aktive enheder hvorfor der kan være usikkerhed mellem parterne, men hvor de dog samtidig er indbyrdes afhængige²⁰⁶. Strategiske alliancer defineres endvidere som samarbejder, hvor to eller flere virksomheder arbejder sammen for at opnå strategiske mål, som kommer de involverede parter til gode²⁰⁷.

2.1 Kombinerer af ressourcer

Det overordnede strategiske mål for alliancepartnerne er en deling af ressourcer for at skabe en værdi, som parterne ikke kunne opnå ved at handle alene. Dette kan ske ved, at partnerne kombinerer deres finansielle eller tekniske ressourcer til at udføre en fælles opgave, hvorved der opstår mulighed for omkostningsbesparelser ved stor- eller samdriftsfordele eller muligheden for at udføre større projekter ved deling af risici imellem parterne²⁰⁸.

²⁰² Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 662

²⁰³ Harrigan, Kathryn Rudi: *Managing for Joint Venture Success*, Simon and Schuster, 1986, s. 9

²⁰⁴ Petersen & Østergaard: *Reconciling Contracts and Relational Governance through Strategic Contracting*, 2017, s. 7

²⁰⁵ Wheelen & Hunger: *Strategic Management*, 2000, s. 125

²⁰⁶ Inkpen: *Strategic Alliances*, 2009, s. 3

²⁰⁷ Elmuti & Kathawala: *An overview of strategic alliance*, 2001, s. 205

²⁰⁸ Inkpen: *Strategic Alliances*, 2009, s. 4-5

Dannelse af samt implementering og vedligeholdelse af strategiske alliancer kræver tid. Dette kan være en udfordring for tilbudskonsortier som er tidbegrænsede. En vurdering af om indgåelse i et strategisk samarbejde er givende, vil således afhænge af længden af kontrakten.

2.2 Hvilken merværdi kan skabes ved strategiske alliancer?

2.2.1 Nye markeder

Strategiske alliancer dannes bl.a. for at penetrere nye markeder. At danne et partnerskab med en virksomhed, som befinder sig på det marked man ønsker at træde ind på, reducerer den tid man ellers benytter på at etablere sig på markedet. Dette hvis man eksempelvis udliciterer til en anden virksomhed, som allerede optræder på markedet²⁰⁹. Derudover kan alliancer med nye samarbejdspartnere skabe mulighed for, at samarbejdet kan tilgå nye markeder, som ingen af parterne har haft mulighed for at penetrere hver for sig.

Konsortiers indgåelse i strategiske alliancer kan lede til muligheden for at tilgå nye markeder, som parterne ikke tidligere har haft mulighed for at træde ind på.

2.2.2 Ny teknologi

Indgåelse af strategiske alliancer kan endvidere anvendes for at tilgå ny teknologi. Konsortieparter som kombinerer allerede eksisterende teknologi kan ved at kombinere denne muligvis skabe ny teknologi. Hvis virksomheder ikke alene har adgang til eller kan udvikle teknologi som gør dem i stand til at konkurrere effektivt på markedet, kan de samarbejde med virksomheder, som har den teknologi de behøver og dette kan således gøre dem konkurrencedygtige. Dette kan ligeledes opstå ved en kombineret af parternes teknologi²¹⁰, som også ses udspecificeret ovenfor²¹¹.

²⁰⁹ Elmuti & Kathawala: *An overview of strategic alliance*, 2001, s. 206

²¹⁰ Elmuti & Kathawala: *An overview of strategic alliance*, 2001, s. 206

²¹¹ Se kap. 4, afsnit 2: *Kombinering af komplementære ressourcer*

2.2.3 Stor- og samdriftsfordele

Strategiske alliancer kan ydermere dannes for at opnå stordriftsfordele ved at samle økonomiske aktiviteter som råmaterialetilførsel, fremstilling, markedsføring og distribution. Her vil omkostningerne pr. produceret enhed falde ved en øget produktion. Omkostningerne kan ligeledes falde ved at outsource dele af virksomhedens funktioner til andre, som kan levere eksempelvis service eller produktion, bedre og billigere. Der kan således være omkostningsbesparelser forbundet med alliancen.

Konsortier kan ligeledes indgå i strategiske alliancer for at opnå stor- og samdriftsfordele. Dette gør parterne i stand til at byde på en kontrakt, hvor omkostningerne ellers er for store at bære for parterne hver for sig. Hvis parterne indgår i et samarbejde og dermed bliver i stand til at levere en større mængde vil omkostningerne pr. produceret enhed falde og muligvis gøre parterne i stand til at levere på en opgave, som ellers havde været for omkostningstung.

2.2.4 Reducering af risici

Derudover forekommer alliancedannelse for at reducere risici og fremme stabilitet. Alliancer kan være en attraktiv mulighed ved store, risikable projekter, da ingen af parterne behøver at bære de fulde omkostninger ved ventureaktiviteten. Hvis virksomheder derfor finder, at den finansielle risiko forbundet med udvikling af et nyt produkt er for stor, kan de således sprede risikoen imellem sig²¹².

Alliancer kan ydermere dannes ved udvikling af nye produkter, hvor omkostningerne til udvikling kan være byrdefulde for den enkelte økonomiske aktør. Muligheden for at sprede den økonomiske risiko over flere parter, kan således gøre det muligt for alliancen at foretage de nødvendige investeringer.

Såfremt samarbejdsformen vælges, kan det lede til gevinster i form af omkostningsbesparelser ved stor- og samdriftsfordele samt nye eller forbedrede produkter/teknikker som resultat af muligheden for at dele den finansielle eller tekniske risiko ved projektet. Dette resulterer i gevinster og fordele, som muligvis kan understøtte en fritagelse, jf. art. 101, stk.

²¹² Elmuti & Kathawala: *An overview of strategic alliance*, 2001, s. 207

3. De tiltag som strategiske alliancer kan foretage og som leder til merværdi og således muligvis kan understøtte en fritagelse præsenteres nedenfor.

Nedenfor vil en kombineret af komplementære ressourcer introduceres. Komplementaritet som nævnt ovenfor, vil være det overordnede mål for strategiske alliancer og kan forekomme ved en kombineret af eksisterende viden, hvor der skabes synergieffekter som opstår grundet parternes nuværende ressourcer. Dette da man deler noget med den anden part, som ikke var tilgængeligt uden for samarbejdet og der således opstår en merværdi, som parterne ikke kunne opnå alene.

3. KOMBINERING AF KOMPLEMENTÆRE RESSOURCER

For at opnå relationsrente ved hjælp af strategisk kontrahering kan det være nødvendigt at virksomhederne kombinerer ressourcer²¹³.

Dyer og Singh definerer komplementære ressourcer som “... *distinctive resources of alliance partners that collectively generate greater rents than the sum of those obtained from the individual endowments of each partner.*”²¹⁴ Det betyder, at samarbejdspartnere, som kan kombinere sjældne, værdifulde og ikke-substituerbare ressourcer, kan skabe en konkurrencemæssig fordel og her vil samarbejdet og en kombineret af disse ressourcer være en afgørende kilde til at skabe synergi²¹⁵ og dermed en overnormal profit.

Et eksempel hvor denne kombineret af to selskabers ressourcer forekom var ved samarbejdet mellem Coca Cola og Nestlé i forbindelse med distribution af varme drikkevarer på dåse i Japan. Her kombinerede man Nestlés brands og kompetencer til at udvikle og producere kaffe og te produkter, med Coca Colas stærke internationale distributionsnetværk og netværk indenfor salgsautomater²¹⁶. Dette betød, at samarbejdet og kombineret af parternes ressourcer gjorde dem i stand til at skabe en konkurrencefordel overfor samarbejdets japanske konkurrenter, hvilket ikke havde været muligt, hvis parterne ikke havde indgået i

²¹³ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 666

²¹⁴ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 666-667

²¹⁵ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 667

²¹⁶ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 667

dette samarbejde. Dermed skabtes en relationsrente, som ikke havde været mulig uden for samarbejdet mellem Nestlé og Coca Cola.

En kombineret af ressourcer vil være aktuelt for konsortier, hvor parterne netop går sammen fordi de ressourcer de har til rådighed hver for sig, ikke vil gøre dem i stand til at leve op til de kapacitetskrav som er i udbuddet. Dette kunne indbefatte udvælgelseskriterier som kan være til den økonomiske aktør eller de tildelingskriterier, som kan være til selve tilbudet.

I et konsortium vil en kombineret af parternes ressourcer til at skabe relationsrente være mulig, hvis ressourcerne således er komplementære. Hvis konsortiets ressourcer ikke er komplementære, vil en kombineret af disse ressourcer ikke resultere i opnåelse af merværdi. Den kapacitet de hver især har, vil være lige så stor som den de samlet set vil have og dermed vil der ikke opstå en synergieffekt. Parterne vil, i et sådan tilfælde, kunne finde ressourcerne et andet sted, eksempelvis ved at indgå i partnerskab med en leverandør som tilbyder samme produkt.

Ved komplementaritet er det væsentligt, at parterne ikke kan finde/få de relevante ressourcer på et andet marked, og at ressourcerne som opnås ved partnerskabet ikke kan deles mellem parterne. I samarbejdet mellem Nestlé og Coca Cola ville parterne ikke kunne have opnået samme resultat med en anden samarbejdspartner, og parterne ville ikke have haft mulighed for at dele ressourcerne mellem dem, da den konkurrencefordel de havde opnået ved samarbejdet og ved en kombineret af deres produkter i så fald ville forsvinde.

En kombineret af parternes komplementære ressourcer kan således lede til synergieffekter, hvor parterne ved en sammenlægning af ressourcer kan opnå mere end hvis parternes ressourcer var opdelt imellem dem. Synergier defineres som effektivitet opnået gennem integrationen af parternes unikke og svære at omsætte aktiver²¹⁷ og anses også som en mulig måde, hvorpå virksomheder kan opnå effektivitetsgevinster.

I et konsortium vil det være en kombination af konsortiemedlemmernes ressourcer, som skal give dem mulighed for at opnå relationsrente, og hvis parterne hver især trækker deres

²¹⁷ Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 241

ressourcer fra dette partnerskab, vil de ikke være i stand til at overholde kontrakten – dermed må parternes komplementære ressourcer anses som udelelige, da de ikke kan byde ind på kontrakten, hvis man forsøgte at dele dem.

For at opnå synergieffekter ved en kombineret af ressourcer kan samarbejdspartnere kombinere deres eksisterende viden for bl.a. at optimere et eksisterende produkt eller en proces eller for at skabe et helt nyt produkt.

3.1 Kombineret af vidensdeling

Dyer og Singh identificerer vigtigheden af en høj grad af udveksling af viden til at opnå relationsrente. Da konsortieparter ikke ligger inde med viden om hinandens virksomheder og aktiviteter vil det være relevant at dele viden når man indgår i et samarbejde.

3.1.1 Kombineret af information

Der defineres to typer viden – information og knowhow²¹⁸. Information defineres som viden, som er let at kodificere og kan overføres uden tab af integritet, når det er muligt at dechiffrere indholdet. Information udtrykker oftest et faktuel udsagn²¹⁹, som eksempelvis at en given virksomhed har en årsomsætning på 5 mio. kr., hvilket fremgår af selskabets årsregnskab.

Information vil kunne imiteres og overføres af parternes konkurrenter, som herefter vil kunne benytte/efterligne informationen, da information ikke er specifik for den givne relation. Dermed vil det være svært at skabe en konkurrencefordel på baggrund af information, da konkurrenter har let adgang til denne viden og kan benytte den, hvorefter konsortiets fordel vil forsvinde. Der vil således ikke være tale om en *sjælden, værdifuld og ikkesubstituerbar* viden.

Ved udvælgelse af den rigtige samarbejdspartner i forbindelse med indgåelse i et konsortium vil udveksling af information dog være relevant, da det skal undersøges om parterne

²¹⁸ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 665

²¹⁹ Kogut & Zander: *Knowledge of the firm and the evolutionary theory of the multinational corporation*, 1993, 631

tilsammen lever op til de udvælgelseskriterier, som er til de økonomiske aktører i udbuddet. Det kan blandt andet være viden om omsætning, arbejdsstyrke, faciliteter og lignende.

3.1.2 Kombinerer af knowhow

Knowhow defineres som viden der er kompleks og svær at afkode, hvilket gør denne viden svær at efterligne og overføre. Denne type viden kan således ikke imiteres af parter udenfor samarbejdet. Da knowhow er sværere at imitere og overføre til andre samarbejder, vil dette sammenlignet med information, kunne resultere i en bæredygtig og længerevarende konkurrencefordel²²⁰. Da den er specifik for det givne samarbejde og ikke kan imiteres og overføres, vil vidensdeling i form af knowhow på længere sigt, kunne skabe en vedvarende konkurrencefordel.

Anvendelse af knowhow vil kræve, at samarbejdet er længerevarende, da det kræver tillid mellem parterne som udvikles over tid. Udvikling af fælles knowhow kan medvirke til at bevare relationsrente, når der er opstået tillid mellem parterne. Ved indgåelse i et samarbejde kan en kombinerer af eksisterende knowhow dog bidrage til at skabe relationsrente, da parterne hver især kan besidde viden som kan kombineres og dertil skabe noget særegent. Dette eksempelvis i form af en forbedret produktion eller udviklingen af et nyt produkt. Parter som er i stand til både at dele viden og lærer fra hinanden kan således skabe og sikre relationsrente, hvilket kan udkonkurrere konkurrenter med en lavere grad af vidensdeling. Dette hvis parterne i samarbejdet har tillid til hinanden og kan udnytte den udvidede erfaring og ekspertise. Dette vil ligeledes kunne føre til en øget konkurrence da samarbejdet muligvis frembringer konkurrencedygtige produkter på markedet.

3.2 Udfordringer

Dyer og Singh opstiller nogle hypoteser i forbindelse med de udfordringer, som parterne kan møde ved at indgå i de strategiske samarbejder. Først og fremmest fremhæves det, at virksomheders evne til at generere relationsrente ved en kombinerer af komplementære ressourcer øges som resultat af 1) virksomhederne erfaring med at indgå i samarbejder, 2)

²²⁰ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 665

hvor mange udgifter virksomhederne vil lægge i interne undersøgelser og evaluering af samarbejdet og 3) hvor mange udgifter de vil afholde i forbindelse med at holde sig løbende opdateret om potentielle partnerskaber²²¹.

Derudover vil parternes mulighed for at udnytte de komplementære ressourcer også afhænge af hvor kompatible de samarbejdende parter i konsortiet er – relationsrente kan kun opnås, hvis parterne har systemer, processer og en kultur som er forenelige. Herigennem opnås hvad Dyer og Singh definerer som *organizational complementarity*²²², hvor det ikke kun er ressourcerne som kombineres, som skal være komplementære for at opnå relationsrente, men også hvor det organisatoriske samarbejde mellem parterne må være kompatibelt.

For at sikre at samarbejdet bliver en succes kræves det, at virksomhederne foretager en grundig vurdering af, hvorvidt de potentielle alliancepartnere er kompatible med deres egen virksomhed. En mulighed for at skabe et stærkere fundament for strategiske samarbejder er, at kontrahere med parter, som har lignende ledelsesfilosofi, strategier og idéer²²³. En inkompatibel kulturel kemi samt mangel på tillid og forskelle i procedurer og attitude imellem de samarbejdende virksomheder kan skabe udfordringer, så som miskommunikation og mistillid²²⁴.

Komplementaritet vil skabe synergieffekter for parterne, som opnår noget de ikke var i stand til hver for sig. En kombineret af parternes eksisterende ressourcer, så som knowhow, kan således resultere i en relationsrente. Komplementaritet kan således skabe relationsrente, som kan ses som flere forskellige typer af gevinster, heriblandt stor- og samdriftsfordele.

4. STOR- OG SAMDRIFTSFORDELE

En gevinst ved strategiske alliancer kan være opnåelsen af stor- og samdriftsfordele. Disse former for fordele vil være omkostningsfordele som opstår ved en øget produktion eller en udvidelse af produktsortimentet.

²²¹ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 668

²²² Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 668

²²³ Elmuti & Kathawala: *An overview of strategic alliance*, 2001, s. 210

²²⁴ Elmuti & Kathawala: *An overview of strategic alliance*, 2001, s. 208-209

Virksomheder der danner konsortier, kan muligvis, som det også ses ved fusioner, reorganisere deres produktion, hvilket kan optimere arbejdsdelingen og dermed opnå stordriftsfordele eller sænke deres omkostninger grundet fælles produktion og dermed opnå samdriftsfordele²²⁵.

4.1 Stordriftsfordele

Stordriftsfordele (*economies of scale*) defineres som den situation, hvor prisen pr. produceret enhed falder, som resultat af en forøgelse af den totale producerede mængde²²⁶. Omkostningsfordelene ved den øgede produktion af en given enhed vil lede til at produktionsomkostningerne pr. enhed falder. Omkostningsfordelene opstår således fordi virksomhedens omkostninger ved at producere fordeles over et større antal varer²²⁷.

Stor- og samdriftsfordele kan opstå på flere måder. Spredning af faste omkostninger er den mest almindelige kilde til at opnå stordriftsfordele og indebærer, at omkostningerne spredes over et større antal enheder. Faste omkostninger er de omkostninger til produktionen som er konstant, uanset produceret mængde²²⁸. Det kan forklares ved at se på distribution eller produktion. Transportomkostningerne for et containerskib som sejler med containere skal afholdes uanset om skibet kun er fyldt den ene vej. Hvis et dansk skib fragter varer til Sydamerika, men ikke har nogle varer som skal sendes den modsatte vej, vil skibet være tomt på tilbagevejen. De faste transportomkostninger, som er forbundet med turen frem og tilbage, er dog stadig til stede, selvom der ikke er noget fragt fra Sydamerika til Danmark.

Hvis den danske virksomhed samarbejdede med en sydamerikansk virksomhed, som ønskede at transportere varer fra Sydamerika til Danmark, vil samarbejdet betyde at parterne kunne benytte det samme containerskib til begge fragter, i stedet for at skulle anskaffe sig og afholde faste omkostninger til to separate skibe. Dermed vil omkostningerne til fragten således reduceres og de samlede omkostninger pr. vare vil falde.

Stordriftsfordele kan ligeledes ses ved en produktionsenhed. Hvis produktionsenheden har

²²⁵ Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 240

²²⁶ Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 240

²²⁷ Besanko m.fl.: *Economics of Strategy*, 2010, s. 42

²²⁸ Besanko m.fl.: *Economics of Strategy*, 2010, s. 45

en kapacitet til at producere 1 mio. varer om året og har en årlig fast omkostning på 2 mio. kr., er omkostningerne til hver produceret vare 2 kr. I tilfælde, hvor produktionsenheden i stedet fordobler deres produktion, så der i stedet produceres 2 mio. varer og fortsat har den samme faste årlige omkostning på 2 mio. kr., vil omkostningerne til hver produceret vare falde til det halve (dvs. 1 kr. pr. stk.).

Stordriftsfordele kan opnås ved at virksomheder slår deres produktionsenheder sammen for at øge produktionen. Ved at sammenlægge virksomhedernes produktion kan der både opnås besparelser ved at udvide produktionen samt ved at udnytte produktionsenhedernes kapacitet fuldt ud.

Besanko m.fl. fremhæver, at stordriftsfordele kan opstå ved at virksomhederne sammenlægger deres lagre, hvorved omkostninger til opbevaring mindskes²²⁹. Omkostninger til lagre kan øge de gennemsnitlige omkostninger for varerne. I særlige sektorer såsom hospitaler, er det vigtigt at sikre, at beholdninger af medicin eller blod forbliver på et bestemt niveau, så man ikke risikerer at udgå. En sikring mod ikke at kunne levere øger omkostningerne til opbevaring og risikoen for at varen ikke bliver omsat. Her kan det være fordelagtigt for hospitaler at sammenlægge lagerbeholdningen af medicin og blod. Dette da der opnås omkostningsbesparelser ved blot at skulle opbevare den pågældende medicin/blod et sted og samtidig kan reservebeholdningen, som er nødvendig at have for at sikre mod at udgå, sænkes.

4.2 Samdriftsfordele

Ligesom stordriftsfordele kan samdriftsfordele også lede til effektivitetsgevinster. Samdriftsfordele er den fordel som opstår ved at de totale omkostninger pr. produceret vare reduceres ved at producere forskellige typer af varer på samme sted²³⁰. Samdriftsfordele (*economies of scope*) defineres således som en situation, hvor prisen pr. produceret enhed falder, fordi to eller flere varer produceres sammen²³¹. Ved at producere to varer på samme produktionsanlæg, hvis egenskaber eller produktionsmetode er lignende, kan der således skabes en bedre udnyttelse af investeringen i anlægget, som ikke blot benyttes til produktion

²²⁹ Besanko m.fl.: *Economics of Strategy*, 2010, s. 52

²³⁰ Besanko m.fl.: *Economics of Strategy*, 2010, s. 43

²³¹ Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 240

af den ene vare, men til produktion af begge.

