

# Lempelser i forbud mod bindende videresalgspriser?

Af Dorthe Kristensen<sup>1</sup>

## 1. Indledning

Både nationalt og internationalt er bindende videresalgspriser traditionelt blevet betragtet som værende skadelig for konkurrencen. Inden for de seneste år har emnet været genstand for stor debat, da det er blevet klart, at bindende videresalgspriser også kan have en positiv effekt på konkurrencen, hvorfor de ikke altid skal forbydes. USA's Supreme Court afsagde i 2007 en dom, som ændrede en næsten 100 år gammel praksis om definitivt forbud mod bindende videresalgspriser til en konkret vurdering, hvor tilladelse kan gives.

Pr. 1. juni 2010 trådte de nye regler vedrørende vertikale aftaler i kraft i EU. Blandt andet er reglerne vedrørende bindende videresalgspriser blevet revideret, idet der nu åbnes op for en mere nuanceret vurdering af art. 101 TFEU. Derfor bør det undersøges nærmere, i hvilket omfang man fremadrettet kan forvente, at Kommissionen vil acceptere bindende videresalgspriser.

Nærværende artikel vil først fokusere på de grundlæggende tanker bag holdningen til bindende videresalgspriser. I denne forbindelse behandles den bagvedliggende økonomiske litteratur og udviklingen i USA, idet udviklingen i USA er relevant at inddrage, da tendenser der ses i USA også efterfølgende ofte ses i EU. Dernæst analyseres de nye EU-regler, hvor det undersøges, hvilke ændringer der reelt er sket i forhold til de tidligere regler. Tredje afsnit omhandler kort de danske regler.

Mens bindende videresalgspriser traditionelt har været betragtet med stor skepsis, har lovgiver normalt været mere accepterende overfor vejledende videresalgspriser. Derfor omhandler mange sager det spørgsmål, om det, der betegner sig vejledende videresalgspriser, reelt dækker over bindende priser. I nærværende artikel fokuseres udelukkende på bindende priser, hvilket vil sige, at spørgsmålet, om der er tale om bindende videresalgspriser eller ej, ikke behandles. Endvidere anses maksimumpriser generelt ikke som skadelige, med mindre de fungerer som fikspunkt for forhandlerne, hvorfor der udelukkende fokuseres på bindende *minimums*priser.

## 2. Rationale bag bindende videresalgspriser

Den 1. juni 2010 trådte nye regler vedrørende vertikale begrænsninger, herunder bindende videresalgspriser, i kraft i EU. Bag disse nye regler ligger økonomiske teorier og overvejelser, og med stor sandsynlighed er der hentet inspiration i amerikansk ret, idet amerikansk ret ofte har en afsmittende virkning på EU-retten. For at give en forståelse for udformningen af de nye regler, vil de økonomiske teorier og udviklingen i amerikansk ret blive beskrevet i dette afsnit.

### 2.1. Udvikling i den økonomiske teori

I 1960 publicerede den amerikanske økonom Lester G. Telser sin artikel "*Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*"<sup>2</sup> om den økonomiske teori bag bindende videresalgspriser. Indtil dette tidspunkt havde opfattelsen af bindende videresalgspriser været negativ, idet det var antaget,

<sup>1</sup> Cand.merc.jur studerende på Handelshøjskolen, Aarhus Universitet, Aarhus. Artiklen er udarbejdet i forbindelse med faget "Master Class i juridisk analyse".

<sup>2</sup> L.G. Telser "Why Should Manufacturers Want Fair Trade" 3 Journal of Law and Economics (1960), pp. 89 - 96. Grunden til at Telsers artikel hedder "Why Should Manufactureres Want Fair Trade" er, at de regler der i USA tidligere tillod bindende videresalgspriser, hedder fair trade laws. Se også afsnit 2.2. om den amerikanske retsudvikling.

at bindende videresalgspriser primært bidrog til at skabe producent- eller forhandlerkarteller.<sup>3</sup> Telser argumenterede dog for, at bindende videresalgspriser også havde positive økonomiske effekter.<sup>4</sup> Efterfølgende har adskillige økonomer forsket yderligere inden for området, og således står det i dag klart, at bindende videresalgspriser både har konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger.<sup>5</sup>

### 2.1.1. Konkurrencebegrænsende virkninger

Overordnet set er der fire måder, hvorpå bindende videresalgspriser kan have negative følger.<sup>6</sup> De første to omfatter skabelsen af de allerede nævnte producent- og forhandlerkarteller.<sup>7</sup>

Et producentkartel foreligger, når producenter samarbejder om at forlange, at deres forhandlere opkræver mindstepriser ved videresalg til forbrugerne. Bindende videresalgspriser letter oprettelsen og vedligeholdelsen af producentkartellet, idet prisgennemsigtigheden øges, således at kartellet lettere kan overvåge, om nogle deltagere i kartellet ”snyder” og forlanger lavere videresalgspriser.<sup>8</sup> Idet der ikke kan konkurreres på pris, reduceres intrabrand konkurrencen.<sup>9</sup> Derudover kan bindende videresalgspriser reducere producenternes individuelle incitament til at sænke prisen over for detailhandlere, hvilket ellers ville føre til lavere priser for forbrugerne og dermed medføre et større salg end konkurrenterne.<sup>10</sup> Overordnet set får producenterne ikke nogen stor økonomisk gevinst ved at fastsætte videresalgspriserne, men resultatet af et producentkartel er, at priserne er højere, end hvis der havde været fri konkurrence.