Virksomheder som producerer motorer til biler kan udvide produktionen til også at inkludere produktionen af motorer til andre motorkøretøjer, såsom motorcykler eller el-cykler. Omkostningsbesparelsen opnås idet virksomhederne allerede har foretaget de grundlæggende investeringer for produktion af motorer. En udvidelse af produktionen vil ikke kræve flere investeringer, men vil modsat resultere i en bedre udnyttelse af den investering der allerede er foretaget. Dette ved at kunne producere flere lignende varer på samme produktionsanlæg.

Virksomheder som producerer lignende varer såsom almindeligt skrivepapir og papir til trykte bøger vil kunne drage nytte af at sammenlægge produktionen af deres varer idet de kan opnå omkostningsbesparelser ved at udnytte allerede foretagne investeringer i produktionsanlæg til at producere begge typer af papir.

For konsortier kan en sammenlægning af parternes produktion medføre omkostningsfordele som kan medvirke til at gøre konsortiet konkurrencedygtigt.

Ovenfor ses, at konsortier kan opnå stor- og samdriftsfordele ved en øget produktion eller ved produktion af forskellige varer på basis af samme produktionsinstallationer. Dette kan ske ved, at parterne samler deres produktion på samme geografiske placering. Dersom dele af produktionsprocessen anbringes fysisk tæt på hinanden, vil det være muligt at skabe en reduktion i inventar og transportomkostninger.

Hvis stor- og samdriftsfordele skal anvendes ved en vurdering af konsortiets mulighed for fritagelse efter art. 101, stk. 3 skal de fordele som samarbejdet medfører kunne identificeres. De mulige stor- og samdriftsfordele kan identificeres ud fra parternes aktuelle ressourcer og finansielle kapacitet. Fordelene vil således opstå ved at parterne kombinere deres ressourcer og dermed opnår omkostningsbesparelser.

De udbud som parterne skal byde på, kan være af betydeligt omfang og dermed kræve større finansielle investeringer. En måde hvorpå økonomiske aktører gives mulighed for at deltage i udbud, som ellers kan have større finansiell risiko forbundet med sig, kan ligeledes indgå i strategiske alliancer for at dele risikoen imellem sig. Risikodeling kan således medvirke til skabelsen af relationsrente.

5. RISIKODELING

Indgåelse i strategiske alliancer kan forekomme når parter ønsker at dele risiko imellem sig. Følgende afsnit vil afdække hvorfor virksomheder kan opleve et behov for at sprede risiko. Ud fra nytteteori vil de risikoprofiler som virksomheder kan have blive præsenteret. Dernæst vil inddrages principal/agent teori til at afdække hvilke faktorer som kan afgøre hvor stor risiko virksomheder er villige til at påtage sig. Ydermere vil afsnittet undersøge hvordan parterne kan reducere risiko.

Risiko undersøges endvidere for at afklare hvorfor konsortiesamarbejder kan foretrække at dele risiko imellem sig.

5.1 Risikoprofiler

Der findes flere forskellige risikoprofiler (se Figur 1 nedenfor), som vil være afgørende for hvor stor risiko man vil påtage sig.

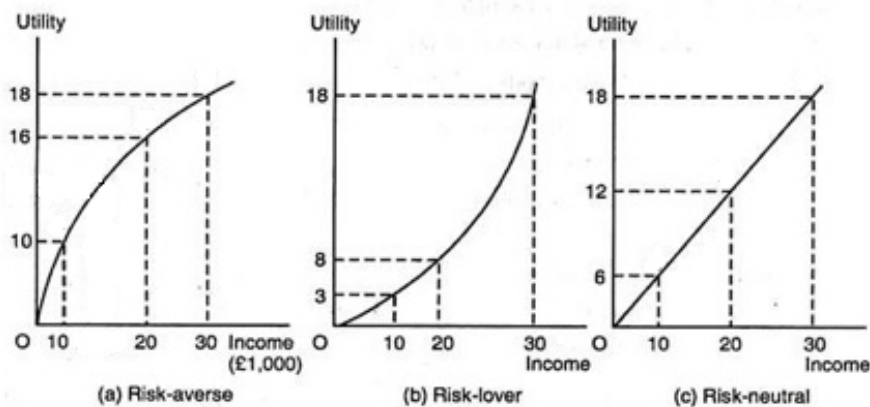
For en risikoavers person (a) fremgår det, at den stigning i nytte, som fremkommer ved at foretage en investering som giver gevinst, vil give personen et større tab i nytte, hvis samme investering slog fejl. En person som har en rigdom på 20, har en nytte på 16. Hvis personen modtog yderligere 10 enheder af rigdom, så hun nu havde 30, vil det resultere i en stigning i nytten på 2, hvor nytten samlet set nu var 18. Hvis samme person dog modsat mistede 10 enheder af rigdom vil det resultere i et fald i vedkommendes nytte på 6, hvilket vil betyde en samlet nytte på 10.

Det ses at en risikoavers person vil miste en større andel af sin nytte (6) ved at tabe 10 enheder af rigdom. Modsat vil personen kun få en mindre stigning i nytte (2) ved at modtage samme antal enheder af rigdom. Denne person vil derfor være mere tilbøjelig til ikke at foretage en investering, da risikoen for at tabe vil have større betydning for personen end chancen for at vinde (6 i stedet for 2). En risikoavers person vil derfor ikke vælge at foretage en sådan investering. For risikoaverse personer vil muligheden for at tabe X kr. således skade mere end det vil gavne at modtage X kr.²³²

²³² Harrington & Niehaus: *Risk management & insurance*, 2003, s. 164

En risikovillig person (b) vil opleve en stigning i nytte på 10 ved at foretage samme investering som gav gevinst. Personens nytte vil falde med 5, i det tilfælde at han tabte 10 hvis investeringen slog fejl. En risikovillig person vil derfor være mere tilbøjelig til at foretage investeringer, da det vil resultere i en højere stigning i nytte end hun vil tabe i nytte hvis investeringen slog fejl (en stigning fra 8 til 18, modsat et fald fra 8 til 3).

En risikoneutral person (c) vil være indifferent i forhold til om hun skal foretage investeringen. Hvis personen foretager en investering på 10, vil det resultere i en stigning i nytten på 6, hvilket er det samme fald i nytte, som vedkommende vil opleve hvis hun mistede investeringen (et fald i nytte på 6). En risikoneutral persons nytte er således proportional med hans rigdom.



Figur 1 – Risikoprofiler²³³

For en risikoavers person vil marginalnyttens²³⁴ være aftagende, men positiv og således afspejle, at den næste enhed af rigdom vil have mindre betydning end den foregående²³⁵. Dette modsat en risikovillig person, hvis marginalnytte vil være tiltagende positiv og således afspejle, at den næste enhed af rigdom giver større nytte end den foregående. Derudover ses også risikoneutrale personer, hvis marginalnytte vil have konstant positiv hældning og afspejle, at den næste enhed af rigdom har samme nytte som den foregående.

²³³ *Choice Under Uncertainty (With Diagram)* - Figur hentet fra: <http://www.economicdiscussion.net/choice-under-uncertainty/choice-under-uncertainty-with-diagram/16314>

²³⁴ Den yderligere tilfredsghed/nytte en person en ekstra enhed af rigdom er personens marginalnytte

²³⁵ Cather: *A gentle introduction to risk aversion and utility theory*, 2010, s. 130

Det ses at der forekommer tre risikoprofiler, som vil have betydning for stor risiko man er villig til at påtage sig. Nedenfor vil der ses nærmere på den risikoaverse profil, som er den hyppigst forekommende.

5.1.1 Risikoaversion

En af de væsentligste grunde til, at virksomheder såvel som personer ønsker at dele risiko imellem sig er risikoaversion. Risikoaversion indebærer, at man foretrækker et mindre risikofyldt alternativ i modsætning til et alternativ med større usikkerhed. En risikoavers person vil således foretrække at betale et bestemt beløb som kendes med sikkerhed for at eliminere risikoen for at miste en stor og ukendt portion penge i fremtiden²³⁶.

5.2 Principal/agent teori

I principal/agent teori ses det, at principalen er risikoneutral og agenten er risikoavers. Rationalet er, at agenten i mindre grad kan sprede risikoen, hvorimod principalen har mulighed for at sprede risikoen over flere investeringer²³⁷. Principalen antages derfor, grundet sin forretningsspredning at være risikoneutral, mens agenten, som ikke antages at have samme mulighed for diversificering, antages at være risikoavers.

Den risiko virksomheder er villige til at påtage sig afhænger dermed af den risikoprofil de har. Risikoprofilen afhænger af hvor stor muligheden for risikospredning er. Virksomheder, som eksempelvis er en del af en større koncern, er oftest mere villige til at påtage sig den risiko, som kan være forbundet med at foretage investeringer, da de kan dele risikoen ud på flere foretagender. Mindre virksomheder, som ikke kan sprede risiko og dermed må bære risikoen selv, vil muligvis modsat være mere risikoaverse. Derfor kan en deling af risikoen via samarbejder, som eksempelvis konsortier, således afhjælpe den usikkerhed, som kan være forbundet med om man vinder udbuddet, foretager nye investeringer etc., ved at sprede den ud på flere parter.

²³⁶ Cather: *A gentle introduction to risk aversion and utility theory*, 2010, s. 128

²³⁷ Bergen et al.: *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*, 1992, s. 4

5.3 Risikoaverse virksomheder

Det ses af principal/agent teorien, at en spredning af risiko kan reducere denne. For risiko-averse virksomheder, som ønsker at byde på en given udbudt opgave, vil spredning af risiko på flere parter, kunne opnås ved at sprede risikoen ud på flere konsortieparter. Hvis projektet slår fejl, vil der være flere parter til at dække omkostningerne til det fejlslagne projekt. Det kan være fordelagtigt ved udbud, hvor der kan opstå finansiel risiko ved, at parterne har foretaget større investeringer i projektet. Man kan ligeledes forestille sig, at risikoaverse virksomheder ønsker at dele usikkerheden forbundet med ikke at vinde opgaven, ud på flere parter. De omkostninger som er forbundet med at udforme tilbud etc. kan således mindskes ved at dele risikoen, for ikke at vinde kontrakten, ud på flere.

Ved at lade konsortieparter byde sammen skabes en mulighed for at parterne kan deltage i udbuddet trods en større finansiel risiko, som parterne ikke alene kan påtage sig.

Risikodeling vil ikke alene kunne skabe relationsrente, men kan skabe muligheden for at foretage strategiske tiltag som skaber relationsrente.

Det er dog interessant at overveje hvilken risikoprofil virksomheder har, da det kan indikere, hvor stor risiko de kan/vil påtage sig. Større virksomheder, så som aktieselskaber, har mulighed for at sprede risiko på mange og vil derfor være mere risikoneutrale/risikovillige end mindre virksomheder, som ikke kan sprede risikoen over flere foretagender og således vil være mere risikoaverse.

6. DELKONKLUSION

I dette kapitel er strategiske tiltag og alliancer, som kan sikre konsortieparter en merværdi, blevet præsenteret. Denne merværdi kan defineres som relationsrente og er den værdi parterne kan opnå ved at indgå i et specifikt samarbejde. Det vil således være en rente, som kun kan opnås af parterne i fællesskab og som vil sikre samarbejdspartnerne en konkurrencefordel.

Ved at indgå i strategiske alliancer kan parterne således søge at opnå en konkurrencefordel. Dette ses gjort ved at kombinere parternes komplementære ressourcer. Et incitament for at indgå i strategiske samarbejder er således muligheden for at kombinere parternes ressourcer, hvis parterne efterspørger ressourcer de ikke selv har rådighed over og som er nødvendige

for at skabe en konkurrencefordel. En kombineret af parternes komplementære ressourcer kan skabe synergieffekter, som kan resultere i bl.a. udvikling af nye produkter samt omkostningsbesparelser. Disse omkostningsbesparelser kan bl.a. ses som stor- og samdriftsfordele, som opnås ved bl.a. at sammenlægge parternes aktiver og dermed opnå bedre udnyttelse af kapacitet og ressourcer.

Ved at kombinere ressourcer og således opnå eksempelvis stordriftsfordele, kan samarbejdet møde større risici som er forbundet med den usikkerhed som nye produkter/processer/projekter kan medføre. Strategiske alliancer kan ligeledes sikre en risikodeling mellem parterne. Dette da mange virksomheder må antages at være risikoaverse og ikke ønsker, at påtage sig for stor risiko alene. Denne kan således mindskes ved en deling mellem flere samarbejdspartnere og således muliggøre opnåelse af merværdi hos parter som ikke hver for sig ville bære risikoen forbundet med opgaven.

En udfordring for konsortier ved anvendelse af strategiske samarbejder til opnåelse af relationsrente er, at forudsætningerne for anvendelsen er bedst ved længerevarende samarbejder. Det skal derfor overvejes om samarbejdet har en længde som giver mulighed for at realisere de fordele som strategiske samarbejder medfører.

Det ses at komplementaritet, stor- og samdriftsfordele og deling af risici kan skabe eller bidrage til skabelsen af relationsrente for konsortieparter.

Nedenfor vil det være interessant at undersøge om den merværdi som skabes ved at kombinere parterne ressourcer, bl.a. i form af udvikling af nye produkter eller omkostningsbesparelser, og en deling af den risiko, som kan være forbundet med udviklingen heraf, kan benyttes som juridisk argumentation for fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF.

KAPITEL 5 – KONSORTIERS FRITAGELSE EFTER ART. 101, STK. 3 TEUF

I følgende kapitel belyses det, om den merværdi som skabes ved strategiske alliancer, kan resultere i, at konsortier kan benytte sig af den individuelle fritagelse, som findes i art. 101, stk. 3 TEUF og ikke falder ind under forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler som ses af art. 101, stk. 1 TEUF. I kapitel 3 konkluderes det, at konsortier ofte kan anses som værende konkurrencebegrænsende aftaler, grundet bl.a. priskoordinering.

Det er interessant at belyse da Domstolen endnu ikke har forholdt sig til de konkurrenceretlige udfordringer, som et konsortium kan medføre²³⁸.

Ved at tage udgangspunkt i den merværdi som kan skabes ved en kombineret af parternes komplementære ressourcer, bl.a. i form af stor- og samdriftsfordele, samt ved deling af risici, som kan være nødvendig for risikoaverse virksomheder, vil det påvises om de gevinster kan ses af den juridiske argumentation for opnåelse af effektivitetsgevinster.

Hertil inddrages relevante afgørelser fra EU-Domstolen samt Kommissionens afgørelser i forbindelse med joint ventures, som kan påvise, hvilke juridiske argumenter, som kan inddrages ved en vurdering af konsortiesamarbejder. Ydermere inddrages ligeledes nationale afgørelser fra Danmark såvel som andre EU-lande for at belyse hvordan retspraksis har defineret effektivitetsgevinster. Det gøres for at undersøge, hvilke juridiske argumenter EU-Domstolen vil ligge til grund ved en konkurrenceretlig vurdering af konsortiedannelse.

1. FRITAGELSE AF KONSORTIER EFTER ART. 101, STK. 3 TEUF

Art. 101 TEUF om ulovlige samarbejdsaftaler er, som tidligere nævnt, inddelt i tre dele. Art. 101, stk. 1 definerer forbuddet, art. 101, stk. 2 statuerer ugyldigheden af en aftale i strid med forbuddet, mens art. 101, stk. 3 etablerer en juridisk gyldig undtagelse til forbuddet.

Der er fire betingelser for hvornår en virksomhed kan benytte sig af den individuelle fritagelse. Betingelserne er kumulative og skal således alle være opfyldt for at fritagelsen kan benyttes²³⁹. Art. 101, stk. 3 foreskriver, at art. 101, stk. 1 TEUF findes uanvendelig på aftaler ”... som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der: a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.”²⁴⁰

²³⁸ For nærmere, se indledning til kapitel 3

²³⁹ Se bl.a. sag T-528/93, *Métropole Télévision SA mod Kommissionen*, præmis 93

²⁴⁰ Art. 101, stk. 3, TEUF

Betingelserne som ses af bestemmelsen kan opdeles i to positive og to negative betingelser²⁴¹ og foreskriver: 1) at aftalen resulterer i fordele, 2) at en rimelig andel af denne fordel videreføres til forbrugerne, 3) at aftalen er en nødvendighed for at nå disse mål, og 4) at konkurrencen ikke elimineres for en væsentlig del af de pågældende varer.

Der skal foretages en afvejning af, om de positive virkninger som aftalen vil have kan opveje det konkurrencebegrænsende formål eller de konkurrencebegrænsende virkninger som aftalen kan have. Aftalen vil ikke kunne anvende fritagelsen, så snart de fire kriterier ikke længere opfyldes²⁴².

Som anført er de fire betingelser for individuel fritagelse kumulative og skal således alle være opfyldt for at konsortiet kan benyttes fritagelsen. Fokus i afhandlingen er på den første betingelse, som omhandler effektivitetsgevinster.

2. HVORDAN OPFYLDES BETINGELSEN OM EFFEKTIVITETSGEVINSTER?

Det relevante i følgende afsnit vil være at belyse hvordan de strategiske tiltag kan skabe eller medvirke til at skabe en relationsrente, som kan anses som effektivitetsgevinster og således muliggøre en fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF.

For at konsortieaftalen kan siges at opfylde den første betingelse i TEUF art. 101, stk. 3 angående effektivitetskravet skal denne 1) forbedre *produktionen* af varer eller tjenesteydelser, 2) forbedre *fordelingen* af varer eller tjenesteydelser, 3) fremme den *tekniske* udvikling eller 4) fremme den *økonomiske* udvikling²⁴³. Det må bero på en objektiv vurdering af de fordele og ulemper, som samarbejdet kan medføre. EU-Domstolen har fastlagt, at samarbejdet skal påvise mærkbare objektive fordele, som skal være så betydelige at de opvejer de ulemper, som samarbejdet kan medføre²⁴⁴.

Kommissionen skelner mellem to former for effektivitetsgevinster: *kvalitative effektivitetsgevinster* og *kvantitative effektivitetsgevinster*.

Kvalitative effektivitetsgevinster kan ses som tekniske og teknologiske fremskridt, som kan

²⁴¹ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 34*

²⁴² Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 44*

²⁴³ Art. 101, stk. 3 TEUF samt Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 48*

²⁴⁴ Forenede sager 56/64 og 58/64, *Consten og Grundig mod Kommissionen*, s. 261

lede til nye eller forbedrede varer. Det kan ske ved en kombineret af ressourcer, som skaber synergieffekter, hvilket danner effektivitetsgevinster af kvalitativ art²⁴⁵.

De kvantitative effektivitetsgevinster er omkostningsbesparelser, som opstår på baggrund af en kombineret af ressourcer som leder til synergieffekter i form af udvikling af ny produktionsteknologi og nye produktionsmetoder, stor- og samdriftsfordele eller bedre produktionsplanlægning²⁴⁶.

Det undersøges hvordan en kombineret af komplementære ressourcer kan skabe merværdi, i form af synergieffekter, som leder til udvikling af nye produkter, dvs. effektivitetsgevinster af kvalitativ art, og som leder til stor- og samdriftsfordele, dvs. effektivitetsgevinster af kvantitativ art. Ligeledes vil risikodeling undersøges, da det kan medvirke til at skabe effektivitetsgevinster, ved at give risikoaverse virksomheder mulighed for at indgå i udbud de ellers ikke havde adgang til.

Det relevante for besvarelsen af afhandlingens problemformulering er, at undersøge hvilke juridiske argumenter der ligger til grund for betingelsen om effektivitetsgevinster og endvidere hvilke strategiske tiltag, som kan lede til effektivitetsgevinster.

3. KOMPLEMENTARITET SOM LEDER TIL EFFEKTIVITETSGEVINSTER

Som påvist i kapitel 4 vil en mulig opnåelse af relationsrente ske ved en kombineret af parternes komplementære ressourcer. Et eksempel herpå, kunne bl.a. ses af samarbejdet mellem Coca Cola og Nestlé²⁴⁷. De to samarbejdspartnere kombinerede henholdsvis Nestlés brand og kompetence for produktion og udvikling af kaffe og te med Coca Colas internationale distributionsnetværk og netværk indenfor salgsmatemater. Kombineret af de to virksomheders kompetencer og ressourcer ledte til synergieffekter. Synergieffekter sker ved sammenlægning af aktiver²⁴⁸ og i pågældende eksempel opstod synergieffekten ved muligheden for at skabe et nyt produkt på det japanske marked. Produktet kunne konkurrere med de eksisterende produkter og dermed skabtes endnu en konkurrent på markedet.

²⁴⁵ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 69-71*

²⁴⁶ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 64-68*

²⁴⁷ Se afhandlingens s. 71-72

²⁴⁸ Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 241

Opnåelse af gevinster ved en kombineret af parternes komplementære ressourcer anerkendes af Kommissionen, som bemærker at en kombineret af parternes komplementære ressourcer kan lede til synergieffekter, der kan skabe kvalitative effektivitetsgevinster²⁴⁹. Det ses, at tekniske og teknologiske fremskridt kan skabe effektivitetsgevinster i form af nye eller forbedrede varer. Kommissionen nævner, at disse effektivitetsgevinster kan opstå på baggrund af samarbejder, som ikke vil have været muligt uden at indgå en konkurrencebegrænsende aftale eller kun med større forsinkelser eller omkostninger²⁵⁰.

Kommissionen nævner endvidere, at en kombination af to eksisterende teknologier som er komplementære kan nedbringe produktionsomkostninger eller føre til produktion af et bedre produkt²⁵¹. Parterne i samarbejdet er dermed i stand til at opnå en unik omkostnings- eller produktionskonstellation, som ikke kunne have været opnået på anden vis.

For at undersøge hvordan EU-Domstolen vil betragte en kombineret af komplementære ressourcer som kilde til effektivitetsgevinster ved konsortiedannelse, inddrages EU-Domstolens samt Kommissionens afgørelser af gevinster som opstår fra komplementaritet ved joint ventures. Ligeledes inddrages nationale afgørelser, som behandler komplementaritet opstået ved konsortie- samt joint venture-dannelse.

3.1 EU-Domstolens vurdering af komplementaritet

I EU-Domstolens afgørelse *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen* vedrørende joint venturet *ENS*, ses det at Domstolen ved en vurdering af anvendelse af art. 101, stk. 3 TEUF ligger vægt på om parternes produkter kan substituere hinanden.

De fire jernbanevirksomheder argumenterede for, at en kombineret af parternes viden og finansielle ressourcer var nødvendig for at kunne tilbyde de fire togruter, hvilket de ikke var i stand til hver for sig²⁵².

EU-Domstolen gav samarbejdspartnerne medhold i sagen, idet den kommenterede, at Kom-

²⁴⁹ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 71*

²⁵⁰ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 70*

²⁵¹ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 65*

²⁵² Forenede sager T-374/94, T375/94 og T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 108-109 og 111

missionen ikke havde formået at udføre en korrekt analyse af de faktiske forhold for aftalen²⁵³.

Domstolen fandt at fritagelsen efter art. 101, stk. 3 TEUF, skal være af en sådan længde, at de virksomheder som har indgået samarbejdet kan realisere de fordele, som berettiger fritagelsen – i den pågældende sag vedrørte det bl.a. de fordele, som de nye transportydelse af høj kvalitet frembringer²⁵⁴. Det påpegedes bl.a. at samarbejdet ville gøre det lettere at etablere en ny togforbindelse af høj kvalitet²⁵⁵. Sammenlægningen af de deltagende virksomheders knowhow på hver deres område kunne sikre, at det nye produkt blev en succes²⁵⁶. Det indgik således i vurderingen af parternes knowhow, at der skulle være tale om viden indenfor forskellige områder, som tilsammen kunne skabe et produkt af høj kvalitet.

Af EU-Domstolens såvel som Kommissionens vurdering af ovenstående joint venture ses det bl.a., at parterne i det pågældende joint venture ved at kombinere deres ressourcer og knowhow var i stand til at levere en ny togforbindelse, som ikke havde været mulig uden samarbejdet. En integration af parternes komplementære ressourcer, i form af relevant knowhow, gjorde det således muligt at levere et nyt produkt i form af nye forbindelser.

I EU-Domstolens afgørelse *Matra Hachette mod Kommissionen* anlagde virksomheden Matra Hachette (herefter Matra) sag mod Kommissionen på baggrund af dennes afgørelse om fritagelse af samarbejdsaftalen mellem Ford og VW²⁵⁷. Matra henviste til, at vurderingen af om de påførte konkurrencebegrænsninger var nødvendige ikke var korrekt, da det blev vurderet af Kommissionen, at de to virksomheder havde kapacitet til hver for sig at udvikle den nye MVP²⁵⁸.

²⁵³ Forenede sager T-374/94, T-375/94 og T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 141-142

²⁵⁴ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, bl.a. præmis 230

²⁵⁵ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, bl.a. præmis 230, jf. Kommissionens Beslutning, IV/34.600 – *Night Services*, 1994, pkt. 59

²⁵⁶ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*, bl.a. præmis 230, jf. Kommissionens Beslutning, IV/34.600 – *Night Services*, 1994, pkt. 64

²⁵⁷ Sag T-17/93, *Matra Hachette SA mod Kommissionen*, præmis 1, jf. Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992

²⁵⁸ Sag T-17/93, *Matra Hachette SA mod Kommissionen*, præmis 126

EU-Domstolen svarede hertil, at vurderingen vedrørende aftalens nødvendighed (tredje betingelse) i art. 101, stk. 3 TEUF afhang af, hvorvidt de negative konkurrencebegrænsninger var nødvendige med henblik på at nå målsætningerne om, at skabe et økonomisk og teknisk fremskridt²⁵⁹. EU-Domstolen mente, at Kommissionens vurdering havde været fyldestgørende idet sidstnævnte havde anført, at de to virksomheder selv var i stand til at trænge ind på markedet alene, men at dette kun kunne ske med tab²⁶⁰. EU-Domstolen vurderede, ligesom Kommissionen, er der således opstod tekniske fremskridt på baggrund af virksomhedernes kombineret af forskellige former for teknik som blev sammensat til udformning af det nye produkt²⁶¹. I EU-Domstolens afgørelse ses det, at samarbejder, som medfører tekniske forbedringer, som ikke kunne opstå uden en konkurrencebegrænsende aftale, hvor parterne havde mulighed for at kombinere deres tekniske ressourcer, kan anses som at opfylde betingelsen om effektivitetsgevinster i art. 101 stk. 3 TEUF.

3.2 Kommissionens vurdering af komplementaritet

I Kommissionens afgørelse, *Ford/Volkswagen* (herefter *VW*) indgik to bilproducenter i et joint venture for at udvikle et nyt produkt i form af et multifunktionelt køretøj (multi purpose vehicle – MPV). Udviklingen af produktet skulle hovedsageligt foretages af VW, hvorefter Ford varetog produktionen²⁶².

Kommissionen vurderede, at de to virksomheder var konkurrenter, da de hver især kunne udvikle produktet og begge konkurrerede på det samme marked.

Kommissionen fandt, at de to virksomheders deling af knowhow, ressourcer og teknisk ekspertise kunne forbedre produktionen af varerne. Det ses, at de to bilproducenter i samarbejdet kunne *supplere* hinanden med konstruktive ressourcer og teknisk ekspertise. Kommissionen fastslog i deres vurdering, at ”*Den tekniske udvikling vil blive fremmet som følge af en sammenslutning af den eksisterende tekniske viden...*”, som ville resultere i et betydeligt forbedret og på flere områder nyskabende produkt²⁶³. Den tekniske viden bestod dels i

²⁵⁹ Sag T-17/93, *Matra Hachette SA mod Kommissionen*, præmis 135

²⁶⁰ Sag T-17/93, *Matra Hachette SA mod Kommissionen*, præmis 135

²⁶¹ Sag T-17/93, *Matra Hachette SA mod Kommissionen*, præmis 110

²⁶² Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 6

²⁶³ Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 25

Fords og VW's produkttekniske personale²⁶⁴, og dels i Fords erfaring indenfor produktion og VW's erfaring indenfor produktudvikling. De to bilproducenter i samarbejdet kunne således *supplere* hinanden med konstruktive ressourcer og teknisk ekspertise. Ved parternes deling af knowhow indenfor forskning og automatisering af biler, kunne der ske en teknisk forbedring af produktet²⁶⁵. Her var tale om, at der opstod en synergieffekt, hvor kombineringen af parternes komplementære ressourcer, gjorde det muligt for parterne for at skabe noget, de ikke kunne skabe hver for sig. Det var med til at fritage joint venturet efter art. 101, stk. 3 TEUF.

I afgørelsen *Elopak/Metal Box-Odin* fandt Kommissionen, at parterne ikke individuelt besad de ressourcer, som var påkrævet for at fremstille et nyt produkt. At fremstille produktet krævede viden om den anden parts teknologi, som krævede en betydelig og tidskrævende investering. Det fandtes således nødvendigt med *både* Elopaks og Metal Box' erfaring og ressourcer for at udvikle det nye produkt, som ville afspejle en *kombination* af parternes tekniske og kommercielle knowhow²⁶⁶. I afgørelsen var kombineringen af parternes ressourcer således afgørende for, at det pågældende joint venture skabte effektivitetsgevinster og således opfyldte den første betingelse for fritagelse, jf. art. 101, stk. 3 TEUF.

I Kommissionens afgørelse *GEAE/P&W* kombinerede de to parter GEAE og P&W viden og teknisk ekspertise til udviklingen af en speciel motor. GEAE skulle bidrage med viden og erfaring til udvikling af kernesystemet af motoren, hvortil P&W skulle stå for konstruktionen af lavtrykssystemet²⁶⁷. Kommissionen fandt, at samarbejdet satte parterne i stand til at koncentrere sig om udviklingen af de særlige dele af motoren, hvor de hver især havde et teknologisk forspring. Parterne blev således i stand til at udvikle en motor, som bl.a. var billigere i vedligehold, hvis omkostninger pr. passager og fløjet mil var lavere og som havde et lavere brændstofforbrug og støjniveau end parternes eksisterende motorer. Kommissionen pointerede, at der ikke fandtes en motor på markedet, som opfyldte samtlige af disse kriterier²⁶⁸. Kommissionen fandt endvidere, at samarbejdspartnerne deltes om konstruktion

²⁶⁴ Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 30

²⁶⁵ Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 25–26

²⁶⁶ Kommissionens Beslutning, IV/32.009 – *Elopak/Metal Box Odin*, 13-07-1990, pkt. 25

²⁶⁷ Kommissionens Beslutning, IV/36.213/F2 – *GEAE/P&W*, 14-09-1999, pkt. 16

²⁶⁸ Kommissionens Beslutning, IV/36.213/F2 – *GEAE/P&W*, 14-09-1999, pkt. 79

og produktion af den nye motor, afhængigt af hvor deres teknologiske force lå²⁶⁹, hvilket således ville lede til udviklingen af et nyt og mere omkostningsbesparende produkt.

Afgørelsen vedrørende joint venture-selskabet, som blev dannet mellem hollandske Stork og amerikanske De Laval vedrørte ligeledes en kombineret af parternes ressourcer²⁷⁰. Kommissionen anerkendte, at samarbejdet kunne sikre, at parternes ressourcer, herunder personale, knowhow, fabrik mm., fik en højere udnyttelsesgrad og derved kunne de faste omkostninger reduceres²⁷¹. Ved en kombination af De Lavals knowhow og ekspertise omkring kompressorer og Storks rådighed over fabriksareal, maskiner samt teknisk personale kunne samarbejdet generere en mere effektiv produktion som minimerede omkostningerne.

3.3 Nationale instansers vurdering af komplementaritet

I den svenske afgørelse *Däckia/Euromaster*, som omhandlede et udbud af en rammeaftale om levering af dæk til politiet, fandt den svenske Tingsrätt, at samarbejdet mellem de to dækkæder ikke resulterede i nogen effektivitetsgevinster. Den svenske konkurrencemyndighed vurderede, at samarbejdet blot var afgivelsen af et fælles tilbud, og at konsortiet i sig selv ikke havde nogle produktionsressourcer eller deltog i opgaven. Myndigheden fandt, at ordrer blev afgivet direkte fra hvert værksted, og at fakturering og reklamation ligeledes blev udført af de to virksomheder hver for sig. Selvom ordregiver havde aftale med én part i form af konsortiet, skulle denne alligevel således forholde sig til flere forskellige værksteder. Der sås således ingen koordinering af ressourcer eller fælles investeringer, som gavnede den ordregivende myndighed²⁷². Samarbejdet fandtes herefter blot at være et salgssamarbejde, som derfor ikke opfyldte betingelsen om effektivitetsgevinster²⁷³.

Den svenske domstol fandt herefter, at "*Anbudssamverkan bidrog inte till att förbättra produktionen eftersom det inte förekom någon integration av densamma...*"²⁷⁴. Aftalen mellem Däckia og Euromaster indeholdt således ingen *integration* af produktionen eller distributionen, som kunne resultere i en forbedring heraf. I forlængelse heraf bemærkede domstolen,

²⁶⁹ Kommissionens Beslutning, IV/36.213/F2 – *GEAE/P&W*, 14-09-1999, pkt. 80

²⁷⁰ Kommissionens Beslutning, IV/27.093 – *De Laval-Stork*, 25-07-1977, pkt. 3

²⁷¹ Kommissionens Beslutning, IV/27.093 – *De Laval-Stork*, 25-07-1977, pkt. 10

²⁷² *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 27

²⁷³ *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 27

²⁷⁴ *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 136

at der heller ikke kunne ses tekniske fremskridt²⁷⁵. Der var således ikke tale om, at parterne udnyttede disse ressourcer bedre end havde parterne leveret individuelt og derved skabtes ingen effektivitetsgevinster ved samarbejdet. Herefter blev samarbejdet ikke fritaget efter den svenske konkurrencelovgivning²⁷⁶.

I afgørelsen vedrørende *Skive og Omegn Vognmandsforenings tilbudskoordinerings* udtrykte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at en fordeling af arbejdsvolumen hverken udnytter de "... eventuelle omkostningsmæssige fordele en vognmand måtte have ved at betjene bestemte ruter, bestemte tidsperioder eller de fordele, der eventuelt kunne være ved at betjene et netværk af ruter..."²⁷⁷. Foreningen havde oplyst, at fordelingen af de pågældende ruter blandt foreningens medlemmer skete ved lodtrækning²⁷⁸. Styrelsen fandt ikke, at en sådan fordelingsmekanisme kunne lede til effektivitetsgevinster, men at den enkelte vognmand ved en sådan lodtrækning og tildeling af bestemte ruter, var forpligtet på sammen måde, som hvis han alene havde påtaget sig kontrakten. Afgørelsen viser, at en tilfældig fordeling af opgaverne i udbuddet således ikke kan lede til effektivitetsgevinster, da der ikke sker en integration af parternes ressourcer til at løse opgaven på mest fordelagtig vis.

Samme ræsonnement kunne ligeledes ses i afgørelsen *Dansk Vejmarkerings Konsortium*. I den pågældende aftale fremgik det, at konsortiets parter via en fordelingsaftale havde fordelt de tre distrikter imellem sig, og at parterne ikke i fællesskab ville udføre de udbudte vejmarkeringsarbejder i de enkelte distrikter, som opgaven indebar. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede, at en sådan opdeling dokumenterede, at konsortieparterne ikke kombinerede deres ressourcer i form af mandskab eller materiel, hvilket således ikke førte til synergieffekter²⁷⁹.

Styrelsen fandt herefter, at der ved samarbejdet ikke opnåedes nogen effektivitetsgevinster, bl.a. i form af omkostningsbesparelser gennem øget stordriftsfordele eller en mere effektiv

²⁷⁵ *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 138

²⁷⁶ *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 138, jf. Konkurrencslag (2008:579), 2 kap, 2 §, som svarer til art. 101, stk. 3 TEUF

²⁷⁷ *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinerings*, Rådsmødet 30-04-2014, pkt. 134

²⁷⁸ *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinerings*, Rådsmødet 30-04-2014, pkt. 134, jf. pkt. 22

²⁷⁹ Bl.a. *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 819-822

og fælles udnyttelse af virksomhedernes ressourcer, set i forhold til en situation hvor parterne bød hver for sig²⁸⁰.

Samarbejdsaftalen mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz vedrørte dannelsen af et tilbudskonsortium indenfor cateringsbranchen. De to cateringvirksomheder opererede på hver sin side af Storebælt og formålet med samarbejdet var at byde på landsdækkende kontrakter²⁸¹. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede, at ved at kombinere de to parters ressourcer henholdsvis øst og vest for Storebælt ville samarbejdet kunne skabe en ny konkurrent på markedet, hvilket øgede effektiviteten i forbindelse med distribution af varer da der kun fandtes få konkurrenter på markedet for landsdækkende kunder²⁸². Kombineringen af ressourcer i form af bl.a. lager, fødevarer og service ved levering til landsdækkende kunder var i afgørelsen medvirkende til at forbedre distributionen af varer, som således var med til at reducere omkostningerne og skabe konkurrencedygtige priser. Samarbejdsaftalen fandtes herefter at skabe effektivitetsgevinster, jf. den danske konkurrencelov,²⁸³ og det var således med til at fritage aftalen²⁸⁴.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse i *Netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor* omhandlede et samarbejde mellem Telia og Telenor om deling af et af deres mobilnetværk, som parterne ville samle i et fælles joint venture. Formålet med samarbejdet var skabelsen af et mobilnetværk, der var omkostningseffektivt og konkurrencedygtigt²⁸⁵. I afgørelsen fandt Styrelsen bl.a., at en synergieffekt opnås ved ”... at Telenor ikke skal investere i et LTE-netværk fra bunden, men kan videreudvikle LTE-nettet med udgangspunkt i allerede foretagne investeringer.”²⁸⁶ Det ses, at parterne opnåede en synergieffekt ved at kombinere sine ressourcer, som således resulterer i en omkostningsgevinst²⁸⁷.

²⁸⁰ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 821-822 og pkt. 830

²⁸¹ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 2

²⁸² *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 10

²⁸³ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 96-100, jf. Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1, som svarer til den første betingelse i art. 101, stk. 3 TEUF

²⁸⁴ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 109 og 111

²⁸⁵ *Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*, Rådsmødet 29-02-2012, pk. 1, 2 og 5

²⁸⁶ *Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*, Rådsmødet 29-02-2012, pk. 530

²⁸⁷ *Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*, Rådsmødet 29-02-2012, pk. 531

3.4 Kan komplementaritet lede til effektivitetsgevinster?

Af de ovenstående afgørelser ses det, at en kombineret af parternes komplementære ressourcer muligvis kan lede til relationsrente, som kan anses som effektivitetsgevinster efter art. 101, stk. 3 TEUF.

I EU-Domstolens afgørelse *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen* ses det, at der ved en kombineret af parternes viden og finansielle ressourcer opstod effektivitetsgevinster i form af nye togruter i Europa som ligeledes gavnet den tekniske udvikling hvilket kunne lede til potentielle omkostningsbesparelser.

Ved en kombineret af parternes ressourcer kan der således være tale om en kombineret af knowhow, som skal være særegen for den givne virksomhed. Af Kommissionens afgørelse vedrørende *Elopak/Metal Box-Odin* ses det ligeledes, at der skal være tale om viden som det vil tage andre parter meget lang tid og store omkostninger at opnå. Det fremhæves af Dyer og Singh, hvor det ses, at samarbejdspartnerne skal være i stand til at kombinere sjældne, værdifulde og ikkesubstituerbare ressourcer for at skabe relationsrente.

Det ses endvidere af afgørelserne fra Kommissionen (*Ford/WV, Elopak, GEAE/P&W og Stork-De Laval*), at parterne benyttede samarbejdet til at kombinere ressourcer.

Af afgørelsen i *Elopak/Metal Box-Odin* ses det, at produktet skulle afspejle en kombination af parternes tekniske og kommercielle knowhow. Det må indebære, at forudsætningen for, at parterne indgår i samarbejdet er, at deres viden er unik og nødvendig for samarbejdet. Det er ligeledes i overensstemmelse med Dyer og Singhs definition, hvor der skal være tale om sjældne og ikkesubstituerbare ressourcer. Dyer og Singh definerer komplementære ressourcer, som ressourcer fra de samarbejdende alliancepartnere, som tilsammen skaber en merværdi, som det ikke var muligt for parterne at skabe hver for sig²⁸⁸. Her skal være tale om en synergieffekt, der resulterer i en relationsrente som udspringer af samarbejdet. I de omtalte afgørelser omhandler disse komplementære ressourcer bl.a. specifik knowhow og adgang til fysiske lokationer, hvilke kunne frembringe nye eller forbedrede produkter eller en mere effektiv produktion, som samtidigt kunne resultere i en minimering af omkostninger.

²⁸⁸ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 666-667

I *Samarbejdsaftalen mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz* kunne ses, at ved en kombineret af parterne ressourcer (lager, fødevarer og service) var de i stand til at skabe effektivitet ved at forbedre varedistributionen og således skabe konkurrencedygtige priser ved omkostningsbesparelser. Det var ligeledes tilfældet i afgørelsen *Netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*. I afgørelsen fandt Styrelsen, at parterne opnåede en synergieffekt, ved at kombinere sine ressourcer, som således resulterede i en omkostningsgevinst. Det kunne således anses som en effektivitetsgevinst.

3.4.1 Kombineret af tekniske ressourcer

En kombineret af eksisterende teknik kan lede til nye eller forbedrede produkter, som kan lede til effektivitetsgevinster, jf. art. 101, stk. 3 TEUF.