Modsat producenterne får forhandlerne ofte en økonomisk gevinst ved, at producenterne fastsætter en bindende videresalgspris.<sup>11</sup> Med en tvungen mindstepris er prisen kunstigt højere for forbrugerne, end hvis der havde været fri konkurrence, og dette medfører en højere profitmargin for forhandlerne. Bindende videresalgspriser sat af producenten har samme effekt, som havde der været et forhandlerkartel, men forhandlerne er bedre stillet, idet det er producenterne, der etablerer og håndhæver kartellet.<sup>12</sup> Et forhandlerkartel opstår således ved, at forhandlerne ”overtaler” producenterne til at etablere og håndhæve mindstepriserne. Idet producenterne ikke nødvendigvis

---

<sup>3</sup> R.J. Van den Bergh og P.D. Camesasca ”European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective” London, Sweet and Maxwell (2006), p. 208. Se også D. Ross og F.M. Scherer ”Industrial Market Structure and Economic Performance” Boston, Houghton Mifflin Company (1990) pp. 550-551, samt J. Tirole, ”The Theory of industrial Organization” Cambridge, The MIT Press (1988), pp. 170-180

<sup>4</sup> Telser (1960), *supra n. 2*, pp. 89 - 96

<sup>5</sup> Van den Bergh og Camesasca (2006), *supra n. 3*, p. 208

<sup>6</sup> K. G. Elzinga og D.E. Miller; David E. ”The Economics of Resale Price Maintenance” 3 ABA Section of Antitrust Law, Issues In Competition Law And Policy (2008), pp. 1845-1850

<sup>7</sup> For at disse negative følger kan blive til virkelighed er der en række betingelser, som må være opfyldt; markedet skal være koncentreret, omkostningsfunktion og markedsandel for virksomhederne må være ens, markedet skal være stabilt, og der skal være adgangsbARRIERER.

<sup>8</sup> Elzinga og Miller (2008), *supra n. 6*, p. 1846. Se også Ross og Scherer (1990), *supra n. 3*, pp. 550-551

<sup>9</sup> Intrabrand = Konkurrence mellem forskellige forhandlere af samme mærke

S. Bishop og M. Walker ”The Economics of EC Competition Law” London, Sweet and Maxwell (2002), p 170

<sup>10</sup> M. Kneepkens ”Resale price maintenance: Economics call for a more balanced approach” 28(12) European Competition Law Review (2007), p. 7

<sup>11</sup> Kneepkens (2007), *supra n. 10*, p. 6

<sup>12</sup> Elzinga og Miller (2008), *supra n. 6*, pp 1845-1846 og Kneepkens (2007), *supra n. 10*, p. 6

får noget ud af anvendelsen af bindende videresalgspriser, vil de kun indvilge heri, såfremt de f.eks. er tvunget til det.<sup>13</sup>

En tredje konkurrencebegrænsende virkning er, at bindende videresalgspriser kan hjælpe en dominerende producent med at udelukke konkurrerende producenter fra markedet, hvilket vil sige, at der sker markedsafskærmning.<sup>14</sup> Gennem en høj videresalgspris kan en producent implicit give en forhandler en attraktiv profitmargin mod at denne nægter at forhandle konkurrenternes produkter. Derudover kan producenten gennem den høje profitmargin implicit tvinge forhandleren til at fremhæve producentens produkter og dermed skubbe konkurrentens produkter ud.<sup>15</sup> Således forhindres konkurrerende producenter i at komme ind på markedet, og dermed forvrides konkurrencen.<sup>16</sup>

Den fjerde og sidste konkurrencebegrænsende virkning af bindende videresalgspriser er, at nye forhandlere forhindres i at trænge ind på markedet.<sup>17</sup> Idet der er faste priser, er der ikke nogen priskonkurrence mellem forhandlerne, og derfor er det ikke muligt for nye forhandlere at trænge ind på markedet med brug af lavere priser. Dette reducerer dynamikken og innovationen på distributionsniveauet, som ellers kunne have mindsket omkostningerne, og dermed sænket priserne.<sup>18</sup>

### 2.1.2. Konkurrencefremmende virkninger

Som nævnt var økonomen Telser i 1960 den første til at anerkende, at der også er positive følger af bindende videresalgspriser.

Den vigtigste konkurrencefremmende virkning er, ifølge Telser, serviceargumentet.<sup>19</sup> Serviceargumentet handler om, at producenter af visse produkter ønsker, at forhandlerne yder service i forbindelse med salget for at bevise produktets kvalitet og give en fornemmelse af eksklusivitet, men også for at skabe en ekstra konkurrenceparameter.<sup>20</sup> Når service anvendes for et givent produkt på et frit marked uden bindende videresalgspriser, vil forhandlere, der ønsker at sænke prisen og konkurrere på denne parameter, kunne "free ride" på konkurrenternes service, og dermed stilles de forhandlere, der giver service, dårligt.<sup>21</sup> For at kunne konkurrere bliver disse forhandlere også nødt til at sænke serviceniveauet, og dermed mistes en del af produktets samlede værdi. Ved at fastsætte bindende videresalgspriser reduceres muligheden for free riding, da alle forhandlere tvinges til at konkurrere på service og/eller andre ikke-pris parametre.<sup>22</sup> Med bindende videresalgspriser fastholdes produktets samlede værdi, og alle forhandlere må arbejde lige for at få solgt deres produkt.<sup>23</sup>

---

<sup>13</sup> F.eks. hvis forhandlerne truer med boykott af produkterne.

Kneepkens (2007), *supra n.* 10, p. 6

<sup>14</sup> Elzinga og Miller (2008), *supra n.* 6, p 1847 og Kneepkens (2007), *supra n.* 10, p. 7

<sup>15</sup> Elzinga og Miller (2008), *supra n.* 6, p 1847, og Ross og Scherer (1990), *supra n.* 3, pp. 550-551

<sup>16</sup> Kneepkens (2007), *supra n.* 10, p. 7

<sup>17</sup> Elzinga og Miller (2008), *supra n.* 6, p 1848 og Kneepkens (2007), *supra n.* 10, p 8

<sup>18</sup> L. Peepkorn, "Resale Price Maintenance and Its Alleged Efficiencies" 4 European Competition Journal (2008), p. 208

<sup>19</sup> Telser (1960), *supra n.* 2, pp. 89-96

<sup>20</sup> Telser (1960), *supra n.* 2, pp. 89-96

<sup>21</sup> Kneepkens (2007), *supra n.* 10, p. 2. Se også Ross og Scherer (1990), *supra n.* 3, p. 551

<sup>22</sup> Ross og Scherer (1990), *supra n.* 3, p. 544

<sup>23</sup> Telser (1960), *supra n.* 2, pp. 89-96

Som nævnt reduceres intrabrand-konkurrencen på pris ved at tillade bindende videresalgspriser, men samtidig forstærkes intrabrand-konkurrencen på andre parametre.<sup>24</sup> Derudover kan bindende videresalgspriser have en forstærkende effekt på interbrand-konkurrencen<sup>25</sup> mellem producenter og forhandlere af forskellige mærker, fordi service påvirker forbrugernes valg mellem konkurrerende mærker.<sup>26</sup> På grund af den øgede interbrand-konkurrence kan markedsadgangen for nye mærker og virksomheder også lettes.<sup>27</sup>

Der kan også argumenteres for, at bindende videresalgspriser tilskynder forhandlere til at have et større lager af varer, således at salg ikke hindres af manglende varelager.<sup>28</sup> Under markedsmæssige vilkår falder værdien af lagervarer i dårlige økonomiske tider, hvorfor det er risikabelt at have for mange varer. Med bindende videresalgspriser falder værdien ikke, hvorfor det er sikkert at have varer på lager.<sup>29</sup>

Ovenfor er det klargjort, at der både er konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger af bindende videresalgspriser, og det er således tydeligt, at økonomien spiller en stor rolle i forbindelse med lovgivningen inden for området.