I EU-Domstolens afgørelse *Matra Hachette mod Kommissionen* fremgik det ligeledes af Domstolens vurdering, at der opstod en teknisk forbedring, da parterne kunne kombinere forskellige former for teknik som eksisterede før, men kun særskilt i andre modeller.

EU-Domstolen vurderede, ligesom Kommissionen, at der opstod tekniske fremskridt på baggrund af virksomhedernes kombineret af forskellige former for teknik som blev sammensat til udformning af det nye produkt²⁸⁹. Det er i overensstemmelse med Dyer og Singhs definition af relationsrente skabt ved en kombineret af parternes ressourcer. Hvis parterne ikke havde mulighed for at samarbejde, var produktet ikke blevet skabt. Samarbejdet gjorde det således muligt at skabe noget som opstod ved at kombinere parternes ressourcer. Denne kombineret af parternes teknik til at skabe et nyt produkt kan siges, at være parternes kombineret af komplementære ressourcer til at skabe relationsrente.

3.4.2 Kombineret af viden

Som nævnt ovenfor vil en forudsætning for skabelsen af relationsrente ud fra en kombineret af parternes ressourcer være, at parterne ikke kan få de samme relevante ressourcer på et andet marked, og at de gevinster som fremkommer ved partnerskabet ikke kan deles mellem parterne. Ved en kombineret af komplementær viden, må det således antages, at denne

²⁸⁹ Sag T-17/93, *Matra Hachette SA mod Kommissionen*, præmis 110

knowhow ikke kan opnås andet sted. Det understreges i Kommissionens afgørelse *Elopak/Metal Box-Odin*, hvoraf det ses, at parterne var nødt til at kombinere netop disse to aktørers ressourcer, for at fremstille det givne produkt. Produktet skulle afspejle en kombination af netop de to samarbejdspartneres tekniske og kommercielle knowhow. Hvis man forsøgte at erstatte en af parterne med en tredjepart, ville det resultere i et andet produkt, da det måtte afspejle denne parts knowhow.

Hvis den ene part derfor trak sig fra samarbejdet, ville den merværdi som kunne skabes ved en kombineret af parternes ressourcer forsvinde. Dermed kan det siges, at parternes ressourcer måtte anses som udelelige. Hvis samarbejdets ressourcer ikke er komplementære, vil en kombineret af disse ressourcer ikke resultere i opnåelse af en merværdi. Den kapacitet de hver især har, vil være lige så stor som den de samlet set vil have og dermed vil der ikke opstå en synergieffekt. Parterne vil, i et sådan tilfælde, kunne finde ressourcerne andet sted, eksempelvis ved at indgå i partnerskab med en leverandør som tilbyder samme produkt.

Dyer og Singh introducerer vidensdeling, som en mulighed for at skabe en konkurrencefordel. I de ovenstående afgørelser vil der være tale om en kombineret af disse vidensressourcer, som vil skabe en merværdi. Dyer og Singh identificerer, to former for viden – information og knowhow²⁹⁰. I Kommissionens afgørelser ses det, at der er tale om knowhow, som af Dyer og Singh defineres som viden der bl.a. er kompleks og svær at afkode, hvilket gør den svær at efterligne og overføre. Det vil således gøre denne viden svær at imitere af parter udenfor samarbejdet. Hvis denne viden let kan overføres til andre, vil behovet for samarbejdet forsvinde.

Af afgørelserne ovenfor ses det, at det skal være parternes specifikke viden og det vurderes således, at der ikke er tale om information, som er let at kopiere. Hvis det havde været tilfældet, ville argumentet om, at kombineret af disse specifikke samarbejdspartneres ressourcer resulterer i en merværdi ikke være til stede. Gevinsten ville således kunne opnås på andre måder, som havde mindre effekt på konkurrencen på markedet. Derfor kunne partnerskabet muligvis ikke siges at være nødvendigt.

²⁹⁰ Dyer & Singh: *The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage*, 1998, s. 665 – for yderligere se afhandlingens kap. 4, s. 70-72

Dyer og Singh argumenterer, som nævnt, at parter som er i stand til at kombinere viden og lære fra hinanden kan opnå relationsrente, hvilket kan udkonkurrere konkurrenter med en lavere grad af vidensdeling. Det kan dog være begrænset, hvor meget parterne ønsker at innovere, når der er usikkerhed om hvorvidt de vil vinde kontrakten.

3.4.3 Manglende kombinerings af ressourcer

Af den svenske afgørelse *Däckia*, fandt den svenske domstol at samarbejdet ikke ledte til nogen effektivitetsgevinster i form af bl.a. tekniske forbedringer. Det da domstolen vurderede, at aftalen ikke indeholdt en *integration* af produktionsressourcer eller nogen fælles investeringer. Det understreger endvidere, at samarbejdet skal indebære en kombinerings af begge parter ressourcer for at skabe tekniske forbedringer. Hvis parterne ikke er i stand til at skabe sådanne tekniske forbedringer ved at indgå i samarbejdet, vil formålet med samarbejdet således ikke være tydeligt.

Det understreges ligeledes i de to danske afgørelser *Skive og Omegn Vognmandsforenings tilbudskoordinerings* og *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, hvor der var tale om henholdsvis en tilfældig og aftalt opdeling af markedet mellem parterne. Det indebærer ingen kombinerings af parternes ressourcer og ledte derfor ikke til effektivitetsgevinster. De to danske afgørelser ligger således i tråd med Kommissionens vejledning, som understreger, at markedsopdelinger leder til en mindsket produktion som herefter leder til forhøjet pris og dermed ilde resourceallokering²⁹¹. Dermed vil en opdeling af markeder ikke kunne lede til effektivitetsgevinster.

3.4.4 Sammenfatning

Det ses af ovenstående afgørelser, at parterne for at opnå effektivitetsgevinster, som defineret i art. 101, stk. 3 TEUF, kan kombinere deres komplementære ressourcer, eksempelvis partnernes knowhow, til at skabe et nyt eller forbedret produkt. Det vil lede til en merværdi, som parterne ikke var i stand til at skabe uden for samarbejdet og kan således betragtes som en relationsrente efter Dyer og Singhs definition. Hvis parterne ikke integrerer deres res-

²⁹¹ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 21*

sourcer, men derimod eksempelvis opdeler opgaven imellem sig, vil der ikke opstå merværdi ved kombineringen af ressourcer. Det ses, hvis parterne blot indgår samarbejde, og derefter opdeler opgaverne imellem sig.

Afgørelserne ovenfor fra EU-Domstolen, Kommissionen og nationale instanser viser, at komplementaritet således benyttes som juridisk argument ved en vurdering af effektivitetsgevinster, jf. art. 101, stk. 3 TEUF.

4. STOR- OG SAMDRIFTSFORDELE SOM LEDER TIL EFFEKTIVITETSGEVINSTER

En kilde til mulige effektivitetsgevinster er stordriftsfordele og samdriftsfordele²⁹². Gennem samarbejde, hvor parterne har mulighed for at kombinere deres produktion, vil parterne kunne udnytte stordrifts- og samdriftsfordele. Begge disse former for fordele kan lede til effektivitetsgevinster og vil være omkostningsfordele som opstår ved en øget produktion eller en udvidelse af produktsortimentet.

Kommissionen angiver, at udviklingen af ny produktionsteknologi og nye produktionsmetoder kan lede til mere effektive måder at producere en vare på, hvilket kan lede til omkostningsbesparelser. Kommissionen anfører endvidere, at effektivitetsgevinster kan opnås gennem aftaler, hvor der opstår en mulighed for at opnå en bedre produktionsplanlægning²⁹³. Dette vil give mulighed for en bedre kapacitetsudnyttelse, hvilket kan lede til en minimering af omkostninger for lagre samt transport.

4.1 EU-Domstolens vurdering af stor- og samdriftsfordele

Ved afgørelsen *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen* omtalte EU-Domstolen stordriftsfordele. Her fandt Domstolen, at de omfattende udgifter til investeringer, som var nødvendige for driften af trafik i området og ”... *de manglende stordriftsfordele i forbindelse med driften af kun én jernbanerute i modsætning til de fire ruter, ENS-parterne driver i fællesskab...*” havde betydning ved vurderingen af om parterne kunne anses som konkurrenter²⁹⁴.

²⁹² Motta: *Competition Policy*, 2004, s. 240

²⁹³ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81(3)*, pkt. 69

²⁹⁴ Forenede sager T-374/94, T375/94 og T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 145

Af parternes argumentation ses det, at anskaffelsen af materiel indebar ”... forskellige faste omkostninger af et sådant omfang, at en virksomhed ikke kan opnå fortjeneste, medmindre dens produktion når op på et mindstevolumen som det, ENS håber at kunne opnå. Hver for sig ville ingen af jernbanevirksomhederne således have været i stand til at øge mængden af sine ydelser for at nå op på dette mindsteniveau.”²⁹⁵ Parterne mente ikke, at der er tale om en begrænsning af konkurrencen, da ingen af parterne ville være i stand til alene at betjene nogen af de pågældende ruter²⁹⁶.

Det ses således, at EU-Domstolen anerkendte, at ved drift af flere jernbaneruter frem for kun en enkelt rute, kunne parterne opnå stordriftsfordele, som ikke kunne opnås af parterne, hvis de skulle have løst opgaven hver for sig.

I EU-Domstolens afgørelse *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*, som vedrørte en appel over Kommissionens afgørelse angående en prisfastsættelsesaftale, vurderede Domstolen, at Kommissionen med rette havde fastslået, at aftalen *ikke* ledte til indførelsen af ny teknik²⁹⁷. Prisaftalen blev dannet under paraplyorganisationen Far Eastern Freight Conference (herefter FEFC), som var en række associerede linjekonferencer²⁹⁸ indenfor søtransport. Linjeredierne som var medlemmer af FEFC havde udvidet prisfastsættelsesaftalen indenfor søtransport af containere til også at omfatte landtransport af containere.

I Kommissionens afgørelse havde linjeredierne argumenteret for, at aftalen om prisfastsættelse ville give dem økonomisk kapacitet til selv at investere i egne transportere, da priserne således ikke kunne presses længere ned grundet aftalen og parterne dermed kunne benytte den gevinst som opstod til investeringer i ny produktionsteknologi, såsom tracking af varer og logistik. Linjeredierne mente dermed, at aftalen understøttede udviklingen af og anvendelsen af produktionsteknologi²⁹⁹.

²⁹⁵ Forenede sager T-374/94, T375/94 og T-388//94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 107

²⁹⁶ Forenede sager T-374/94, T375/94 og T-388//94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 108

²⁹⁷ Sag T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*, præmis 365, jf. Kommissionens Beslutning, IV/33.218 – *Far Eastern Freight Conference*, 21-12-1994, pkt. 110-113

²⁹⁸ En ”linjekonference” er en gruppe af linjeredier, som driver international linjefart og som har en aftale eller ordning, hvorefter virksomheden drives iht. aftalte fælles fragtrater og vilkår, se Forordning Nr. 4056/86 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86 på søtransport, 1986, art. 1, b)

²⁹⁹ Kommissionens Beslutning, IV/33.218 – *Far Eastern Freight Conference*, 21-12-1994, pkt. 110

Kommissionen var uenig i argumentet og mente, at aftalen blot reducerede priskonkurrencen. Det da aftalen ville modvirke nye investeringer i teknik, da den reducerede de konkurrencemæssige fordele de virksomheder, som var bedre til at udnytte deres investeringer, ville have opnået. Dermed ville de mest effektive linjerederier sandsynligvis ikke investere i nye teknikker, hvorfor der heller ikke ville opstå omkostningsbesparelser³⁰⁰. Omkostningsbesparelser ved investering i teknik i form af nyt udstyr eller ny teknologi kan sikre en bedre udnyttelse af eksisterende aktiver. En bedre udnyttelse af disse aktiver vil kunne mindske omkostningerne per enhed, hvorefter stordriftsfordele opnås³⁰¹. Prisfastsættelsesaftalen kunne således ikke siges at skabe effektivitet i form af stordriftsfordele.

EU-Domstolen mente ikke, at der kunne argumenteres for, at en prisfastsættelsesaftale kunne lede til omkostningsbesparelser idet de restriktioner som fulgte af aftalen ikke kunne opveje de påståede fordele. EU-Domstolen understregede således, at aftalen om prisfastsættelse, i stedet for at fremme den teknologiske udvikling, hindrede indførslen af ny teknik³⁰². Det da de mest effektive rederier ikke kunne drage nytte af deres investeringer, hvis prisaf-talen blev anerkendt.

FECF's argument om at en fastsættelse af priser for landtransport skulle fremme indførslen af ny teknik, kunne ikke siges at opfylde betingelsen om effektivitetsgevinster idet sådanne aftaler ville minimere konkurrencen og dermed også effektiviteten mellem virksomhederne på markedet. Det kunne reducere muligheden for at opnå omkostningsbesparelser.

EU-Domstolen definerer i afgørelsen *Mastercard m.fl. mod Kommissionen*, hvad der vægtes ved bedre produktion. Sagen vedrørte en aftale om fastsættelse af interbank-gebyrer. Parterne argumenterede for, at aftalen bidrog til en forøgelse af produktionen i Mastercard-systemet. I Kommissionens vejledning ses det, at en optimeret produktion kan lede til stordriftsfordele, hvis parterne er i stand til at minimere gennemsnitsomkostningerne³⁰³.

Parternes argument blev dog ikke anset som tilstrækkelig til at kunne påvise, at den første

³⁰⁰ Kommissionens Beslutning, IV/33.218 – *Far Eastern Freight Conference*, 21-12-1994, pkt. 110-112

³⁰¹ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81(3)*, pkt. 66

³⁰² Sag T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*, præmis 365

³⁰³ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81(3)*, pkt. 76

betingelse i art. 101, stk. 3 TEUF var opfyldt³⁰⁴. En sådan forbedring af produktionsplanlægningen omhandler ikke den fordel, det kan have for de samarbejdende virksomheder. Derimod lægges der vægt på, om det skaber en fordel som kan opveje den konkurrencebegrænsende effekt som samarbejdet har³⁰⁵. Det ses i EU-Domstolens afgørelse *Consten & Grundig mod Kommissionen*, Domstolen udtalte, at ikke enhver fordel, som aftalen medførte for parternes produktions- og salgsvirksomhed, udgør en forbedring af produktionen eller varefordelingen. Hvis det var tilfældet, ville parterne kunne argumentere for, at aftalen var nødvendig for at de kunne opnå forbedringer. Det da man ikke kunne argumentere imod, at aftalen medførte forbedringer for parterne. Hvis denne fortolkning blev lagt til grund, måtte art. 101, stk. 1 TEUF's krav om en forbedring af produktionen således være opfyldt. Denne subjektive måde at vurdere forbedringer, blev ikke anerkendt af Domstolen, som svarende til målsætningen med art. 101 TEUF.

Domstolen mente, at de fordele, som aftalen medførte, skulle være objektive og opveje de ulemper som den konkurrencebegrænsende aftale ville have på markedet³⁰⁶.

Det ses af ovenstående, at omkostningsfordelen som opnås ved en bedre produktion og produktionsplanlægning skal være af objektiv karakter og opveje de ulemper, som den konkurrencebegrænsende aftale medfører.

4.2 Kommissionens vurdering af stor- og samdriftsfordele

I bedømmelsen af joint venture-aftalen *De Laval-Stork* anerkendte Kommissionen, at samarbejdet havde en "... afgørende indflydelse på omkostningerne ved at sikre, at de fælles bestående installationer får en højere udnyttelsesgrad, hvorved de faste omkostninger, som udgør en stor del af kostprisen, reduceres"³⁰⁷. Ved kombineringen af parternes vidensdeling og tekniske ekspertise³⁰⁸, kunne anvendelsen af de fælles tekniske installationer effektiviseres. Det ledte til en bedre udnyttelse af installationerne, hvilket kunne lede til omkostningsbesparelser. En effektivisering af de tekniske installationer kunne medvirke til at sikre en højere produktivitet. En større produceret mængde af turbine- og kompressorenheder,

³⁰⁴ Sag C-382/12 P, *Mastercard m.fl. mod Kommissionen*, præmis 205

³⁰⁵ Sag C-382/12 P, *Mastercard m.fl. mod Kommissionen*, præmis 234

³⁰⁶ De forenede sager 56/64 og 58/64, *Consten & Grundig mod Kommissionen*, s. 260-261

³⁰⁷ Kommissionens Beslutning, IV/27.093 – *De Laval-Stork*, 25-07-1977, II., pkt. 10, 4. afsnit

³⁰⁸ Kommissionens Beslutning, IV/27.093 – *De Laval-Stork*, 25-07-1977, I., pkt. 3

ville sprede de faste omkostninger over flere producerede enheder. Det ville lede til stordriftsfordele.

Det ses af afgørelsen, at Kommissionen ved dennes vurdering af effektivitetsgevinster, indtog de omkostningsbesparelser, i form af stordriftsfordele, som opstod ved en bedre udnyttelse af installationerne.

Kommissionens afgørelse vedrørende joint venturet *Atlas* omhandlede samarbejdet mellem to offentlige teleselskaber i henholdsvis Frankrig og Tyskland. Selskabet skulle servicere erhvervskunder med bl.a. datatjenester³⁰⁹.

I sin vurdering inddrog Kommissionen de omkostningsbesparelser som opstod ved, at de to virksomheder ville drive "... én enkelt højhastighedsarkitektur..." i stedet for hver deres. Ved at sammenlægge deres ressourcer kunne dette reducere enhedsomkostningerne.

Kommissionen identificerede ydermere en mulig reduktion af infrastrukturomkostninger ved sammenkøblingsaftaler indgået med andre teleselskaber. Det da der kunne genereres en større mængde data, hvilket kunne muliggøre en billigere routing³¹⁰.

Det ses af afgørelsen, at omkostningsbesparelser som opstod ved en sammenlægning af parternes produktionskapacitet, blev anset som at kunne lede til effektivitetsgevinster.

I samarbejdet *Ford/VW* investerede de to virksomheder i et fabriksanlæg som skulle facilitere produktionen af den nye bil (MVP)³¹¹. Ligeledes blev der bygget en industripark ved siden af produktionsanlægget. Industriparken skulle beværte de vigtigste leverandører til produktionen. Ved Kommissionens vurdering blev kombinationen af parterne finansielle investeringer inkluderet idet fabriksanlægget sammen med industriparken ville forbedre produktionen af MVP'er i Europa³¹².

Placeringen af produktionsanlægget og industriparken muliggjorde et "just in time" logistiksystem for komponenter til produktet, hvilket sikrede en løbende levering af komponenter, når der var behov for dem, hvilket forkortede produktionstiden³¹³. Det skabte en forbedring af produktionen, som ledte til omkostningsbesparelser da omkostninger til lager samt

³⁰⁹ Kommissionens Beslutning, IV//35.337 – *Atlas*, 17-07-1996, pkt. 21, 2)

³¹⁰ Kommissionens Beslutning, IV//35.337 – *Atlas*, 17-07-1996, pkt. 52

³¹¹ Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 6

³¹² Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 25

³¹³ Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 25

transport blev mindsket. Kommissionen fandt således, at en kombineret af parternes finansielle ressourcer kunne effektivisere produktionen og derved skabe omkostningsbesparelser i form af færre lager- og transportomkostninger.

I afgørelsen fremgik det, at udviklingen af produktet hovedsageligt skulle foretages af VW, hvorefter Ford ville varetage produktionen af dette³¹⁴. Ved vurderingen af effektivitetsgevinster blev det pointeret, at de to virksomheders integrering af deres ressourcer i form af knowhow, ressourcer og teknisk ekspertise kunne forbedre produktionen ved en ”... *rationalisering af produktudvikling og -fremstilling*.”³¹⁵. Sammenlægningen af de to parters vidensressourcer kunne således effektivisere den tekniske udvikling, som kunne lede til omkostningsbesparelser ved en mere optimal produktion og fremstilling.

I Kommissionens afgørelse *Vacuum Interrupters* indgik tre virksomheder i et samarbejde om at udvikle og producere vakuumaafbrydere. Samarbejdsaftalen blev anset for at være konkurrencebegrænsende idet det blev vurderet, at virksomhederne hver for sig indgik på markedet for vakuumaafbrydere derfor kunne anses som konkurrenter³¹⁶.

Kommissionen vurderede dog, at ved at lade virksomhederne gå sammen om udviklingen af vakuumaafbrydere ville det sikre en udvikling af produktet uden unødigt forsinkelse³¹⁷. Virksomhederne kombinerede deres erfaring indenfor elektroudstyr, samt deres forsknings- og udviklingsarbejde, hvilket kunne lede til ny produktionsteknologi³¹⁸. Det ses af Kommissionens vejledning, at ny produktionsteknologi kan lede til stordriftsfordele fordi omkostningerne pr. produceret enhed kan reduceres³¹⁹. Samarbejdet havde dermed mulighed for at opnå stordriftsfordele ved at effektivisere produktionsteknologien. Kommissionen betragtede parternes integration af deres vidensressourcer og tekniske kompetencer som afgørende for at skabe ny produktionsteknologi og herunder også muligheden for at opnå omkostningsbesparelser.