## **2.2. Amerikansk retsudvikling**

Måden, hvorpå amerikansk praksis har formet sig inden for området, er interessant fra et europæisk perspektiv, idet mange tendenser, der ses i USA, også efterfølgende ofte ses i EU. Inden analysen af de nye europæiske regler, undersøges derfor i følgende afsnit den amerikanske retsudvikling.

I USA er det § 1 i *Sherman Act*, der behandler konkurrencebegrænsende aftaler. Af paragraffens første punktum fremgår det, at “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.*”<sup>30</sup> Dette vil sige, at enhver form for fælles aktivitet mellem to eller flere personer, der begrænser konkurrencen, er forbudt. Der er ingen undtagelser til forbuddet.

Den første milepæl vedrørende bindende videresalgspriser blev sat i 1911 med *Dr. Miles-sagen*.<sup>31</sup> Sagen angik en producent, Dr. Miles Medical Company, som krævede, at forhandleren John D. Park & Sons Co. anvendte fastsatte priser ved videresalg. Da forhandleren nægtede at gøre dette, sagsøgte Dr. Miles Medical Company forhandleren for brud på kontrakt. Sagen endte i Supreme Court, og ifølge USA's Supreme Court var fastsættelse af priser i strid med reglerne i *Sherman Act* § 1, og retten fandt, at en sådan aftale var *per se* forbudt.<sup>32</sup> At en aftale er *per se* forbudt vil sige, at det under ingen omstændigheder anerkendes, at der er positive følger eller effektivitetsforbedringer,

---

<sup>24</sup> Kneepkens (2007), *supra n.* 10, p. 3 og K.G. Elzinga og D.E. Mills “Leegin and procompetitive Resale Price Maintenance” 55 *The Antitrust Bulletin* (2010) p. 4

<sup>25</sup> Interbrand = Konkurrence mellem forskellige mærker  
Elzinga og Miller (2010), *supra n.* 24, p. 4

<sup>26</sup> Elzinga og Miller (2010), *supra n.* 24, p. 4

<sup>27</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* nr. 06-480 (2007)

<sup>28</sup> Kneepkens (2007), *supra n.* 10, p. 5

<sup>29</sup> Peepkorn (2008), *supra n.* 18, p. 210

<sup>30</sup> *Sherman Antitrust Act - U.S.C. Sec. 1*

<sup>31</sup> *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911)

<sup>32</sup> *Dr. Miles-sagen* (1911), *supra n.* 31

hvorfor der ikke kræves nogen yderligere undersøgelse af aftalens faktiske effekt på markedet.<sup>33</sup> Derudover fandt retten, at aftalen var til fordel for forhandlerne, og den fik status af forhandlerkartel.

Afgørelsen i *Dr. Miles* var kontroversiel, og under depressionen i 1920'erne og 1930'erne var den upopulær.<sup>34</sup> Grunden til dette var, at afgørelsen forhindrede producenter i at sætte en mindstepris og derved stabilisere de nedadgående forhandlerpriser. Derudover gjorde afgørelsen det umuligt for producenterne at forhindre, at store forhandlere sænkede prisen og dermed eliminerede små forhandlere. Derfor begyndte flere stater i visse tilfælde at tillade brugen af bindende videresalgspriser ved at vedtage såkaldte "fair trade laws".<sup>35</sup> Kongressen vedtog i forlængelse heraf i 1937 *Miller-Tydings Fair Trade Act*<sup>36</sup> og *McGuire Act*<sup>37</sup> i 1952, som gav immunitet til dem, som overholdt de statslige fair trade laws. I 1975 fjernede Kongressen de to love, og afgørelsen i *Dr. Miles* fik igen fuld effekt.<sup>38</sup>

Bl.a. på grund af Telsers resultater i 1960 blev *Dr. Miles*-dommen aldrig anerkendt af mange forskere, og indtil sin underkendelse i 2007 har den været omdiskuteret.<sup>39</sup>

Dommen, der underkendte *Dr. Miles*, var *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*<sup>40</sup> (herefter *Leegin*). *Leegin* producerer læderprodukter af mærket Brighton, og de leverede bl.a. til butikken Kay's Kloset i Texas. I 1997 indførte *Leegin* en forhandlerpolitik vedrørende pris og reklame for Brighton-mærket. Forhandlerpolitikken fastsatte en vejledende pris for produkterne. Efter indførelsen af forhandlerpolitikken nægtede *Leegin* at sælge til detailhandlere, der satte prisen på Brighton-produkter under de vejledende priser, hvilket vil sige, at de vejledende priser fik karakter af bindende videresalgspriser.

*Leegin* indførte forhandlerpolitikken for at give detailhandlerne tilstrækkelig store profitmargin, og på den måde at sikre, at detailhandlerne ydede den service, som var vigtig for at opretholde markedets image, samt for at give kunderne en fornemmelse af eksklusivitet.

I 2002 opdagede *Leegin*, at Kay's Kloset havde nedsat prisen på hele Brighton kollektionen med 20 %. *Leegin* bad Kay's Kloset stoppe med dette, men da de nægtede, standsede *Leegin* samarbejdet og nægtede at levere flere varer. Idet Brighton-mærket udgjorde 40-50 % af omsætningen hos Kay's Kloset, havde leveringsstoppet stor betydning for Kay's Kloset. Kay's Kloset lagde sag an mod *Leegin* med påstand om, at *Leegin* havde skabt et forhandlerkartel samt havde bidraget til udelukkelse af konkurrenter. *Leegin* tabte ved både distriktsdomstolen og appeldomstolen.

*Leegin* erkendte, at pris aftalen havde bindende elementer, men de mente, at *rule of reason* skulle anvendes, således at der blev foretaget en helhedsvurdering af hele sagen, både de positive og

---

<sup>33</sup> E. Gippini-Fournier, "Resale Price Maintenance in the EU: in statu quo ante bellum" Fordham Corp. L. Inst - 36th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy (2009)

<sup>34</sup> A. Jones, "Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution - *Leegin* and its implications for EC competition law" 53 *The Antitrust Bulletin* (2008), p. 910

<sup>35</sup> Jones (2008) *supra n.* 34, p. 910

<sup>36</sup> The Miller-Tydings Fair Trade Act, 50 Stat. 693 (1937)

<sup>37</sup> The McGuire Act, 66 Stat. 632 (1952)

<sup>38</sup> Van den Bergh og Camesasca (2006), *supra n.* 3, p. 220

<sup>39</sup> Jones (2008) *supra n.* 34, p. 911

<sup>40</sup> *Leegin*-sagen (2007), *supra n.* 27, p. 4

negative aspekter. Appeldomstolen var dog ikke enig heri, idet den sagde, at ”*It was correct to explain that it remained bound by Dr. Miles “[b]ecause [the Supreme] Court has consistently applied the per se rule to [vertical minimum price-fixing] agreements*””<sup>41</sup>

Leegin ankede sagen til Supreme Court, og denne identificerede fire konkurrencebegrænsende virkninger samt fire konkurrencefremmende virkninger<sup>42</sup> af bindende videresalgspriser. Af Supreme Court afgørelsen fremgår det, at for at kunne opretholde et per se forbud skal der være tydelige negative virkninger, og der må ikke være nogen positive virkninger, der opvejer det negative.<sup>43</sup> Endvidere fandt retten, at den økonomiske litteratur tydeligt retfærdiggør bindende videresalgspriser, idet det er uomstridt, at der er positive virkninger samt, at det under visse markedsforhold er usandsynligt, at der findes negative virkninger.<sup>44</sup>

Idet der var konkurrencefremmende virkninger, der opvejede de begrænsende virkninger, fandt Supreme Court modsat distriktsdomstolen og appeldomstolen, at *rule of reason* burde anvendes ved bindende videresalgspriser.<sup>45</sup> Man har altså her valgt at se på helheden i stedet for blot de begrænsende virkninger. Som konsekvens heraf omstødte Supreme Court appelrettens afgørelse, og sagen blev sendt tilbage til fornyet gennemgang i overensstemmelse med *rule of reason*. Afgørelsen var en 5-4-afgørelse, hvorfor også denne afgørelse har skabt debat.<sup>46</sup> I april 2009 var der høring i Kongressen om at få annulleret *Leegin*-afgørelsen,<sup>47</sup> men dette skete ikke. Staten Maryland har dog i maj 2009 vedtaget en lov, der går imod *Leegin*-afgørelsen, og som fortsat vil behandle bindende videresalgspriser med et *per se* forbud,<sup>48</sup> idet staten mener, at en *rule of reason* vurdering skader forbrugerne.<sup>49</sup> Derudover har Senatets domstolskomité<sup>50</sup> i januar 2010 godkendt et forslag om at underkende *Leegin*-afgørelsen. Forslaget kaldes populært ”*the Leegin Bill*”, og det vides endnu ikke, om eller hvornår forslaget kommer til høring i Senatet.<sup>51</sup>

---

<sup>41</sup> *Leegin*-sagen (2007), *supra n. 27*, p. 4

<sup>42</sup> Disse virkninger er de samme, som er gennemgået ovenfor i det økonomiske afsnit.

<sup>43</sup> *Leegin*-sagen (2007), *supra n. 27*, p. 6

<sup>44</sup> *Leegin*-sagen (2007), *supra n. 27*, p. 9

<sup>45</sup> *Leegin*-sagen (2007), *supra n. 27*, p. 1

<sup>46</sup> Bl.a. har den tidligere FTC formand udtalt, at *Leegin*-afgørelsen var forkert, idet en ellers sund konkurrence på forhandlerniveauet vil blive skadet.

D.F. Broder og S.A. Alexander, “US: anti-competitive agreements - vertical price fixing - Supreme Court judgment - Congressional response” 28(12) *European Competition Law Review* (2007), p. 3

<sup>47</sup> Se *Bye Bye Bargains? Retail Price Fixing, the Leegin Decision and It’s Impact on Consumer Prices*, Hearing before the Subcommittee on courts and Competition Policy of the Committee on the Judiciary, 111<sup>th</sup> Cong. (2009).

Tilgængelig på [http://judiciary.house.gov/hearings/hear\\_090428\\_1.html](http://judiciary.house.gov/hearings/hear_090428_1.html)

<sup>48</sup> Maryland Commercial Law, §§11-201—213(2005)

Tilgængelig på <http://law.justia.com/maryland/codes/gcl.html>

Det er vigtigt at holde sig for øje, at de individuelle stater har mulighed for at lave selvstændige regler, idet *Leegin*-afgørelsen blev afsagt under den føderale antitrust lovgivning og *ikke* på statsligt niveau.

L.B. Moraia, “Resale Price Maintenance and Free Riding. New Insights In The U.S.A. Compared To The European Approach” 37 *Giurisprudenza Commerciale*, Milan, Giuffrè (2010), fodnote 35

<sup>49</sup> A. Barr, “State challenges to vertical price fixing in the post-*Leegin* world” Federal Trade Commission, FTC Hearings on Resale Price Maintenance, (2009), p. 5

Tilgængelig på <http://www.ftc.gov/opp/workshops/rpm/may09/docs/abarr.pdf>

<sup>50</sup> Judiciary Committee

<sup>51</sup> The *Leegin Bill* hedder officielt *H.R. 3190, the Discount Pricing Consumer Protection Act*. Ifølge en statusopgørelse fra US Government er der ikke sket mere på sagen.