³¹⁴ Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 6

³¹⁵ Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992, pkt. 25

³¹⁶ Kommissionens Beslutning, IV/27.442 – *Vacuum Interrupters Ltd*, 20-01-1997, II., pkt. 2

³¹⁷ Kommissionens Beslutning, IV/27.442 – *Vacuum Interrupters Ltd*, 20-01-1997, B. pkt. 3

³¹⁸ Kommissionens Beslutning, IV/27.442 – *Vacuum Interrupters Ltd*, 20-01-1997, pkt. 16

³¹⁹ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81(3)*, pkt. 64 og 66

4.3 Nationale instansers vurdering af stor- og samdriftsfordele

I den svenske afgørelse af samarbejdet mellem Däckia og Euromaster vurderede Domstolen, at der ikke kunne siges at opstå effektivitetsgevinster i form af forbedret produktion eller distribution, hvis ikke der bl.a. kunne observeres en integration af virksomhedernes produktion³²⁰. Den manglende integration af parternes produktion ledte den svenske domstol til at konkludere, at konsortiet ikke kunne genere stordriftsfordele³²¹.

Det kan udledes af dommen, at muligheden for opnåelse af stordriftsfordele opstår ved en sammenlægning af parternes ressourcer. Ved vurderingen af effektivitetsgevinster blev konstateret en manglende sammenlægning af ressourcer, hvilket derfor ikke kunne lede til stordriftsfordele. Der var således ikke tale om, at parterne kombinerede deres ressourcer for at skabe effektivitetsgevinster. Herefter blev samarbejdet ikke fritaget efter den svenske konkurrencelovgivning³²².

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af *Strukturordningen for Sukkerroer* omhandlede en tillægsaftale mellem Danisco og Danske Sukkerroedyrkere, kaldet ”Strukturordningen”. Aftalen indebar bl.a. at roedyrkere, hvis produktion var placeret tættest på Danisco, fik forrang til at købe nye rettigheder til opdyrkning og salg. Det da man ved aftalen forsøgte at effektivisere produktionen ved at lade de dyrkere der var placeret tættest på Danisco overtage kontraktmængderne. Her var således tale om en bedre produktionsplanlægning, som da ledte til stordriftsfordele. Disse opstod ved færre transportomkostninger såvel som en samling af produktionen på færre lokationer, hos de dyrkere der var placeret tættest på Danisco³²³. Her skete således en optimering i produktionsplanlægningen som ledte til effektivitetsgevinster i form af stordriftsfordele³²⁴. Efter Styrelsens vurdering ville tillægsaftalen således medføre stordriftsfordele.

³²⁰ *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 138

³²¹ *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 136

³²² *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 138, jf. Konkurrenceloven, 2 kap, 2 §, som svarer til art. 101, stk. 3 TEUF

³²³ *Strukturordningen for sukkerroer*, Rådsmødet 27-08-2003, nr. 3/1120-0100-0809 og 3/1120-0301-0284, pkt. 177-178. Konkurrenceankenævnet ophævede senere afgørelsen da den fandt mangler ved skønsudøvelsen, men var dog ikke uenig i effektivitetsvurderingen. Se Konkurrenceankenævnets kendelse af 31.01.2005 i sag 03-215.833 pkt. 177.

³²⁴ *Strukturordningen for sukkerroer*, Rådsmødet 27-08-2003, nr. 3/1120-0100-0809 og 3/1120-0301-0284, pkt. 181. Konkurrenceankenævnet ophævede senere afgørelsen da den fandt mangler ved skønsudøvelsen, men var dog ikke uenig i effektivitetsvurderingen. Se Konkurrenceankenævnets kendelse af 31.01.2005 i sag 03-215.833 pkt. 177.

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afgørelse *Netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor* ses det, at formålet med samarbejdet var skabelsen af et mobilnetværk, der var omkostningseffektivt og konkurrencedygtigt³²⁵. Det ses af den pågældende afgørelse, at ved sammenlægningen af parternes netværk kunne ”... *antallet af samtlige antennepositioner [...] reduceres [...] frem til 2016 [...]. Uden netværkssamarbejdet ville hvert selskab skulle øge sit antal antennepositioner frem til 2020 [...]. Dette betyder, at parterne med netværkssamarbejdet tilsammen sparer [...] antennepositioner.*”³²⁶

Parterne havde således opnået omkostningsbesparelser ved ikke at være nødsaget til at afholde udgifter til løbende drift og vedligehold af de ekstra antennepositioner og antenner, der var påkrævet, hvis ikke samarbejdet fandt sted.

Styrelsen fandt, at det var sandsynligt, at en reduktion i antallet af nødvendige master, antennepositioner og antenneudstyr skabte væsentlige omkostningsbesparelser, da bl.a. udgifter til driften af antennepositioner og antenner mindskedes. Dette modsat en situation, hvor parterne hver især skulle vedligeholde og udbygge deres netværk. At der var færre antennepositioner og antenner at vedligeholde ville nedsætte udgifterne, hvilket kunne medføre stordriftsfordele ved en billigere drift per antenne. Ligeledes var der tale om samdriftsfordele, da parterne kunne sammenlægge master, antenneposition og antenneudstyr, hvorefter udgifterne til driften heraf mindskedes. Det ses ligeledes, at omkostningsbesparelser ved samdriftsfordele kunne opstå, idet parterne kunne sammenlægge investeringer foretaget før samarbejdets indgåelse. Omkostningsbesparelserne opstod ved at parterne kunne inddrage Telias investering i et eksisterende LTE-netværk i samarbejdet, således at Telenor ikke behøvede at foretage investeringer i LTE-teknologi³²⁷. Således fandt Styrelsen, at parterne via samarbejdet bl.a. opnåede skalafordele³²⁸.

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz* opererede de to cateringvirksomheder på hver sin side af Storbælt.

³²⁵ *Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*, Rådsmødet 29-02-2012, pk. 1, 2 og 5

³²⁶ *Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*, Rådsmødet 29-02-2012, pk. 525

³²⁷ *Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*, Rådsmødet 29-02-2012, pk. 529-530

³²⁸ *Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*, Rådsmødet 29-02-2012, pk. 531, jf. Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81(3)*, 2004/C 101/08, pkt. 66

I samarbejdsaftalen planlagde de to virksomheder at byde på kontrakter fra landsdækkende kunder ved at koordinere deres samarbejde, således at de hver skulle dække deres ”egne” områder og dermed kunne de tilsammen dække et større område³²⁹.

Styrelsen udtalte i deres vurdering, at samarbejdet ville sikre en ekstra aktør, hvilket styrkede distributionen af cateringvarer for landsdækkende kunder, da samarbejdet sikrede en ny konkurrent på markedet³³⁰.

Af afgørelsen ses det endvidere, at Styrelsen anerkender, at der ville være væsentlige omkostninger forbundet med at etablere lokallagre og transport, hvis parterne alene skulle udvide deres aktionsradius³³¹. Sådanne omkostninger kan lede til en forhøjet pris pr. vare. Ved at parterne samarbejdede om distribution og lager for levering på det nationale marked havde de mulighed for at opnå stordriftsfordele. Dette fordi de kunne opnå omkostningsbesparelser ved minskede transportomkostninger og lageromkostninger.

4.4 Kan stor- og samdriftsfordele lede til effektivitetsgevinster?

Det ses af afgørelserne ovenfor, at stordriftsfordele inddrages ved vurderingen af effektivitetsgevinster. I afgørelsen *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen* påpegede EU-Domstolen, at stordriftsfordele kunne opstå ved at sammenlægge parternes ressourcer, således at det var muligt at udføre drift af fire i stedet for én jernbanerute. Besanko m.fl. finder, at omkostningsbesparelser ved stordriftsfordele opstår ved at de faste omkostninger spredes over et større antal enheder. Det sker ud fra en sammenlægning af parternes ressourcer, f.eks. ved en sammenlægning af ressourcer, som kan lede til en mere effektiv produktion³³².

4.4.1 Omkostningsbesparelser ved produktion, distribution og lager

Omkostningsbesparelser ved produktion ses i bedømmelsen af joint venture-aftalen *De Laval-Stork*. De to virksomheder sammenlagde deres produktion af turbine- og kompressor-enheder, hvilket kunne medvirke til at sikre en øget produktion. Kommissionen vurderede at

³²⁹ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 2

³³⁰ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 96-100

³³¹ *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz*, Rådsmødet 26-11-2003, pkt. 64

³³² Besanko m.fl.: *Economics of Strategy*, 2010, s. 42 – for yderligere om stordriftsfordele se afhandlingens kap. 4

sammenlægningen effektiviserede produktionen idet der skabtes en bedre udnyttelse af parternes installationer, hvilket ledte til omkostningsfordele. Afgørelsen er således i overensstemmelse med teorien om stordriftsfordele, som fastslår at fordelene kan opstå ved en bedre udnyttelse af produktionsenhedens kapacitet hvorefter omkostningen pr. produceret enhed mindskes.

En sammenlægning af ressourcer kan lede til omkostningsbesparelser ved f.eks. distribution eller lagerbeholdning³³³. Ved at virksomheder sammenlægger deres lagerbeholdninger kan de opnå besparelser ved at opbevare produkterne på samme sted. En sammenlægning af distribution kan ligeledes lede til en mere effektiv transport af varer hvorfra omkostningsbesparelser kan opnås.

Det ses i samarbejdet *Ford/VW*. En sammenlægning af parternes finansielle ressourcer gjorde det muligt at bygge fabriksanlægget til produktionen af produktet og industriparken til leverandørerne ved siden af hinanden. De vigtigste leverandører af komponenter var dermed placeret tæt på produktionen, hvilket medførte omkostningsbesparelser af transport. Ligeledes kunne der opstå omkostningsbesparelser ved den korte leveringstid for komponenterne, som effektiviserede produktionen af varerne. Ved vurderingen af anvendelsen af art. 101, stk. 3 TEUF blev omkostningsbesparelserne ved distribution anset som en effektivitetsgevinst, idet Kommissionen mente, at placeringen af fabriksanlægget og industriparken forbedrede produktionen.

Lignede betragtninger ses i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af *Strukturordningen for Sukkerroer*. Aftalen indebar at samle produktionen af sukkerroer på færre lokationer og rykke dem tættere på Danisco. Ved at flytte produktionen af sukkerroer tættere på Danisco, medførte det en reduktion i transportomkostninger idet afstanden mellem roedyrkerne og Danisco blev formindsket. Desuden kunne produktionen af sukkerroer hos færre roedyrkere, medføre en reduktion af lageromkostninger. Aftalen ledte til en bedre udnyttelse af distribution og lager. Aftalen blev herefter anset for at lede til effektivitetsgevinster som kunne opfylde betingelsen i art. 101, stk. 3 TEUF.

³³³ Besanko m.fl.: *Economics of Strategy*, 2010, s. 52

I afgørelsen *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz* opererede de to cateringvirksomheder på hver sin side af Storebælt. I samarbejdsaftalen planlagde de to virksomheder at byde på kontrakter fra landsdækkende kunder. Ved at koordinere deres samarbejde kunne de således tilsammen dække et større område.

I stedet for, at hver part skulle oprette sit eget lager både øst og vest for Storebælt, kunne de ved samarbejdet benytte de lagre som den anden part havde til rådighed. Det resulterede i, at begge parter mindskede deres omkostninger til lager. Samarbejdet gjorde således parterne i stand til at opnå omkostningsbesparelser ved at udnytte placeringen af begge parters lagre. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede, at samarbejdet effektiviserede distributionen af cateringvarer og at aftalen dermed ledte til effektivitetsgevinster.

Ligeledes kan samdriftsfordele lede til omkostningsbesparelser. Det ses af kapitel 4, at ved produktion af to eller flere lignende varer på samme produktionsenhed, kan der opstå en bedre udnyttelse af produktionsenheden. Det da de grundlæggende investeringer allerede er foretaget, hvorfor disse ikke behøves foretaget på ny³³⁴. Virksomheder som producerer eller yder lignende service vil dermed kunne opnå samdriftsfordele ved at samarbejde. Omkostningsbesparelser opstår, da den ene virksomhed ikke behøver at foretage nye investeringer, idet disse allerede er foretaget af den anden virksomhed, hvorefter en udvidelse af ydelse/produktsortiment opstår i samarbejdet.

Det ses i afgørelsen *Netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*, hvoraf det fremgår at samdriftsfordele ligeledes kan anses som omkostningsbesparelser.

Styrelsen fandt, at der kunne opnås omkostningsbesparelser ved, at Telias eksisterende LTE-netværk kunne inddrages i samarbejdet, således at Telenor ikke behøvede at investere i netværket, men kunne videreudvikle med udgangspunkt i de allerede foretagne investeringer i netværket. Styrelsen anså disse besparelser som effektivitetsgevinster. Ligeledes skabtes samdriftsfordele, da parterne kunne sammenlægge master, antenneposition og antenneudstyr, hvorefter udgifterne til driften heraf mindskedes. I samarbejdet opnåede parterne dermed samdriftsfordele ved at sammenlægge forskellige men lignende aktiver.

³³⁴ Besanko m.fl.: *Economics of Strategy*, 2010, s. 43

4.4.2 Omkostningsbesparelser ved ny teknologi

I kapitel 4 ses det, at det overordnede mål for parter, som indgår i alliancer, er en deling af ressourcer for at skabe en værdi, som ikke kunne være skabt af parterne alene³³⁵. Det betyder, at parterne indgår i samarbejder for at opnå nogle ressourcer, de ikke kunne opnå hver for sig. Strategiske alliancer som dannes for at tilgå ny teknologi kan medvirke til skabe stordriftsfordele ved at effektivisere produktionen eller udviklingen af et produkt.

Samarbejder som indgås for at for opnå eller tilgå ny teknologi kan bl.a. ses i afgørelse *Ford/VW*. I afgørelsen fremgik det, at en kombineret af bl.a. virksomhedernes tekniske ekspertise kunne forbedre produktionen ved at effektivisere udviklingen og fremstillingen af produktet. En integration af bl.a. parternes tekniske ekspertise ledte således til ny produktionsteknologi, som resulterede i en *rationalisering* af produktudvikling og fremstilling. Det antages, at en rationalisering af produktudvikling må betyde en bedre og mere effektiv produktion, hvor ressourcerne udnyttes bedre. Det leder til omkostningsbesparelser i form af stordriftsfordele. Kommissionen fandt, at en kombineret af vidensressourcer, så som teknisk ekspertise, således ledte til omkostningsbesparelser, som kunne anses som effektivitetsgevinster.

I *De Laval-Stork* fandt Kommissionen ligeledes, at der kunne opnås omkostningsbesparelser ved produktionen ved en kombineret af parternes vidensdeling og tekniske ekspertise. Effektiviseringen af produktionen som opstod på baggrund af parternes adgang til teknologisk viden og erfaring kunne dermed lede til stordriftsfordele, hvilket blev anset som en effektivitetsgevinst.

4.4.3 Manglende omkostningsbesparelser

Det ses af ovenstående afgørelser, at omkostningsbesparelser opnås ved en deling af ressourcer. I kapitel 4 ses det, at ved opnåelse af stordriftsfordele fremkommer den opnåede merværdi ved en sammenlægning af parternes ressourcer. Et samarbejde som udelukkende indebærer en koordinering og fordeling af arbejdsopgaver vil dermed ikke kunne opnå en

³³⁵ Inkpen: *Strategic Alliances*, 2009, s. 4-5 – for yderligere om strategiske alliance se afhandlingens kap. 4

merværdi, som resultat af samarbejdet, som kan skabe fordele. For at opnå effektivitetsgevinster må allianceparterne dermed sikre, at der forekommer en udveksling af ressourcer i samarbejdet.

I den svenske afgørelse *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag* ses det, at en integration af konsortieparters virksomheder og en kombineret af parternes ressourcer, er nødvendig for at skabe stordriftsfordele. Ved vurderingen af om konsortiet skabte effektivitetsgevinster udtalte domstolen, at en manglende integration af parternes produktion ikke ledte til stordriftsfordele og herunder lavere produktions- og distributionsomkostninger. Domstolen mener således, at såfremt parterne havde formået at integrere deres produktion, kunne der have opstået omkostningsfordele.

Ikke alle typer af omkostningsbesparelser kan anses som effektivitetsgevinster efter art. 101, stk. 3 TEUF. Omkostningsbesparelser som kun kommer parterne til gode kan ikke siges at opfylde bestemmelsen. Det kræves, at de omkostningsbesparelser som opstår, kan opveje de konkurrencebegrænsninger som aftalen medfører. Det fulgte af EU-Domstolen afgørelse af *Mastercard m.fl. mod Kommissionen*. Her argumenterede parterne for, at aftalen var nødvendig for at kunne skabe fordele for parterne som kunne resultere i forbedringer. EU-Domstolen fandt, at kun de fordele som kan opveje den konkurrencebegrænsende effekt kan anses som effektivitetsgevinster. Dermed må det konkluderes, at de effektivitetsgevinster, som defineret fra art. 101, stk. 3 TEUF, som ses af samarbejdsaftalen, skal kunne opveje de konkurrencebegrænsninger som aftalen ligeledes frembringer. Dermed er det ikke alle omkostningsfordele, som kan anvendes som argumentation for effektivitetsgevinster.

Det understøttes i EU-Domstolens afgørelse *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*. Aftalen, som var indgået mellem forskellige linjerederier, indebar intet samarbejde mellem parterne. Parterne argumenterede for, at prisfastsættelsesaftalen ville lede til omkostningsbesparelser for de involverede parter. EU-Domstolen mente, at parternes argumentation om at samarbejdet kunne lede til flere investeringer i ny teknologi og dermed til opnåelse af omkostningsbesparelser kun kom rederierne til gode. Det da Domstolen ikke mente, at prisaf-talen ville lede til nye investeringer og der dermed blot var tale om priskoordinering.

En omkostningsfordel som blot opstår til fordel for parterne, men ikke formår at opveje den konkurrencebegrænsende effekt kan dermed ikke siges at opfylde betingelsen om effektivitetsgevinster. I de to ovenstående domme fra EU-Domstolen ses det, at den konkurrencebegrænsende effekt som aftalen medførte, ikke kunne opvejes af de påståede omkostningsbesparelser.

Af de tre ovenstående afgørelser (*Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag, Mastercard og Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*) bemærkes det yderligere, at samarbejderne ikke omfattede en integration af parternes ressourcer. Dette efterkommer dermed ikke det overordnede mål for indgåelse af strategiske alliancer som er at kombinere de strategiske samarbejdspartneres ressourcer for at skabe en konkurrencefordel.

Parterne opnåede dermed ikke en merværdi som eksempelvis omkostningsbesparelser ved stordriftsfordele.

4.4.4 Sammenfatning

Det ses, at anvendelsen af stordriftsfordele inddrages i vurderingen af den første betingelse om effektivitetsgevinster jf. art. 101, stk. 3 TEUF. Det ses ved, at parter som kombinerer deres ressourcer opnår gevinster bl.a. i form af stor- og samdriftsfordele. Hvordan retspraksis således vurderer parternes opnåelse af effektivitetsgevinster, følger teorien om strategiske alliancer, hvor de strategiske samarbejder kombinerer ressourcer for at opnå en merværdi.

En mangel på integration af parternes ressourcer findes ikke at kunne lede til stor- og samdriftsfordele, da parterne ikke opnår besparelser. Det da parterne hver for sig kunne levere det samme, som de kan ved indgåelse i samarbejdet.

Det ses endvidere, at prisaftaler, sjældent kan anses som effektivitetsgevinster. Det findes at sådanne aftaler sjældent kommer andre til gode end parterne selv og dermed opvejer de påståede effektivitetsgevinster ikke den konkurrencebegrænsning som prisaftaler medfører.

Det kan konkluderes, at stor- og samdriftsfordele, som fremkommer ved at parterne sammenlægger deres ressourcer, vil kunne anvendes som juridisk argumentation af EU-domstolen ved en vurdering af om samarbejdet opnår effektivitetsgevinster, jf. art. 101, stk. 3

TEUF.

5. RISIKODELING SOM LEDER TIL EFFEKTIVITETSGEVINSTER

Kommissionen anfører i sin vejledning, at de risici der foreligger ved aftalen samt de investeringer som skal foretages, kan medføre, at aftalen kan opfylde betingelserne for fritagelse, som ses i TEUF art. 101, stk. 3³³⁶.

Kommissionen anfører endvidere, at de risici der foreligger ved aftalen samt de investeringer som skal foretages, kan medføre at aftalen enten ikke falder ind under art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde eller kan opfylde betingelserne for fritagelse, som ses i TEUF art. 101, stk. 3³³⁷. Selvom der således er tale om to forskellige dele af bestemmelsen, må det betyde, at samme overvejelser kan anvendes ved en vurdering af den finansielle risiko, ved både art. 101, stk. 1 og 3 TEUF.