Tilgængelig på: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d111:HR03190:@@L&summ2=m&>

I august 2010 blev *Leegin*-sagen revurderet,<sup>52</sup> og Leegins krav om at få sagen afvist blev taget til følge ved både distriktsdomstolen og appeldomstolen. Siden *Leegin*-afgørelsen er der faldet dom i *Toledo Mack*-sagen,<sup>53</sup> hvor *rule of reason* også blev anvendt.<sup>54</sup> Blandt teoretikere og forskere er *Leegin*-afgørelsen generelt set accepteret, idet det er anerkendt, at der også er konkurrencefremmende virkninger af bindende videresalgspriser.<sup>55</sup>

Ovenfor er det illustreret, at der ikke er enighed om tilgangen til bindende videresalgspriser i USA. Anvendelsen af *rule of reason* er dog gældende ret, hvorfor det bør undersøges, om EU går i samme retning som USA og således bevæger sig i retning af at acceptere bindende videresalgspriser på trods af, at der er en materiel forskel mellem amerikansk og europæisk ret.<sup>56</sup>

### 3. Den europæiske tilgang til bindende videresalgspriser

EU's art. 101, stk. 1 TFEU indeholder et bredt forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.<sup>57</sup> For at være omfattet af forbuddet, skal den begrænsende aftale være indgået mellem virksomheder, og den skal kunne påvirke handelen mellem medlemsstater. Derudover skal aftalen have til formål eller følge at fordreje, hindre eller begrænse konkurrencen inden for det indre marked. Når en aftale indeholder bindende videresalgspriser, er der en formodning for, at aftalen er konkurrencebegrænsende og dermed falder ind under art. 101, stk. 1 TFEU.<sup>58</sup>

Selvom der foreligger en overtrædelse af art. 101, stk. 1 TFEU kan aftalen alligevel fritages, såfremt den er omfattet af gruppefritagelsesforordningen,<sup>59</sup> eller hvis den opfylder alle betingelserne i art. 101, stk. 3 TFEU.<sup>60</sup> En gruppefritagelsesforordning gælder for kategorier af aftaler og

---

<sup>52</sup> *PSKS, Inc. v. Leegin Creative Leather Products, Inc.*, No. 09-40506 (5th Cir. August 17, 2010)

<sup>53</sup> *Toledo Mack Sales Service Inc V. Mack Trucks Inc*, No. 08-1811, (US Court of Appeals, 3<sup>rd</sup> Cir. June 17, 2008)

<sup>54</sup> Distriktsdomstolen dømte til fordel for den sagsøgte producent på grund af *rule of reason*. Ved appeldomstolen blev det slået fast, at der var tilstrækkelig bevis for en ulovlig aftale, hvorfor sagen blev sendt tilbage til fornyet behandling. Ved den fornyede behandling dømte domstolen igen til fordel for den sagsøgte producent,

<sup>55</sup> Se bl.a. Elzinga og Miller (2010), *supra n. 24*, p. 19, Elzinga og Miller (2008), *supra n. 6*, Kneepkens (2007), *supra n. 10* p. 2, Van den Bergh og Camesasca (2006), *supra n. 3*, p. 208 og OECD Policy Roundtables Resale Price Maintenance (2008)

<sup>56</sup> Bl.a. er amerikansk ret baseret på common law-doktrinen, og Supreme Court har anerkendt, at formålet med *Sherman Act* er at beskytte forbrugernes velfærd. Selvom Kommissionen har erklæret, at formålet med art. 101 er at forøge forbrugernes velfærd, så har EU-domstolen ikke anerkendt dette, idet det er tvivlsomt, om det er muligt at adskille målene med art. 101 med resten af målene i Traktaten. Derudover har der i EU hele tiden været mulighed for at undtage en aftale, jf. art. 101, stk. 3 TFEU, hvilket ikke har været tilfældet i USA. Derfor har USA større behov for en ændring. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af Traktatens artikel 81, stk. 3, EUT 2004, C 101/97, pkt. 13 Jones (2008) *supra n. 34*, p. 507

<sup>57</sup> Artiklen indeholder også et forbud mod samordnet praksis, men da nærværende artikel omhandler bindende videresalgspriser fokuseres der på konkurrencebegrænsende aftaler, hvorfor samordnet praksis ikke kommenteres yderligere.

<sup>58</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 223

<sup>59</sup> Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis

<sup>60</sup> Betingelserne i stk. 3 er kumulative og kan opdeles i to positive betingelser og to negative betingelser. De to positive betingelser indebærer at aftalen skal bidrage 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.” De to negative betingelser indebærer, at aftalen ikke må pålægge virksomheder begrænsninger, som er unødvendige for at nå ovennævnte mål, samt at aftalen ikke må give mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

Disse fire betingelser er yderligere uddybet i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af Traktatens artikel 81, stk. 3, EUT 2004, C 101/97, pkt. 32-116

samordnet praksis, som parterne kan anvende, uden at disse bliver anfægtet. Disse kategorier af aftaler fritages automatisk fra indgriben, såfremt de opfylder de i stk. 3 nævnte betingelser.<sup>61</sup>

Bindende videresalgspriser diskuteres i gruppefritagelsesforordningen og den dertil hørende meddelelse. Meddelelsen behandler både aftaler omfattet af gruppefritagelsesforordningen samt aftaler, der falder udenfor. Den 1. juni 2010 trådte Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010, og Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010 om retningslinjer for vertikale begrænsninger i kraft, og disse har erstattet de tidligere regler på området.<sup>62</sup>

### 3.1. Kommissions forordning nr. 330/2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3

Forordningens art. 2 erklærer art. 101, stk. 1 TFEU uanvendelig på vertikale aftaler i henhold til art. 101, stk. 3 TFEU og med forbehold for de i forordningen givne bestemmelser. Art 2. er affattet meget kort og præcis – især i forhold til den tidligere forordning, der i artiklen definerede hvad en vertikal aftale er. Selvom ordlyden er ændret mellem de to forordninger, er udgangspunktet det samme nemlig, at såfremt betingelserne i art. 101, stk. 3 TFEU er opfyldt for en given aftale, og med mindre andre bestemmelser i forordningen siger andet, så er aftalen undtaget fra art. 101, stk. 1 TFEU.

Ifølge art. 4 gælder fritagelsesbestemmelsen i art. 2 ikke for aftaler med hardcore konkurrencebegrænsninger. Dette gælder uanset om markedstærsklen på 30 % i art. 3 er overskredet eller ej, jf. sag T-176/95, *Accinauto*. En hardcore begrænsning er en aftale, der har til formål ”at begrænse købers adgang til at fastsætte sin salgspris uden at dette indskrænker leverandørens mulighed for at fastsætte maksimumpriser eller vejledende salgspriser,” jf. litra a. Kommissionens meddelelse uddyber, at detailprisbinding kan foreligge enten direkte eller indirekte.<sup>63</sup> Den direkte prisbinding er helt åbenbar, og derfor ikke behøver yderligere forklaring. Indirekte prisbinding kan forekomme i situationer, hvor der laves en aftale om en fastsat forhandleravance eller en maksimal rabat, som forhandlerne må yde. På den måde kan producenten styre den pris, som forhandleren tager for sine produkter. Endvidere kan indirekte prisbinding forekomme i form af trusler om leveringsnægtelse eller lignende i tilfælde af manglende overholdelse af aftalen. Prisbindingen kan gøres mere effektiv ved at kombinere den med midler, der har til formål at afsløre forhandlere, der sætter lavere priser. Et eksempel herpå kan være et krav om, at forhandlerne skal indberette deres salgspriser.<sup>64</sup> Endvidere fremgår det af meddelelsen,<sup>65</sup> at såfremt en aftale indeholder hardcore begrænsninger, som er listet i forordningens art. 4, så falder hele aftalen uden for forordningens anvendelsesområde, idet hardcore begrænsninger ikke kan adskilles fra resten af aftalen.

---

<sup>61</sup> Kommissionens Retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 – 2004/C 101/08, pkt. 35

<sup>62</sup> Kommissions forordning 2790/1999 af 29. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis og Kommissionens meddelelse nr. C 291/01 af 13. oktober 2000 om retningslinjer for vertikale begrænsninger.

<sup>63</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 48

<sup>64</sup> Et eksempel herpå er i dansk ret Bestseller sagen. Konkurrencerådet traf i 2003 afgørelse om, at Bestseller overtrådte konkurrencelovens § 6, da de krævede at de selvstændige forhandlere anvendte vejledende priser. Endvidere krævede Bestseller at de selvstændige forhandlere indrapporterede priserne via et fælles it-system. Konkurrencerådet fandt at der var så tæt sammenhæng mellem kravet om prisrapporteringen og vejledende priser, at ordningen måtte anses som omfattet af konkurrencelovens § 6, fordi den gav Bestseller mulighed for at kontrollere priserne. Som følge heraf blev Bestseller påbudt at ændre både prissystemet og indrapporteringen. I 2010 er påbuddet blevet ophævet, idet Bestseller har efterkommet Konkurrencerådets krav, og derfor er der ikke længere noget berettiget grundlag for at opretholde den.

<sup>65</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 47



Indholdsmæssigt er der i forordningen ikke sket en ændring i forhold til den tidligere bestemmelse, selvom ordlyden er en anden. I meddelelsen<sup>66</sup> er der sket den ændring, at de bindende videresalgspriser i den nye meddelelse benævnes ”detailprisbinding”, hvor de i den tidligere meddelelse kaldes ”bindende videresalgspriser”. Begrebet omfatter det samme, idet bindende videresalgspriser (som regel) foregår på detailniveau, og begrebet bindende videresalgspriser anvendes derfor fortsat i nærværende fremstilling.

Ud fra ovennævnte kan det konkluderes, at der indholdsmæssigt ikke er sket nogen ændringer i forordningen, idet bindende videresalgspriser stadig ikke er fritaget herefter, og således er de stadig forbudte.

### 3.2. Artikel 101, stk. 3 TFEU

Såfremt en konkret aftale falder uden for gruppefritagelsesforordningen, skal det undersøges, om den falder inden for art. 101, stk. 1 TFEU, og i bekræftende fald om den kan fritages efter art. 101, stk. 3 TFEU. Idet der er en formodning for, at aftaler, der indeholder bindende videresalgspriser er omfattet af art. 101, stk. 1 TFEU,<sup>67</sup> er det ikke relevant at gå ind i en dybere vurdering heraf. I stedet fokuseres der på, om aftalen kan fritages efter art. 101, stk. 3 TFEU.

Det fremgår af meddelelsen, at virksomheder i konkrete tilfælde kan godtgøre, at der foreligger konkurrencefremmende virkninger, sådan at aftalen vil falde ind under art. 101, stk. 3 TFEU.<sup>68</sup> Såfremt virksomheden sandsynliggør, at der foreligger konkurrencefremmende virkninger ved at medtage den konkurrencebegrænsende aftale, samt påviser at betingelserne i art. 101, stk. 3 TFEU generelt er opfyldt,<sup>69</sup> skal Kommissionen foretage en konkret undersøgelse af de ventede konkurrenceskadelige virkninger, førend den kan beslutte, om betingelserne i art. 101, stk. 3 TFEU reelt er opfyldt. I forhold til den tidligere meddelelse, som blot sagde, at det er usandsynligt, at en aftale, der indeholder hardcore begrænsninger, vil kunne meddeles individuel fritagelse,<sup>70</sup> er der tale om en ændring. Med den nye meddelelse åbnes der op for en bredere vurdering af hardcore begrænsninger efter art. 101, stk. 3 TFEU.

Bindende videresalgspriser, eller detailprisbinding, behandles specifikt i meddelelsen,<sup>71</sup> og det tydeliggøres her, at også bindende videresalgspriser kan falde ind under art. 101, stk. 3 TFEU, såfremt det godtgøres, at den konkrete aftale har konkurrencefremmende virkninger.<sup>72</sup> Det er op til aftaleparterne selv at bevise, at betingelserne i art. 101, stk. 3 er opfyldt, samt at aftalen har

---

<sup>66</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 47

<sup>67</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 223

<sup>68</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 47 og 122. Se også Gippini-Fournier (2009), *supra n.* 33, p. 24 og 26

<sup>69</sup> For at kunne fritages efter art. 101, stk. 3 TFEU skal de fire betingelser heri opfyldes. Betingelserne er kumulative og kan opdeles i to positive betingelser og to negative betingelser. De to positive betingelser indebærer, at aftalen skal bidrage 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 fordelen herved.” De to negative betingelser indebærer, at aftalen ikke må pålægge virksomheder begrænsninger, som er unødvendige for at nå ovennævnte mål, samt at aftalen ikke må give mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