5.1 EU-Domstolens vurdering af risikodeling

I afgørelsen *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen* ses det, at EU-Domstolen ved en vurdering af anvendelse af art. 101, stk. 3 TEUF, lægger vægt på den høje økonomiske risiko, som er ved projektet. Her fandt Domstolen at ”... der er tale om fuldstændig nye ydelser, der kræver betydelige investeringer, er forbundet med høj økonomisk risiko og kræver sammenlægning af de enkelte deltagende virksomheders knowhow...”³³⁸ Det ses ligeledes af Kommissionens afgørelse i samme sag, hvor det fremkom at ”... de konstaterede konkurrencebegrænsninger [er] nødvendige, idet det må tages i betragtning, at der er tale om en helt ny forbindelse, som er forbundet med høj økonomisk risiko, som det vil være vanskeligt for en enkelt virksomhed at bære alene.”³³⁹

Den finansielle risiko som var forbundet med projektet, var medvirkende til, at man accepterede de konkurrencebegrænsninger, som samarbejdet medførte. Det da man ikke fandt, at parterne alene ville være i stand til at bære den økonomiske risiko som var forbundet med

³³⁶ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 44*

³³⁷ Kommissionens Meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, pkt. 44*

³³⁸ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 230

³³⁹ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS) mfl. mod Kommissionen*, præmis 26, jf. Kommissionens beslutning, IV/34.600 – *Night Services*, 1994, pkt. 63

projektet. Det ses af EU-Domstolens og Kommissionens afgørelse i den pågældende sag, at en høj økonomisk risiko muligvis kan benyttes som argument for en fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF.

5.2 Kommissionens vurdering af risikodeling

I afgørelsen *Elopak/Metal Box-Odin* fandt Kommissionen, at fremstillingen af produktet ville kræve viden om den anden parts teknologi, som ville kræve en betydelig og tidskrævende investering i udvikling af kompetencer. Kommissionen fandt bl.a., at de risici der var forbundet med udvikling og markedsføring af produktet betød, at parterne ikke kunne gøre det individuelt. Heri indgik en vurdering af de tekniske risici, som var forbundet med forskningen i et nyt produkt, som endnu ikke var afprøvet. Det fandt Kommissionen ville holde parterne fra at forske og udvikle alene. Kommissionen anførte endvidere, at en ”*Kombinationen af de to parters knowhow vil følgelig reducere de tekniske risici betydeligt, hvorved den finansielle byrde, der skal bæres i fællesskab, formindskes.*”³⁴⁰

Det fremgår heraf, at der ligeledes fokuseres på den tekniske risiko ved projektet. Ved en større fælles knowhow kunne parterne reducere de risici, som omhandlede parternes tekniske egenskaber til at udføre projektet. Ved at kombinere og udvide deres viden, kunne risikoen for et fejlslagent projekt grundet begrænset teknisk viden således reduceres.

En kombineret af ressourcer blev således benyttet som argument, som bl.a. kunne reducere risikoen. Kombineret af ressourcer reducerede således risikoen for at projektet slog fejl.

Kommissionens afgørelse vedrørende *Konsortium ECR 900* omhandlede et samarbejde om udvikling, fremstilling og salg af et nyt kommunikationssystem³⁴¹. Her fandt Kommissionen ”... at aftaleparterne af objektive, økonomiske grunde ikke kan forventes at bære den finansielle risiko i forbindelse med udviklingen og fremstillingen af GSM-systemet alene.”³⁴²

Risikoen lå i, at der var en meget begrænset efterspørgsel efter systemet samtidig med at omkostningerne ved udviklingen af systemet var høje. Det kunne derfor tage år før disse

³⁴⁰ Kommissionens Beslutning, IV/32.009 – *Elopak/Metal Box Odin*, 13-07-1990, pkt. 25

³⁴¹ Kommissionens Beslutning, IV/32.688 – *Konsortium ECR 900*, 27-07-1990, Nr. L 228/31, I., A.

³⁴² Kommissionens Beslutning, IV/32.688 – *Konsortium ECR 900*, 27-07-1990, Nr. L 228/33, II., 2), a), 3. afsnit

omkostninger var tjent ind. Kommissionen mente derfor, at den store ”... økonomiske risiko [kun kan] bæres af aftaleparterne, hvis de står sammen om at bære omkostningerne.”³⁴³. I pågældende sag fandt Kommissionen, at art. 101, stk. 1 TEUF ikke fandt anvendelse, da parterne bl.a. grundet den store finansielle risiko, ikke kunne anses som konkurrenter. Lignende overvejelser ses af Kommissionens afgørelse *International Private Satellite Partners*³⁴⁴, hvor art. 101, stk. 1 TEUF heller ikke fandt anvendelse.

I afgørelsen *Vacuum Interrupters* vurderede Kommissionen, at grundet den betydelige investering i forskning og udvikling af produktet, som var nødvendig for at levere en kommerciel forsvarlig produktion, forelå en byrdeful finansiell risiko, hvis virksomhederne alene skulle udvikle produktet³⁴⁵. Ved at lade virksomhederne samarbejde og dele den finansielle risiko kunne effektivitetsgevinster ses ved en kortere udviklings- og produktionstid af produktet og brug af færre udviklingsressourcer. Det kunne afspejles i en lavere pris end den som kunne opnås, hvis parterne skulle udvikle og producere produktet hver for sig. I sagen fandt Kommissionen, at de effektivitetsgevinster, som opstod på baggrund af deling af den finansielle risiko, var med til at fritage konsortiet efter art. 101, stk. 3 TEUF.

I afgørelsen *GEAE/P&W* som omhandlede et samarbejde om udvikling af en ny type flymotor vurderede Kommissionen, at parterne hver for sig kunne bære den finansielle risiko som forelå ved udviklingen af produktet. Idet begge virksomheder havde de fornødne finansielle ressourcer til at udvikle flymotoren, vurderede Kommissionen, at de enkelte virksomheder kunne bære de finansielle samt tekniske risici forbundet med udviklingen af motoren. Det da begge parter tidligere havde foretaget større investeringer i andre motorer og da begge parter tilhørte større internationale selskaber med betydelige finansielle ressourcer. I afgørelsen blev argumentet om at dele den finansielle risiko dermed afvist af Kommissionen, fordi det blev vurderet, at parterne hver især var i stand til at bære den tekniske og økonomiske risiko forbundet med udviklingen³⁴⁶.

³⁴³ Kommissionens Beslutning, IV/32.688 – *Konsortium ECR 900*, 27-07-1990, Nr. L 228/33, II., 2), a), 4. afsnit

³⁴⁴ Kommissionens Beslutning, IV/34.768 – *International Private Satellite Partners*, 15-12-1994, pkt. 55

³⁴⁵ Kommissionens Beslutning, IV/27.442 – *Vacuum Interrupters Ltd*, 20-01-1997, pkt. 19

³⁴⁶ Kommissionens Beslutning, IV/36.213/F2 – *GEAE/P&W*, 14-09-1999, pkt. 73-74

Dog vurderede Kommissionen, at samarbejdet kunne lede til en billigere udvikling af motoren som medførte omkostningsbesparelser³⁴⁷. Det ledte således til effektivitetsgevinster, jf. art 101, stk. 3 TEUF³⁴⁸.

5.3 Nationale instansers vurdering af risikodeling

I den svenske afgørelse vedrørende konsortiesamarbejdet mellem Cementa AB og Aalborg Portland, som omhandlede levering af cement til opførelse af Øresundsbroen, fandt den svenske domstol, at der var tale om et så omfattende projekt hvad angik bl.a. den økonomiske risiko, at samarbejdet var den eneste mulighed for, at virksomhederne kunne deltage i udbuddet³⁴⁹. Domstolen inddrog, foruden den økonomiske risiko, de omfattende økonomiske forpligtelser, materialeforbrug samt krav til leverandøren sine overvejelser. Konsortiesamarbejdet var således den eneste måde, hvorpå virksomhederne kunne deltage i udbuddet. Herefter fandt domstolen, at samarbejdet blev omfattet af den daværende svenske konkurrencelovs § 6³⁵⁰ (svarende til art. 101, stk. 1). Der var således ikke tale om en konkurrencebegrænsende aftale.

I den svenske afgørelse *Däckia* ses det, at omkostninger til udarbejdelse af tilbud indgår i den normale konkurrence, hvorfor besparelser hertil ikke kan anses som effektivitetsgevinster³⁵¹. Opnåelse af effektivitetsgevinster ved deling af risikoen for at dække omkostninger til tilbudsgivning, vil således ikke kunne begrunde en fritagelse.

Samme ræsonnement blev udledt i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse *Påbud til leverandører af ortopædiske sko*. Virksomhederne som indgik i konsortiesamarbejdet, argumenterede for, at årsagen til konsortiedannelsen bl.a. skyldtes, at der forelå administrative vanskeligheder ved individuel tilbudsgivning. Her fandt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at ”Hvad angår særlige administrative udgifter, må disse – i lighed med andre udgiftsposter – indgå som et konkurrenceparameter mellem virksomhederne indbyrdes.”³⁵²

³⁴⁷ Kommissionens Beslutning, IV/36.213/F2 – *GEAE/P&W*, 14-09-1999, pkt. 80

³⁴⁸ Kommissionens Beslutning, IV/36.213/F2 – *GEAE/P&W*, 14-09-1999, L 58/28, Beslutningens art. 1

³⁴⁹ *Konkurrensverket mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*, Markmadsdomstolen 08-10-1997, s. 4-5

³⁵⁰ *Konkurrensverket mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*, Markmadsdomstolen 08-10-1997, s. 5, jf. Konkurrenslag (1993:20), 6 §

³⁵¹ *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätt 21-01-2014, s. 138

³⁵² *Påbud til leverandører af ortopædiske sko*, Rådsmødet 24-11-1999

Af afgørelserne ses det således, at den usikkerhed og de omkostninger som er forbundet med konkurrencen om udbudsopgaven, ikke kan benyttes som argumentation for at indgå i et konsortium. Den usikkerhed og de omkostninger, som er forbundet med tilbudsgivning, er en del af den normale konkurrence, som samtlige økonomiske aktører er underlagt. Hvis den risiko som er forbundet herved kunne inddrages som argument for konsortiedannelsen, kunne det muligvis siges at fordreje konkurrencen, da det kunne skabe større sikkerhed (mindre risiko) og færre omkostninger ved tilbudsgivning for de parter som danner et konsortium, fremfor de resterende tilbudsgivere.

5.4 Kan risikodeling lede til effektivitetsgevinster?

I EU-Domstolens afgørelse *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen* ses det, at parterne som oprettede joint venturet fremførte, at ingen af parterne ville have båret de risici som var forbundet med projektet alene. Parterne i samarbejdet, har haft et behov for at dele risikoen mellem sig, muligvis grundet projektets størrelse. Det betyder, at virksomhederne i samarbejdet har været risikoaverse overfor projektet, hvilket indebærer, at man foretrækker et mindre risikofyldt alternativ i modsætning til et alternativ med større usikkerhed. Parterne har således foretrukket at indgå i samarbejde for at mindske risikoen. I den pågældende afgørelse anerkendte EU-Domstolen (såvel som Kommissionen) den store risiko som var forbundet med projektet, da der var tale om nye ydelser som krævede store investeringer.

I Kommissionens tre afgørelser (*Elopak/Metal Box-Odin, Konsortium ECR900 og Vacuum Interrupters*) ses det ligeledes at Kommissionen har anerkendt den tekniske og finansielle risiko, som har været forbundet med forskning, udvikling og fremstilling af et nyt produkt. Det da produktet bl.a. ikke var afprøvet endnu eller at der var tale om begrænset efterspørgsel og store udviklingsomkostninger. I alle tre afgørelser accepterede Kommissionen risiko som argument. Af afgørelser ses at parternes argument for at indgå i samarbejder, bl.a. kunne findes i parternes aversion imod alene at påtage sig den fulde risiko ved projektet. En risikoavers person vil have en aftagende men positiv marginalnytte. Det ses ved, at når denne person foretager en investering vil den ekstra nytte hun modtager, hvis investeringen giver gevinst, være mindre end det tab i nytte som personen vil opleve, hvis investeringen

slår fejl³⁵³.

Parternes risikoaversion kan således være afgørende for, hvor meget risiko de vil påtage sig, da den ekstra nytte som de får ud af at deltage i en succesfuld investering, vil være mindre end det tab i nytte som ses, hvis investeringen går tabt. I de pågældende tre afgørelser må det gælde, at virksomhederne er risikoaverse. Det betyder således, at den enkelte part vil søge at sprede risikoen ved at dele denne med flere. Derved påtager parterne sig en mindre risiko, som vil have stor betydning for graden af deres nytte. Hvis virksomhederne i de pågældende afgørelser ikke har ment, at de var i stand til at bære den økonomiske risiko alene, må det antages, at der er tale om risikoaverse virksomheder, som ikke har haft mulighed for at sprede deres risiko på mange projekter.

I den svenske afgørelse vedrørende konsortiesamarbejdet mellem Cementa AB og Aalborg Portland fandt den svenske domstol, at der var tale om så omfattende et projekt hvad angik bl.a. den økonomiske risiko, at samarbejdet udgjorde den eneste mulighed for at virksomhederne kunne deltage i udbuddet³⁵⁴. Parterne i samarbejdet mente ligeledes, at risikoen forbundet med projektet var for stor i forhold til hvad de individuelt kunne påtage sig. Dermed må parterne være risikoaverse, således at risikoen for et fejlslået projekt ville udgøre et større tab i nytte for parterne end den nytte de ville opnå, hvis samme projekt var vellykket.

Det understøttes af den svenske domstols afgørelse, som anerkendte den økonomiske risiko forbundet med projektet. Domstolen mente således ikke, at konsortiet faldt ind under art. 101, stk. 1 TEUF's anvendelsesområde. Parterne var risikoaverse idet de individuelt ikke har ønsket at påtage sig den finansielle risiko forbundet med opgaven. En deling af den økonomiske risiko kan dermed sikre mod nyttetab.

I Kommissionens afgørelse *GEAE/P&W* kunne parterne ikke benytte finansiell risiko som argument for fritagelse. Kommissionen mente, at parterne kunne bære den finansielle og tekniske risiko forbundet med udviklingen af produktet selv. Det da begge parter tidligere have foretaget lignende investeringer og var del af større koncerner. Det stemmer overens

³⁵³ Se afhandlingens kap. 4, s. 77-79

³⁵⁴ *Konkurrensverket mod Cementa AB og Aalborg Portland A/S*, Markmadsdomstolen 08-10-1997, s. 4-5

med principal/agent teorien, som fastsætter at principalen er risikoneutral, da denne har mulighed for at sprede risikoen over flere investeringer, og agenten er risikoavers, da denne i mindre grad kan sprede risikoen. Da parterne, i det pågældende samarbejde, begge var en del af større koncerner, var der eventuelt mulighed for at sprede risikoen ud over flere aktiviteter i koncernen. Teorien udleder, at parter som har mulighed for at sprede deres risiko ud på flere foretagender, vil være risikoneutrale, da de kan tåle det tab som kan forekomme, hvis investeringen slår fejl. Det betyder at parterne er villige til at påtage sig en risiko, hvis der er mulighed for en tilsvarende indtjening (stigning i nytte). Det da den værdi (nytte) som opnås, vil være lige så stor (og ikke større) end det tab de lider hvis investeringen slog fejl. Ligeledes vil tabet i nytte, hvis investeringen slår fejl, ikke være større end gevinsten i nytte hvis investeringen er en succes. Parterne må således antages at være neutrale i forhold til at bære risikoen.

Det understreges ligeledes ved, at parterne derudover havde foretaget lignende investeringer tidligere, hvilket indikerer at de er villige til at påtage sig risiko.

At der således var tale om virksomheder, som var del af større koncerner og før havde foretaget lignende investeringer, må det formodes, at virksomhederne var i stand til at påtage sig den finansielle risiko som sås ved udviklingen af det nye produkt.

I den svenske afgørelse *Däckia* såvel som den danske afgørelse *Påbud til leverandører af ortopædiske sko* ses det, at den økonomiske risiko som er forbundet med udformningen af tilbud ikke kan benyttes som argumentation for en fritagelse.

Da den udbudte kontrakt kan anses som det relevante marked, vil en reducere af risikoen for ikke at vinde den udbudte kontrakt, kunne anses som en reducere af konkurrencen på markedet. Denne risiko er således fælles for samtlige tilbudsgivere. At reducere risikoen for nogle tilbudsgivere, vil således kunne forvride konkurrencen om den udbudte kontrakt (markedet), hvilket vil påvirke konkurrencen for de deltagende økonomiske aktører. Den markedsrisiko som foreligger, skal anses som et generelt markedsvilkår som er gældende for samtlige tilbudsgivere³⁵⁵.

³⁵⁵ Markedsrisiko kan betegnes som systematisk risiko og er den risiko som påvirker samtlige virksomheder. Hvis samtlige virksomheder påvirkes af en generel ændring, vil det ikke kunne afbødes ved diversifikation. Se derudover Harrington & Niehaus: *Risk management & insurance*, 2003, s. 445

5.4.1 Sammenfatning

Det ses, at overvejelserne omkring deling af risici kan influere på hvorvidt et samarbejde kan fritages efter art. 101, stk. 3 TEUF. Hvis parterne ikke selv kan bære de finansielle eller tekniske risici som foreligger, kan samarbejdet muligvis benytte fritagelsen. Hvis det dog vurderes, at parterne alene kan bære disse risici, kan en deling af risikoen ikke inddrages i vurderingen efter art. 101, stk. 3 TEUF. Ydermere kan en mindsning af risici, som indgår i den normale konkurrence om kontrakten ikke anses som en effektivitetsgevinst, som leder til omkostningsbesparelser.

Risikodeling leder ikke alene til effektivitetsgevinster. Afgørelserne viser, at stor økonomisk risiko kan betyde at art. 101, stk. 1 TEUF ikke finder anvendelse eller at deling af risiko er en nødvendig (jf. betingelse 3) for at opnå effektivitetsgevinster.

En deling af risiko ses således i sammenhæng med det som opnås ved at indgå samarbejdet, nemlig en merværdi som kan ses som effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinsterne kan opstå ved en kombineret af komplementære ressourcer eller bl.a. manifestere sig i udvikling af nye produkter eller ved omkostningsbesparelser, så som stor- og samdriftsfordele.

6. DELKONKLUSION

Det ses at strategiske samarbejder kan benyttes til at kombinere parternes komplementære ressourcer, eksempelvis knowhow, til at skabe et nyt eller forbedret produkt. Denne kombineret kan ligeledes forekomme for at opnå omkostningsbesparelser. Parter som kombinerer deres ressourcer opnår bl.a. stordriftsfordele, som opstår ved en effektivisering af f.eks. produktionsprocesser eller ved en optimering af produktionsplanlægningen, som leder til en reduktion i enhedsomkostninger.

Det vil lede til en merværdi, som parterne ikke var i stand til at skabe uden for samarbejdet. Hvis samarbejdspartnere ikke integrerer deres ressourcer, men derimod deler opgaven imellem sig, vil der ikke opstå merværdi. Det da parterne hver for sig kunne levere det samme, som de kan ved indgåelse i samarbejdet og der derved ikke opnås relationsrente i form af bl.a. stordriftsfordele.

Dyer og Singh påviser, at for at opnå relationsrente må parterne kombinere deres komplementære ressourcer. Der skal således være tale om særegne ressourcer, som ikke kan substitueres. Det ses af retspraksis, som påviser at der skal være tale om særlige ressourcer,

som kun kan fremkomme ved samarbejdet. Hvis ikke parterne foretager en kombineret af ressourcer vil retssystemet ikke anerkende de effektivitetsgevinster, som samarbejdspartnerne mener at samarbejdet medfører. Den tilgang som retsinstanser således ligger til grund for hvornår parter opnår effektivitetsgevinster, følger teorien om strategiske alliancer, hvor de strategiske samarbejder kombinerer ressourcer for at opnå en merværdi.

Strategiske alliancer dannes ydermere for at dele risiko mellem flere parter og kan således bidrage til opnåelsen af merværdi. Det støttes af retspraksis, hvor det fremgår at hvis samarbejdspartnere ikke selv kan bære de finansielle eller tekniske risici som foreligger, kan en deling af risiko gennem et samarbejde bidrage til en opnåelse af effektivitetsgevinster, som kan lede til en fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF. Hvis det dog modsat vurderes, at parterne alene kan bære disse risici, kan en deling af risikoen ikke inddrages i vurderingen efter art. 101, stk. 3 TEUF. Ydermere kan en reduktion af risici som indgår i konkurrencen om kontrakten ikke anses som en effektivitetsgevinst.

Det ses af retspraksis, at komplementaritet benyttes som juridisk argument ved en vurdering af effektivitetsgevinster, jf. art. 101, stk. 3 TEUF. Det kan bl.a. ses ved en kombineret af parternes ressourcer hvorved der opstår nye eller forbedrede produkter samt en effektivisering, som leder til omkostningsbesparelser bl.a. i form af stordriftsfordele. Deling af risici kan ydermere influere på hvorvidt et samarbejde kan fritages efter art. 101, stk. 3 TEUF, da delingen af risiko kan være en præmis for at merværdi kan skabes.

KAPITEL 6 – KONKLUSION

Afhandlingen klarlægger, hvordan strategisk kontrahering og den relationsrente som tilbudskonsortier kan opnå herved, opfylder betingelsen om effektivitetsgevinster, som kræves for fritagelse fra konkurrencebegrænsende aftaler, jf. art. 101, stk. 3 TEUF.

I kapitel 2 er det vist at i udbud vil det relevante marked være den udbudte opgave. Vurderingen af om parterne er konkurrenter på det samme marked, afhænger af de krav som ordregiver stiller til tilbudsgiver og til opgavens udførelse.

De juridiske overvejelser som EU-Domstolen må inkludere, ved vurderingen af om konsortiepartier er konkurrenter, er derfor om virksomhederne har kapaciteten til at udføre den

udbudte opgave. Hvis parterne individuelt har kapaciteten til at byde på opgaven, vil der være tale om konkurrerende virksomheder og det skal herefter undersøges om konsortiet kan anses som en konkurrencebegrænsende aftale, jf. art. 101, stk. 1 TEUF.

I kapitel 3 er det vist at tilbudskonsortier overtræder art. 101, stk. 1 TEUF, hvis bestemmelsens fire kumulative betingelser, kan ses af aftalen. Det konkluderes, at konsortier opfylder virksomhedsbegrebet, da udbud indebærer en udveksling af varer og/eller tjenesteydelser med henblik på at konsortier byder for at skabe profit. Ligeledes konkluderes det, at aftalebegrebet opfyldes, da konsortier dannes for at opnå fælles mål og der dermed foreligger en sammenstemmende vilje.

Den tredje betingelse for anvendelsen af art. 101, stk. 1 TEUF er, at samarbejdet skal have et konkurrencebegrænsende formål eller følger. I afhandlingen findes, at konsortieaftaler ofte indebærer hardcore konkurrencebegrænsninger, så som priskoordinering, hvilket ofte medfører, at aftalen har et mærkbart konkurrencebegrænsende formål. Det kan således udledes, at konsortier, hvor parterne kan anses som konkurrenter ofte vil have et konkurrencebegrænsende formål.

Såfremt et konkurrencebegrænsende formål ikke kan ses af aftalen, må det undersøges om konsortieaftalen kan have konkurrencebegrænsende følger på markedet. Såfremt konkurrencebegrænsende følger kan udledes og yderligere opfylder den sidste betingelse om mærkbarhed overtræder konsortiet art. 101, stk. 1 TEUF.

En fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF kan således være nødvendig for konsortiesamarbejdet. Betingelsen om effektivitetsgevinster jf. art. 101, stk. 3 TEUF, åbner op for muligheden for at undersøge, hvorledes strategisk kontrahering ved strategiske alliancer og tiltag kan skabe en merværdi som følger den juridiske definition af effektivitetsgevinster.

I kapitel 4 og 5 finder afhandlingen at opnåelse af relationsrente, kræver en kombineret af allianceparternes komplementære ressourcer hvorved stor- og samdriftsfordele og deling af risici kan skabe eller bidrage til at skabe relationsrente. Det støttes af retspraksis, som påpeger at en manglende kombineret af parternes ressourcer ikke vil lede til effektivitetsgevinster. Den tilgang som retspraksis således ligger til grund for hvornår parter opnår effektivitetsgevinster, følger teorien om strategiske alliancer, hvor de strategiske samarbejder kombinerer ressourcer for at opnå en merværdi.

En kombineret af komplementære ressourcer og indgåelse i strategiske alliancer muliggør at konsortier kan tilgå ny teknologi ved vidensdeling og kan resultere i udvikling af nye produkter og effektivisering i form af omkostningsbesparelser. Disse omkostningsbesparelserne kan ses som stor- og samdriftsfordele som begge omfatter effektivisering eller bedre udnyttelse af parternes ressourcer, hvorved der skabes en reduktion i omkostninger pr. produceret enhed. Det ses i afhandlingen at retspraksis anerkender stor- og samdriftsfordele som effektivitetsgevinster.

Strategiske samarbejder kan medføre, at samarbejdet kan imødekomme større risici, som er forbundet med investeringer i nye produkter, processer og projekter. En deling af risiko kan være en nødvendig forudsætning for at virksomheder kan opnå merværdi. Det særligt for risikoaverse virksomheder som ikke ønsker at påtage sig for stor risiko alene.

Det støttes af retspraksis, hvor det fremgår at hvis samarbejdspartnere ikke selv kan bære de finansielle eller tekniske risici, kan en deling af risiko gennem et samarbejde bidrage til en opnåelse af effektivitetsgevinster, jf. art. 101, stk. 3 TEUF. Retspraksis understreger dog at delingen af risiko skal være væsentlig for opnåelse af effektivitetsgevinster og ikke blot reducere risikoen forbundet med udbuddet og således konkurrencen om kontrakten.

Strategiske samarbejder influerer på muligheden for at opnå eller skabe relationsrente, som opstår ved nye eller forbedrede produkter samt ved effektivisering, som leder til omkostningsbesparelser bl.a. i form af stor- og samdriftsfordele. Udfordringen for konsortier, ved anvendelse af strategiske samarbejder til opnåelse af relationsrente, er at forudsætningerne for samarbejderne er bedst ved længerevarende alliancer. Strategiske alliancer kræver tid for at udvikle sig, da der må skabes tillid mellem parterne. Det kan være en udfordring for tilbudskonsortier, som er tidsbegrænsede. Længden og omfanget af den udbudte opgave må således overvejes, når konsortier ønsker at implementere strategiske tiltag i deres samarbejde.

Afhandlingen finder, at opnåelse af relationsrente ved en kombineret af parternes komplementære ressourcer, kan ses som effektivitetsgevinster, jf. art. 101, stk. 3 TEUF. Relations-

Kapitel 6 - *Konklusion*

renten kan ses som udvikling af nye produkter, teknologier og processer eller ved en effektivisering som leder til stor- og samdriftsfordele. Ydermere kan en deling af risiko medvirke til at skabe relationsrente, da det giver tilbudsgivere mulighed for at deltage i udbud, de ellers ikke var en del af.

De juridiske overvejelser som må inkluderes af EU-Domstolen og som ses af retspraksis viser, at komplementaritet, stor- og samdriftsfordele og risikodeling inddrages som juridisk argumentation for en fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF. Der er således overensstemmelse mellem de strategiske tiltag og den relationsrente som parterne kan opnå herved og de effektivitetsgevinster som ses af retspraksis.

KAPITEL 7 – LITTERATUR

JURDISIK MATERIALE

BØGER

- Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth (2017): *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Djøf Forlag, 2. udgave
- Jones, Alison & Sufrin, Brenda (2016): *EU Competition Law*, Oxford University Press, 6th edition

ARTIKLER

- Hüschelrath, Kai & Smuda, Florian (2013): *Do Cartel Breakdowns Induce Mergers? Evidence from EC Cartel Cases*, European Competition Journal, 9:2, 407-429

LOVE, TRAKTATER, FORORDNINGER OG DIREKTIVER

- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)
- Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2014/24/EU
- LBK nr. 31 af 16-01-2018 (Konkurrenceloven)
- LOV nr. 1564 af 15-12-2015 (Udbudsloven)
- Rådets forordning Nr. 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, 2002
- Rådets forordning Nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, 2008
- Rådets forordning Nr. 17: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86, 1962
- Forordning Nr. 4056/86 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86 på søtransport, 1986
- LBK nr. 1089 af 15-09-2015 (Selskabsloven)
- Konkurrencslag (2008:579) (svensk konkurrencelov)
- Konkurrencslag (1993:20) (svensk konkurrencelov)

DOMME/KENDELSER/AFGØRELSER

EU-DOMME

- Sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*. Domstolens dom af 19. juni 2008. EU:C:2008:351
- Sag 118/85, *Kommissionen mod Italien*. Domstolens dom af 16. juni 1987. EU:C:1987:283
- Forenede sager 56 og 58/64, *Consten og Grundig mod Kommissionen*. Domstolens dom af 13. juli 1966. EU:C:1966:41
- Sag C-373/14 P, *Toshiba Corporation vs. Europa-Kommissionen*. Domstolens dom af 20. januar 2016. EU:C:2016:26
- Sag T-472/13, *Lundbeck mod Kommissionen*. Rettens dom af 8. september 2016. EU:T:2016:449
- Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services (ENS) mfl. mod Kommissionen*. Rettens dom af 15. september 1998. EU:T:1998:198
- Sag 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. mod Kommissionen*. Domstolens dom af 21. februar 1973. EU:C:1973:22
- Sag 27/76, *United Brands Company mfl. mod Kommissionen*. Domstolens dom af 14. februar 1978. EU:C:1978:22
- C-396/14, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*. Domstolens dom af 24. maj 2016. EU:C:2016:347
- Forenede sager C-29/83 og 30/83. *Compagnie royale asturienne des mines SA og Rheinzink GmbH mod Kommissionen*. Domstolens dom af 28. marts 1984. EU:C:1984:130
- Sag C-41/90, *Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH*. Domstolens Dom af 23. april 1991. EU:C:1991:161
- Sag C-138/11 *Compass-Datenbank GmbH mod Østrig*. Domstolens dom af 12. juli 2012. EU:C:2012:449
- Sag C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz*. Domstolens dom af 25. oktober 2001. EU:C:2001:577
- Sag C-67/96, *Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Domstolens dom af 21. september 1999. EU:C:1999:430. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F.G. Jacobs

Kapitel 7 - Litteratur

- Sag C-101/07 og 110/07, *Coop de France bétail et viande mod Kommissionen*. Domstolens dom af 18. december 2008. EU:C:2008:741
- Se bl.a. de forenede sager 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, *NV IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen*. Domstolens dom af 8. november 1983. EU:C:1983:310
- Sag C-73/95 P, *Viho Europe BV mod Kommissionen*. Domstolens dom af 24. oktober 1996. EU:C:1996:405
- Sag C-49/92 P, *Kommission mod Anic Partecipazioni SpA*. Domstolens dom af 8. juli 1999. EU:C:1999:356
- Sag T-41/96, *Bayer AG mod Kommission*. Rettens dom af 28. oktober 2000. EU:T:2000:242
- Sag 48-69, *Imperial Chemical Industries Ltd. mod Kommissionen*. Domstolens dom af 14. juli 1972. EU:C:1972:70
- Sag C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG mod Bundeskartellanwalt*. Domstolens dom af 7. september 2017. EU:C:2017:643
- Sag 56/65, *La Société Technique Minière (STM) mod Maschinenbau Ulm GmbH*. Domstolens dom af 30. juni 1966. EU:C:1966:38
- Forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline (GSK) mfl. mod Kommissionen*. Domstolens dom 6. oktober 2009. **EU:C:2008:738**
- Sag C-209/07, *Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) mfl.* Domstolens dom af 20. november 2008. EU:C:2008:643
- Sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV mod Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. Domstolens dom 4. juni 2009. EU:C:2009:343
- Sag C-67/13 P, *Cartes Bancaires mod Kommissionen*. Domstolens Dom af 11. september 2014. EU:C:2014:2204
- Sag C-7/95 P, *John Deere Ltd. mod Kommissionen*. Domstolens dom af 28. maj 1998. EU:C:1998:256
- Sag 22/71, *Béguelin Import Co mod SAGL Import Export*. Domstolens dom af 25. november 1971. EU:C:1971:113
- Sag C-5/69, *Franz Völk mod S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*. Domstolens dom af 9. juli 1969. EU:C:1969:35
- Sag C-439/11 P, *Ziegler SA mod Kommissionen*. Domstolens dom af 11. juli 2013.

EU:C:2013:513

- Sag C-226/11, *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*. Domstolens dom af 13. december 2012. EU:C:2012:795
- Sag 45/85, *Verband der Sachversichere e.V. mod Kommissionen*. Domstolens dom af 27. januar 1987. EU:C:1987:34
- Forenede sager T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, *Métropole Télévision SA m.fl. mod Kommissionen*, Rettens dom af 11. juli 1996. EU:T:1996:99
- Sag T-17/93, *Matra Hachette SA mod Kommissionen*. Domstolens dom af 15. juli 1994. EU:T:1994:89
- Sag T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*. Domstolens dom af 28. februar 2002. EU:T:2002:50
- Sag C-382/12 P, *Mastercard m.fl. mod Kommissionen*. Domstolens dom af 11. september 2014. EU:C:2014:2201
- Sag T-168/01: *GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen*. Rettens dom af 27. September 2006. EU:T:2006:265

EFTA-DOM

- Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mod Konkurransetilsynet*

NATIONALE DOMME

- *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mod Staten v/Konkurransetilsynet*, Norges Høyesterett, 22-06-2017, HR-2017-1229-A (Norge)
- *Staten v/Konkurransetilsynet mod Follo Taxi, Ski Taxi, Ski Follo Taxi*, Borgarting Lagmannsrets afgørelse 17-03-2015 (Norge)
- *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*, Stockholms Tingsrätts afgørelse 21-01-2014 (Sverige)
- *Cementa AB og Aalborg Portland A/S mod Konkurrensverket*, Stockholms Tingsrätts, 01-01-1997 (Sverige)

EU-KOMMISSIONENS AFGØRELSER

- Kommissionens Beslutning, IV/36.213/F2 – *GEAE/P&W*, 14-09-1999
- Kommissionens Beslutning, IV/32.688 – *Konsortium ECR 900*, 27-07-1990
- Kommissionens Beslutning, IV/32.009 – *Elopak/Metal Box Odin*, 13-07-1990
- Kommissionens Beslutning, IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23-12-1992
- Kommissionens Beslutning, IV/33.218 – *Far Eastern Freight Conference*, 21-12-1994
- Kommissionens Beslutning, IV/27.442 – *Vacuum Interrupters Ltd*, 20-01-1997
- Kommissionens Beslutning, IV/27.093 – *De Laval-Stork*, 25-07-1977
- Kommissionens Beslutning, IV//35.337 – *Atlas*, 17-07-1996
- Kommissionens Beslutning, IV/34.768 – *International Private Satellite Partners*, 15-12-1994

NATIONALE AFGØRELSER

- Rådsmøde hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 24-06-2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*
- Kendelse KL-2-2015 og KL-3-2015 – *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*. Afsagt af Konkurrenceankenævnet 11-04-2016
- Rådsmøde hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 26-11-2003, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz*
- Rådsmøde hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 30-04-2014, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinerings*
- Rådsmøde hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 29-02-2012, *Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor*
- Rådsmøde hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 27-08-2003, *Strukturordningen for sukkerroer*, nr. 3/1120-0100-0809 og 3/1120-0301-0284
- Kendelse 03-215.833 – *Danisco A/S mod Konkurrencerådet*. Afsagt af Konkurrenceankenævnet 31-01-2005
- *El Proffen AS/EP Contracting AS m.fl.* Vedtak V2017-21, 04-09-2017 i Konkurransetilsynet (Norge)
- *Ski Taxi BA, Follo Taxicentral BA og Ski Follo Taxidrift AS*, Vedtak V2011-12, 04-07-2011 i Konkurransetilsynet (Norge)

Kapitel 7 - Litteratur

- Rådsmøde hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 24-11-1999, *Påbud til leverandører af ortopædiske sko*

FORARBEJDER, MEDDELELSER OG VEJLEDNINGER

- Kommissionens meddelelse: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens art. 81, stk. 3* (art. 101, stk. 3), 2004/C 101/08
- Kommissionens meddelelse (2011): *Retningslinjer for anvendelse af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler*
- Kommissionens meddelelse (1997): *Afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret*, 97/C 372/03
- Kommissionens meddelelse (2004): *Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82*
- Kommissionens meddelelse (2014): *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 Funktionsmåde* (bagatelaftaler), 2014/C 291/ 01
- Kommissionens meddelelse (2001): *Aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab* (bagatelaftaler), 2001/C 368/ 07
- Konkurrence & Forbrugerstyrelsen (2018): *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*
- Pressemeddelelse fra Kommissionen (2013): IP/13/685 for sag C-226/11, *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence*

ØKONOMISK MATERIALE

BØGER

- Motta, Massimo (2004): *Competition Policy*, Cambridge University Press
- Wheelen, Thomas L., Hungar, J. David (2000): *Strategic Management*, Prentice Hall, 7th edition
- Besanko, D., Dranove, D., Shanley M., Schaefer S. (2010): *Economics of Strategy*, John Wiley & Sons, 5th edition
- Harrington, Scott E, Niehaus, Gregory R. (2003): *Risk management & insurance*, 2003, McGraw-Hill/Irwin, 2nd edition

- Harrigan, Kathryn Rudi (1986): *Managing for Joint Venture Success*, Simon and Schuster

ARTIKLER

- Dyer, Jeffrey H., Singh, Harbir (1998): *The Relational view: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage*, *Academy of Management Review*, Vol. 23, No. 4: 600-679.
- Petersen, Bent, Østergaard, Kim (2018): *Reconciling Contracts and Relational Governance through Strategic Contracting*, *Journal of Business & Industrial Marketing*, Vol. 33, Issue: 3: 265-276
- Kogut, Bruce, Zander, Udo (1993): *Knowledge of the firm and the evolutionary theory of the multinational corporation*, *Journal of International Business Studies*, Vol. 24, No. 4: 625-645
- Lado, Augustine A., Boyd, Nancy G., Hanlon, Susan C. (1997): *Competition, Cooperation, and the Search for Economic Rents: A Syncretic Model*, *The Academy of Management Review*, Vol. 22, No. 1: 110-141
- Elmuti, Dean, Kathawala, Yunus (2001), *An overview of strategic alliance*, *Management Decision*, Vol. 39, Issue: 3: 205-218
- Inkpen, Andrew C. (2009), *Strategic Alliances*, *The Oxford Handbook of International Business*, 2nd edition
- Cather, David A. (2010): *A gentle introduction to risk aversion and utility theory*, *Risk Management and Insurance Review*, Vol. 13, No. 1: 127-145
- Bergen, Mark, Shantanu, Dutta, Orville, Walker C., Jr. (1992): *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*, *Journal of Marketing*, Vol. 56, No. 3: 1-24
- Donada, Carol (2000): *Generating Cooperative Gain in a Vertical Partnership: A Supplier's Perspective*, *Canadian Journal of Administrative Sciences*, Vol. 19, Issue: 2: 173-184

TEORETISK MATERIALE

- Grether, Sowislo, Wiese: *Top-down or bottom-up? Prospective relations between general and domain-specific self-efficacy beliefs during a work-family transition*, 2017

Kapitel 7 - *Litteratur*

- Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth (2016): *EU-RET*, Karnov Group, 7. udgave
- Tvarnø, Christina D., Nielsen, Ruth (2014): *Retskilder og retsteorier*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave

BILAG A – Sø- og Handelsrettens afgørelse 27. august 2018

Følgende omhandler Sø- og Handelsrettens (herefter Retten) afgørelse 27. august 2018 i sagen *Konkurrencerådet mod LKF Vejmarkering A/S og Eurostar Danmark A/S*. Det vil forsøges afdækket, hvilke overvejelser Retten har gjort sig, da man valgte at ophæve Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (herefter Styrelsens) samt Konkurrenceankenævnets (herefter Ankenævnet) afgørelser, som fandt at *Dansk Vejmarkerings Konsortium* brød med konkurrencelovens (herefter KRL) § 6 og art. 101 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF).

Nedenfor er foretaget en opdeling af Rettens afgørelse i dele, som vurderes at have betydning for afhandlingen. Nedenstående omhandler specifikt s. 356-358 i afgørelsen.

DEL 1: DELKONTRAKTER

Retten inddrog ved deres afgørelse en rapport udfærdiget af McKinsey, som har til formål at optimere myndighedernes udbytte ved udbud, og fandt at Vejdirektoratet ved det efterfølgende udbud om vejmarkering, inddrog McKinseys anbefalinger, som omhandlede bl.a. samling af indkøb på færre leverandører, tiltrækning af udenlandske økonomiske aktører og anvendelse af udbudsformer og krav, som tilskynder effektiv drift. Retten påpegede, at da Vejdirektoratet herefter bl.a. forsøgte at tiltrække udenlandske tilbudsgivere gav det indtryk af, at Vejdirektoratet havde fulgt McKinseys anbefalinger.

Retten fandt således, at Vejdirektoratets udbud herefter reflekterede McKinseys anbefalinger herom. Dette bl.a. ved, at lade tilbudsgivere, der bød på flere eller alle tre distrikter, tilbyde en rabat uden loft. Retten fandt, at dette tilskyndede til samlede bud.

De tilbudsgivere, som havde mulighed for at byde en samlet rabat ved indgåelse af flere delkontrakter, ville således have en fordel, i et udbud, hvor tildelingskriteriet var laveste pris³⁵⁶.