B. Iversen et al, ”Regulering af konkurrence i EU” København Ø, Jurist- og økonomiforbundets forlag (2008), p. 59

<sup>70</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 291/01 af 13. oktober 2000, pkt. 46. Se også P. Lugard, ”Some Reflections on Resale Price Maintenance” 37 *Legal Issues of Economic Integration*, (2008), pp. 21-22

<sup>71</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 223-225

<sup>72</sup> Se også Gippini-Fournier (2009), *supra n.* 33, p. 24 og 26

effektivitetsfremmende virkninger.<sup>73</sup> Dette er et klart udtryk for Kommissionens holdningsændring, idet de tidligere regler kun fremhævede,<sup>74</sup> at bindende videresalgsspriser havde negative virkninger for konkurrencen,<sup>75</sup> og dermed blev det ikke nævnt konkret, at der fandtes mulige positive virkninger for bindende videresalgsspriser. Sammenholdt med en status som en hardcore begrænsning, som *sandsynligvis* ikke kunne fritages efter art. 101, stk. 3 TFEU,<sup>76</sup> kan det udledes, at Kommissionen i de tidligere regler havde en negativ holdning til bindende videresalgsspriser, og at Kommissionen ikke ville tillade disse.

I meddelelsen fremhæves de forskellige former for begrænsninger, som bindende videresalgsspriser kan forårsage.<sup>77</sup> For det første forøger bindende videresalgsspriser prisgennemsigtigheden, og derved gøres det lettere at afsløre leverandører, der afviger fra kartelsamarbejdet. Dernæst kan bindende videresalgsspriser reducere eller eliminere intrabrand-konkurrencen på producent- hhv. forhandlerniveauet. Endvidere stiger priserne for forbrugerne, da forhandlerne afskæres fra at sænke priserne, idet incitamentet hertil fjernes. Desuden mindskes presset på producentens avance, og endvidere kan bindende videresalgsspriser anvendes til at skubbe producentens konkurrenter ud af markedet, idet en højere avance kan få forhandleren til at foretrække en given producents varer frem for konkurrentens. Endelig kan bindende videresalgsspriser svække dynamikken og mindske innovationen på distributionsniveauet.

Meddelelsen anfører desuden, at effektivitetsfremmende virkninger, der vil blive vurderet efter art. 101, stk. 3 TFEU, kan foreligge, når en producent introducerer et nyt produkt, idet bindende videresalgsspriser vil anspore forhandlerne til at sælge netop disse produkter.<sup>78</sup> Derved kan bindende videresalgsspriser lette markedsadgangen for nye produkter eller producenter.<sup>79</sup> Endvidere kan bindende videresalgsspriser tilskynde forhandlerne til at øge deres salgsindsats, dvs. service, hvilket kommer forbrugerne til gode. I forlængelse heraf reduceres free rider problemerne.<sup>80</sup> Såfremt en virksomhed ønsker at anvende art. 101, stk. 3 TFEU må den bevise, at den bindende videresalgsspris ikke blot fungerer som et middel, men også som et incitament til at afhjælpe free rider problemerne.<sup>81</sup>

Sammenholdes ovennævnte med afsnittet om udviklingen i den økonomiske teori ses det, at EU-Kommissionen nu anerkender den økonomiske teori om bindende videresalgsspriser i langt større omfang end tidligere.<sup>82</sup> Hvor der tidligere kun var fokus på nogle få negative virkninger, er der med de nye regler sket en anerkendelse af flere negative virkninger, og endvidere er der kommet større fokus på de positive virkninger, idet meddelelsen nu eksplicit fremhæver, at bindende videresalgsspriser også kan have effektivitetsfremmende virkninger. Således er der i den nye

---

<sup>73</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 223

<sup>74</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 291/01 af 13. oktober 2000, pkt. 112

<sup>75</sup> Der er især fokus op to, og disse er mindskelse af intrabrand-priskonkurrencen og forøget prisgennemsigtighed.

<sup>76</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 291/01 af 13. oktober 2000, pkt. 46. Se også Van den Bergh og Camesasca (2006), *supra n. 3*, p. 229

<sup>77</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 224

<sup>78</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 225

<sup>79</sup> Se også Gippini-Fournier (2009), *supra n. 33*, p. 28

<sup>80</sup> Se også Lugard (2010), *supra n. 70*, pp. 21-22

<sup>81</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 225.

<sup>82</sup> Kommissionens meddelelse nr. C 130/01 af 19. maj 2010, pkt. 225. Se også Gippini-Fournier (2009), *supra n. 33*, p.

meddelelse givet en mulighed for, at virksomheder kan anvende art. 101, stk. 3 TFEU i forbindelse med bindende videresalgspriser, som ikke fandtes tidligere.

### 3.3. Perspektivering af udviklingen

Den europæiske regel i art. 101, stk. 1 TFEU har aldrig haft status som et *per se* forbud,<sup>83</sup> idet bestemmelsen i art. 101, stk. 3 TFEU har kunnet fritage en aftale fra forbuddet, hvorfor heller ikke bindende videresalgspriser har været *per se* forbudt. Som nævnt flere gange tidligere, er bindende videresalgspriser i stedet en hardcore begrænsning, som formodes at være forbudt efter art. 101, stk. 1 TFEU, idet bindende videresalgspriser formodes ikke at opfylde betingelserne i art. 101, stk. 3 TFEU.<sup>84</sup> Spørgsmålet er imidlertid, om resultaterne af en amerikansk *rule of reason* vurdering og den mere lempelige anvendelse af art. 101, stk. 3 TFEU har nærmet sig hinanden?

Som det fremgår af de foregående afsnit anvender EU og USA nu de samme økonomiske kriterier i forbindelse med vurderingen af en sag om bindende videresalgspriser. Med den europæiske anerkendelse af både de konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger samt den nu påkrævede vurdering af de sandsynlige skadelige virkninger, synes resultaterne af en amerikansk *rule of reason* vurdering og den mere lempelige anvendelse af art. 101, stk. 3 TFEU at have nærmet sig hinanden. Den af Kommissionen ændrede tilgang til bindende videresalgspriser forekommer i nogen grad at være i overensstemmelse med de amerikanske regler. Regelsættene er forskellige, men behandlingsmåden og resultatet af vurderingerne har nærmet sig hinanden, hvorfor det synes klart, at Kommissionen har hentet inspiration i amerikansk ret. Der mangler dog yderligere retspraksis i både EU og USA førend det kan siges med sikkerhed, hvordan og i hvor stort et omfang resultatet af anvendelsen af reglerne har nærmet sig hinanden.