Retten fandt endvidere, at konsortier ikke nødvendigvis begrænser konkurrencen på markedet, hvis man byder sammen, selvom man er i stand til at byde på delbud. Dette da man ikke på forhånd kan vide hvor mange tilbudsgivere der vil være i stand til at afgive tilbud og man kan derfor ikke på forhånd anse konsortiedannelsen som konkurrencebegrænsende. Dette må være en ex post vurdering

³⁵⁶ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 6

(i pågældende tilbud, var Dansk Vejmarkerings Konsortium eneste tilbudsgivere på alle tre delkontrakter).

Det er modsat Styrelsens og Ankenævnets afgørelser. Styrelsen fandt i sin afgørelse, at udbuddet gjorde det muligt at byde på delkontrakter og at der ikke var et krav eller udtrykt ønske om, at man helst ville have én aktør til at dække hele udbuddet³⁵⁷. Tildelingskriteriet i udbuddet var laveste pris, hvilket betød den kombination af alle bud, som samlet gav den laveste pris for Vejdirektoratet. Selvom man afgav det laveste bud på én delkontrakt, var det ikke ensbetydende med at man vandt denne. Styrelsen mente heller ikke, at tildelingskriteriet betød, at ordregiver automatisk gav de tre delkontrakter til én aktør. Dette ville afhænge af de indkomne bud og kunne derfor ikke forudsiges på forhånd³⁵⁸. Således mente Styrelsen, at man måtte vurdere parterne i forhold til hver af de tre delbud.

Dette støttes af Ankenævnet afgørelse, hvorefter man fandt, at selvom tildelingskriteriet var udformet som det ses ovenfor, var det ikke ensbetydende med, at parterne ikke kunne byde på de enkelte delkontrakter. Ankenævnet mente endvidere, at det forhold, at en virksomheds chance for at vinde er større, hvis man byder på samtlige delbud, er en del af den almindelige konkurrence. Dette ændrer ikke på, at det var muligt at afgive bud på et enkelt distrikt³⁵⁹. Herefter fandt Ankenævnet, at det var muligt at byde på de enkelte delkontrakter og at vurderingen af om parterne kunne anses som konkurrenter skulle vurderes ud fra de enkelte delkontrakter. Ankenævnet fandt således, at da parterne kunne byde på delkontrakterne var samarbejdet ikke objektivt nødvendigt. Parterne var således aktuelle konkurrenter og det var derfor ikke nødvendigt at vurdere om parterne (aktuelt eller potentielt) hver især havde kapacitet til at afgive samlet bud³⁶⁰.

Konklusion 1:

Retten fandt ikke, at vurderingen af hvorvidt parterne kan anses som konkurrenter skal bygges på en vurdering af om parterne kan byde på de enkelte delkontrakter. Dette da udbudsmaterialet begunstigede samlede bud, som omhandler alle tre distrikter.

³⁵⁷ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 769-770

³⁵⁸ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 773-774

³⁵⁹ *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, Konkurrenceankenævnet, 11-04-2016 i sag nr. KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 17

³⁶⁰ *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, Konkurrenceankenævnet, 11-04-2016 i sag nr. KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 17

Retten fandt, at udbuddet lagde op til, at tilbudsgivere der gav tilbud på alle de tre delkontrakter, havde de bedste forudsætninger for at vinde udbuddet. Dette ses ligeledes af parternes argumentation hvoraf det fremgår, at parterne mente, at parterne ville have en bedre mulighed for at vinde, hvis de gik sammen i konsortiet frem for at byde hver for sig³⁶¹.

Parter, som således kan byde på flere delkontrakter med en rabat, vil stå stærkest og det må indirekte betyde, at man opfordrede til at afgive samlet bud på alle tre distrikter. Dermed vil muligheden for at vinde ved afgivelse af tilbud på delkontrakter således være meget lille.

Af Rettens afgørelse ses det, at ved en vurdering af om konsortieparterne kan anses som konkurrenter, er det afgørende, om parterne kan afgive bud på alle tre delkontrakter hver for sig. Dermed anses parterne ikke som konkurrenter, ud fra de enkelte delkontrakter. Det er modstridende med Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets vurdering, som fandt at vurderingen af hvorvidt parterne kunne anses som konkurrenter afhang af de enkelte delkontrakter.

Hvorvidt parterne kan anses som konkurrenter, skal efter Rettens bedømmelse således vurderes ud fra det samlede udbud. Dette må afhænge af hvordan udbuddet er udformet.

DEL 2: KAPACITET

Retten fandt, at det må fastslås om parterne er konkurrenter ud fra et samlet bud. Det vil således være afgørende om parterne individuelt havde kapaciteten til at byde på alle de tre delbud.

Konsortiets egne kapacitetsberegninger viste, at parterne ikke var i stand til at levere et samlet bud på alle tre delkontrakter. Styrelsen fandt, at parterne hver for sig havde kapaciteten til at foretage delbud såvel som at foretage et samlet bud. Derudover mente Styrelsen, at såfremt man ikke kunne anse parterne som aktuelle konkurrenter ved et samlet bud, måtte de anses som potentielle konkurrenter. Dette da man fandt, at parterne havde muligheden for at udvide deres kapacitet vedrørende mandskab og maskiner. Dette betød, at Styrelsen anså parterne som aktuelle, såvel som potentielle konkurrenter³⁶².

³⁶¹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 768

³⁶² *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 636

Retten fandt, at Styrelsens kapacitetsvurdering byggede på antagelser om at hver konsortiepart kunne løfte opgaven alene ved at antage yderligere mandskab og tilkøbe yderligere maskiner. Styrelsen havde ikke fremvist dokumentation for, at det kunne lade sig gøre eller var forretningsmæssigt forsvarligt. Det kunne således ikke dokumenteres, at parterne hver især havde den kapacitet som kræves, for at byde på samtlige delkontrakter.

Styrelsen fandt, at konsortiets egne beregninger vedrørende kapacitet afsat til andre opgaver, uden fremlæggelse af dokumentation herfor, i form af skriftlige aftaler, ikke var fyldestgørende. Dermed mente Styrelsen, at konsortieparternes egne beregninger om kapacitet afsat til anden side ikke var fyldestgørende. Retten fandt modsætningsvis, at kapacitet afsat til anden side, ikke kræver dokumentation, men kan bygge på indhentede erfaringer. Kapacitet kan således være afsat til kunder man har en forventning om vil henvende sig og som det vil være uansvarligt at afvise.

Konklusion 2:

En vurdering af om parterne har den kapacitet, som kræves for at kunne byde på en given kontrakt alene, kan ikke bygges på antagelser om muligheden for udbudssubstitution. Det kræver dokumentation og det er Styrelsen som må løfte denne bevisbyrde. Det fandt Retten, at Styrelsen ikke havde været i stand til og således var deres kapacitetsvurdering ikke fyldestgørende.

Retten fandt endvidere, at kapacitet som er afsat til anden side, ikke skal dokumenteres ved skriftlige aftaler, men vil bero på erfaring.

Del 3: FORMÅL

Retten bemærkede, at Ankenævnet anlagde en anden vurdering af aftalens karakter end Styrelsen.

Retten mente endvidere ikke at ankenævnet havde lavet den *nødvendige konkrete bedømmelse* af aftalens formål og karakter, til at fastslå om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Styrelsen fandt, at der var tale om en aftale mellem konkurrenter om prisfastsættelse og markedsdeling og at aftalen således i sig selv havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. KRL § 6, stk. 1, stk. 2, nr. 1 og 3 og art. 101, stk. 1, litra a og c, TEUF. Styrelsen mente, at sådanne aftaler er et direkte indgreb i de væsentlige konkurrenceparametre på markedet og erstatter den risiko der er forbundet

med normal konkurrence om et udbud³⁶³. Styrelsen fandt således, at aftalen ud fra sit indhold (pristfastsættelse samt markedsopdeling) havde til formål at begrænse konkurrencen³⁶⁴. At parterne ved deres fælles bud, havde haft til hensigt at afgive det mest konkurrencedygtige bud³⁶⁵, ændrede ikke på at aftalen objektivt set var egnet til at begrænse konkurrencen. Dette da den priskonkurrence der ellers havde været mellem parterne, blev sat ud af kraft ved aftalen³⁶⁶. Den objektive målsætning med aftalen var således at eliminere konkurrencen mellem parterne og dermed begrænse konkurrencen om udbuddet. Styrelsen fandt endvidere, at dette kunne betyde, at ordregiver havde betalt for meget for opgaven³⁶⁷.

Styrelsen fandt endvidere, at da der var tale om hardcore konkurrencebegrænsninger, skulle der alene tages summarisk hensyn til aftalens økonomiske og retlige sammenhæng³⁶⁸. Styrelsen fandt, bl.a. at da markedet ikke var kendetegnet ved særlige forhold, så som kapacitetsbegrænsninger og parterne kunne anses som konkurrenter, da de hver især havde kapaciteten til at byde, understøttede den økonomiske og retlige sammenhæng at aftalens indhold og målsætninger udgjorde en begrænsning der har til formål at begrænse konkurrencen³⁶⁹.

Af Ankenævnets afgørelse fremgår det, at hvis parterne kan anses som konkurrenter, vil aftalen være i strid med art. 101, hvis aftalen har til formål eller følge at begrænse konkurrencen³⁷⁰. Ankenævnet fandt, at før det kan fastslås om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, skal der være sikkerhed for, at aftalen efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt har så konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise følger³⁷¹. Ankenævnet fandt endvidere, at aftalen, mellem to konkurrenter, eliminerede den forretningsmæssige risiko og at det, at de sammen bød den laveste pris, ikke viste at Vejdirektoratet ikke kunne have fået en lavere pris, hvis der havde været konkurrence mellem parterne. Ankenævnet fandt således, at aftalen derfor, objektivt bedømt i sin markedsmæssige sammenhæng, havde et konkurrencebegrænsende formål. Dette

³⁶³ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 758-560

³⁶⁴ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 764-765

³⁶⁵ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 768

³⁶⁶ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 776

³⁶⁷ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 777-779

³⁶⁸ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 783

³⁶⁹ *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, Rådsmødet 24-06-2015, pkt. 784-788

³⁷⁰ *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, Konkurrenceankenævnet, 11-04-2016 i sag nr. KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 16

³⁷¹ *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, Konkurrenceankenævnet, 11-04-2016 i sag nr. KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 17

da aftalen i sin natur var egnet til at skade konkurrencen. Aftalen havde således til formål at begrænse konkurrencen og overtrådte derfor KRL § 6 og art. 101 TEUF³⁷².

Konklusion 3:

Retten fandt, at Ankenævnet anlagde en anden vurdering af aftalens karakter end Styrelsen.

Ovenfor ses det, at Styrelsen i sin vurdering fremhævede, at da aftalen indeholdt hardcore konkurrencebegrænsninger var den retlige og økonomiske sammenhæng hvori aftalen indgik, mindre væsentlig. Styrelsen fandt, at priskoordinering og markedsdeling i sig selv fører til at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål.

Ankenævnet fandt, at aftalen måtte bedømmes i en markeds kontekst. Hertil fandt Ankenævnet, at da der var tale om en aftale mellem to konkurrenter, indebar dette en eliminering af den forretningsmæssige risiko, som var mellem parterne, og det betød at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Retten fandt ikke, at ankenævnet har foretaget den nødvendige konkrete vurdering af aftalens indhold (formål og karakter) og det kunne således ikke vurderes om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Det ses, at Ankenævnet baserede deres vurdering af aftalen på, at parterne var konkurrenter og at aftalen herefter fandtes at have et konkurrencebegrænsende formål. Rettens afgørelse må betyde, at man ved en sådan vurdering også skal inddrage aftalens indhold.

Rettens afgørelse må ligeledes betyde, at hardcore konkurrencebegrænsninger, som ses ved bl.a. priskoordinering og opdeling af markeder, ikke alene kan resultere i en konkurrencebegrænsende aftale.

KONKLUSION:

Sø- og Handelsretten fandt, at udbuddet ikke lagde op til at parterne skulle byde på de enkelte delkontrakter. Retten fandt, at Styrelsen ikke havde bevist at konsortieparternes kapacitetsberegninger ikke var retvisende, da Styrelsens vurdering byggede på antagelser. Parterne havde derfor ikke den kapacitet som kræves for at byde på den samlede opgave hver for sig. Dermed kunne parterne ikke anses som konkurrenter på det pågældende marked, som var den udbudte opgave. Hvis parterne således ikke kan anses som konkurrenter, vil der ligeledes ikke være tale om at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen på det pågældende marked (den udbudte kontrakt). Følgelig fandt Retten ikke at der forelå en overtrædelse af KRL § 6, som svarer til art. 101, stk. 1 TEUF.

³⁷² Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet, 11-04-2016 i sag nr. KL-2-2015 og KL-3-2015, s. 18

BILAG B – Sikring af relationsrente

	Indeholder	Hvad?	Medfører
Relationsspecifikke investeringer	1) Lokalisationspecifikke aktiver	Placering af produktionsanlæg fysisk tæt på hinanden – dele som er svære at/umulige at flytte	<ul style="list-style-type: none"> - Kan medføre reduktion i inventar- og transportomkostninger - Skabe nærhed, som faciliterer samarbejde
	2) Fysisk aktivspecifitet	Transaktionsspecifikke kapitalinvesteringer – kan være investeringer i maskinel, som kun kan benyttes i det givne fællesskab	<ul style="list-style-type: none"> - Differentiering af produktion fra konkurrenters - Forbedre kvalitet
	3) Human aktivspecifitet	Transaktionsspecifik knowhow, som opstår gennem længerevarende samarbejder	<ul style="list-style-type: none"> - Kan sikre effektiv kommunikation og dermed undgå fejl
Effektiv ledelsesstruktur		<ul style="list-style-type: none"> - Kompatibel virksomhedsstruktur - Engagement hos ledelse - Deling af kontrol - Klare ansvarsområder - Fælles mål 	<ul style="list-style-type: none"> - Skaber tillid - Mindsker miskommunikation - Mindsker risikoen for konflikt - Mindsker transaktionsomkostninger - Skaber incitament til værdiskabende initiativer
Sikkerhedsforanstaltninger	1) Tredjepartshåndhævelse	Styring gennem juridiske kontrakter	<ul style="list-style-type: none"> - Sikre mod opportuniste - Skaber incitament - Skaber tillid
	2) Knowhow	Formelle sikkerhedsforanstaltninger: <ul style="list-style-type: none"> - Af økonomisk karakter → skaber økonomisk incitament Uformelle sikkerhedsforanstaltninger: <ul style="list-style-type: none"> - Af ikke-økonomisk karakter - Er komplekse og særegne for det givne samarbejde - Reciprocitet 	
Effektiv kommunikation		<ul style="list-style-type: none"> - Løbende feedback - Evaluering af præstation og mål 	<ul style="list-style-type: none"> - Modvirke tvivl - Skaber tillid - Sikre at forventninger og krav tydeliggøres og tilpasses

BILAG C – Fritagelse efter art. 101, stk. 3 TEUF

	Domme og afgørelser	Effektivitetsgevinster
KOMPLEMENTARITET/ SYNERGIEFFEKTER	<i>ENS mfl. mod Kommissionen</i>	✓ Kombinerings af knowhow skabte nyt produkt af høj kvalitet
	<i>Matra Hachette mod Kommissionen / Ford/VW</i>	✓ Kombinerings af teknik til udvikling af nyt produkt
	<i>Ford/Volkswagen</i>	✓ Kombinerings af a knowhow og tekniske ressourcer skabte forbedring af produktet
	<i>Elopak/Metal Box-Odin</i>	✓ Kombinerings af erfaring (knowhow) og tekniske ressourcer ledte til udvikling af nyt produkt
	<i>GEAE/P&W</i>	✓ Kombinerings af knowhow og tekniske ressourcer ledte til et nyt produkt → resultere i færre omkostninger til vedligeholde, omkostning pr. passager og fløjet mil og lavere brændstofforbrug
	<i>De Laval-Stork</i>	✓ Kombinerings af knowhow og fysiske aktiver ledte til forbedring af produktionen
	<i>Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag</i>	÷ Mangel på integration af produktionsressourcer og investeringer i fælles investeringer → ingen tekniske fremskridt
	<i>Skive og Omegn Vognmandsforenings tilbudskoordinering</i>	÷ Mangel på integration af parternes ressourcer til at løse opgave bedst
<i>Dansk Vejmarkerings Konsortium</i>	÷ Mangel på kombinerings af mandskab eller materiel	

	<i>Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz</i>	✓ Kombination varer, service og lager medførte en forbedret distribution af varer
	<i>Netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor</i>	✓ Synergieffekter ved komplementaritet ledte til omkostningsgevinst
STOR- OG SAMDRIFTS-FORDELE	<i>Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen</i>	÷ Prisfastsættelse kan ikke benyttes som argument for styrkelse af økonomisk kapacitet og lede til nye investeringer
	<i>Vacuum Interrupters</i>	✓ Kombination af erfaring ledte til ny produktionsteknologi
	<i>Ford/VW</i>	✓ Kombination af viden kunne forbedre teknisk udvikling, som medførte omkostningsbesparelser Oprettelse af nyt produktionsanlæg → effektivisering af produkt + reducere i transportomkostninger
	<i>Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag</i>	÷ Hvis der ikke kunne ses nogen integration af ressourcer, kunne ikke ses gevinster i form af forbedret produktion
	<i>ENS mfl. mod Kommissionen</i>	✓ Kombination af parternes finansielle ressourcer muliggjorde omkostningsbesparelser ved drift af fire ruter i stedet for én
	<i>De Laval-Stork</i>	✓ Kombination af bl.a. personale, knowhow, fabrik betød højere udnyttelsesgrad og derved kunne de faste omkostninger reduceres
	<i>Samarbejdsaftalen mellem Ove Juel Catering A/S og T.H. Schultz</i>	✓ Kombination af ressourcer skabte ny konkurrent på markedet hvilket øgede effektiviteten, forbedrede distribution og reducerede omkostninger, som skabte konkurrencedygtige priser

<i>Netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor</i>	✓ Kombinering af ressourcer → skabte omkostningsgevinst Kombinering af ressourcer ledte til reducere i omkostninger → stor- og samdriftsfordele
<i>Dansk Vejmarkerings Konsortium</i>	÷ Mangel på kombineret af ressourcer, således ingen stor-driftsfordele eller mere effektiv udnyttelse af ressourcer
<i>ENS m.fl. mod Kommissionen</i>	✓ Kombinering af viden og finansielle ressourcer var nødvendig for at kunne byde, hvilket de ikke havde været i stand til hver for sig (stordriftsfordele derfor vigtige)
<i>Atlas</i>	✓ Kombinering af ressourcer ledte til reducere i enhedsomkostninger
<i>Mastercard m.fl. mod Kommissionen</i>	÷ Fordele ved produktionsplanlægning som ikke kan opveje den konkurrencebegrænsende effekt som samarbejdet har kan ikke betegnes effektivitetsgevinster
<i>Consten & Grundig mod Kommissionen</i>	÷ Fordele som opnås ved en bedre produktion og produktionsplanlægning skal være af objektiv karakter og opveje de ulemper, som den konkurrencebegrænsende aftale medfører
<i>Strukturordningen for Sukkerroer</i>	✓ Bedre produktionsplanlægning ledte til færre transportomkostninger og en samling af produktion på færre lokationer
<i>Netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor</i>	✓ Kombinering af parternes netværk ledte til omkostningsbesparelser ved drift og vedligeholdelse
<i>Ove Juel Catering A/S og T.H. Schulz</i>	✓ Kombinering af parternes lagere medførte effektiv reducere omkostning til lokallagere og transport

	<i>ENS mfl. mod Kommissionen</i>	✓ Deling af den finansielle risiko medførte til at parterne kunne foretage investeringer som ledte til et nyt produkt
RISIKODELING	<i>Elopak/Metal Box-Odin</i>	✓ Deling af teknisk og finansiell risiko kunne medføre en projektet egennemførelse og udvikling af produkt
	<i>Vacuum Interrupters</i>	✓ Samarbejde og deling af finansiell risiko kunne lede til effektivitetsgevinster ved kortere udviklings- og produktionstid af produktet og brug af færre udviklingsressourcer
	<i>GEAE/P&W</i>	÷ Parterne kunne hver for sig bære den finansielle risiko som forelå ved udviklingen af produktet → argumentet om at dele den finansielle risiko blev afvist
	<i>Konsortium ECR 900</i>	✓ Deling af finansiell risiko medførte mulighed for udvikling af et nyt system
	<i>Däckia/Euromaster</i>	÷ Opnåelse af effektivitetsgevinster, ved deling af risikoen for at dække omkostninger til tilbudsgivning, vil ikke kunne begrunde en fritagelse
	<i>Cementa AB og Aalborg Portland A/S</i>	✓ Deling af den finansielle risiko medførte muligheden for at kunne levere cement til byggeprojekt