I forlængelse heraf vides det ikke, hvorledes Domstolen specifikt forholder sig til Kommissionens nu ændrede tilgang, da der ikke foreligger ny retspraksis på området. Derfor kan det ikke anbefales at anvende bindende videresalgspriser i EU, førend der foreligger en konkret afgørelse.

### **4. Den danske tilgang til bindende videresalgspriser**

Dansk konkurrenceret er i vidt omfang baseret på EU-retten, og derfor skal store dele af dansk konkurrenceret fortolkes konformt hermed. Dette krav om EU-konformitet blev indført i dansk konkurrenceret i 1997 med lov nr. 384 af 10. juni 1997. Af lovens bemærkninger pkt. 3c fremgår det, at bestemmelsen vedrørende forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler ligger ”på linie med artikel 85 i EF-Traktaten, og Europa-Kommissionens og EF-Domstolens praksis vil derfor være vejledende ved fortolkningen af denne bestemmelse.”<sup>85</sup> At også Kommissionens forordninger finder anvendelse i dansk konkurrenceret er givet, da der i bekendtgørelserne til Konkurrenceloven sker en henvisning hertil, og endvidere er forordningerne optaget som bilag til bekendtgørelserne.<sup>86</sup>

Den 1. oktober 2010 trådte en ny konkurrencelov i kraft i Danmark.<sup>87</sup> Den nye konkurrencelov medfører ikke eksplicit ændringer om bindende videresalgspriser generelt, idet hverken §§ 6 eller 8

<sup>83</sup> Van den Bergh og Camesasca (2006), *supra n. 3*, p. 7 og Gippini-Fournier (2009), *supra n. 33*, p. 2

<sup>84</sup> Lugard (2010), *supra n. 70*, p. 20

<sup>85</sup> Pkt. 3c i bemærkningerne til lov nr. 384 af 10. juni 1997.

<sup>86</sup> BEK nr. 739 af 23/06/2010 - Bekendtgørelse om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis. Se også P.W. Jessen og M. Steinicke, ”EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret”, København Ø, Jurist og Økonomforbundets forlag (2008), p. 100

<sup>87</sup> LBK nr. 972 af 13/08/2010 - bekendtgørelse af konkurrenceloven

er ændret.<sup>88</sup> På grund af kravet om EU-konformitet ændrer dansk konkurrenceret sig dog løbende i takt med ændringer i EU. I forbindelse med ikrafttrædelsen af de nye EU-regler har Danmark således udstedt en bekendtgørelse om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.<sup>89</sup> Af bekendtgørelsen fremgår det, at forordning nr. 330/2010 finder anvendelse på § 6, og derudover fremgår det, at henvisninger til art. 101, stk. 1 i forordningen skal forstås som en henvisning til Konkurrencelovens § 6. På samme måde skal henvisninger til art. 101, stk. 3 forstås som en henvisning til Konkurrencelovens § 8, stk. 1. På grund af ovennævnte bekendtgørelse ændres dansk konkurrenceret om bindende videresalgspriser implicit, således at reglerne er i overensstemmelse med EU-retten.<sup>90</sup> Derfor må også dansk konkurrenceret nu antages at betragte bindende videresalgspriser mere lempeligt.

Indtil videre har Konkurrencemyndighederne ikke accepteret bindende videresalgspriser, hvilket bl.a. kan ses i Bestseller-sagen,<sup>91</sup> OK/DK-sagen<sup>92</sup> samt sagen vedrørende Valsemøllen,<sup>93</sup> hvilket har været i overensstemmelse med de af Kommissionen tidligere udstukne regler.

Idet reglerne er så nye findes der for nærværende ikke nogen dansk retspraksis, der bekræfter, at de danske domstole betragter bindende videresalgspriser mere lempeligt. Derudover har Konkurrencestyrelsen ikke udarbejdet en ny vejledning til konkurrenceloven,<sup>94</sup> hvorfor dennes konkrete holdning til bindende videresalgspriser ikke kendes. Senest den 3. september 2010 blev lampevirksomheden Louis Poulsen idømt et bødeforlæg på kr. 1.300.000 fra SØK,<sup>95</sup> idet virksomheden havde lavet bindende videresalgspriser til detailhandlerne. Louis Poulsen accepterede

---

<sup>88</sup> I den danske Konkurrencelov findes således et forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler i § 6, hvilket er i overensstemmelse med art. 101, stk. 1 TFEU. På samme måde som art 101, stk. 1 TFEU siger § 6, stk. 1, at det er forbudt at indgå aftaler, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 7 siger endvidere, at en sådan aftale f.eks. kan bestå i at fastsætte bindende videresalgspriser, hvorfor dette er forbudt. I § 7 fastsættes en bagatelgrænse, som dog ikke gælder for bindende videresalgspriser, jf. stk. 2. I overensstemmelse med EU-retten findes der i Konkurrenceloven også en undtagelsesbestemmelse til forbuddet. Undtagelsen findes i § 8, stk. 1, og denne svarer til art. 101, stk. 3 TFEU. Bestemmelsen i § 8, stk. 1 siger, at forbuddet ikke gælder, såfremt aftalen har effektivitetsfordele, der kommer forbrugerne til gode, samt at aftalen ikke må pålægge virksomheder begrænsninger, som er unødvendige for at nå ovennævnte mål. Endelig må aftalen ikke give mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

<sup>89</sup> BEK nr. 739 af 23/06/2010 - Bekendtgørelse om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis

<sup>90</sup> Jessen og Steinicke (2008), *supra n.* 86, pp. 100-102

<sup>91</sup> Se fodnote 64

<sup>92</sup> Sagen vedrørende OK/DK blev afgjort den 29. april 2009. OK/DK tilkendegav overfor 10 af deres forhandlere, at disse ville miste avancestøtten, såfremt de fulgte en konkurrent med ned i pris og for egen regning foretog prisnedsættelser på mere end et givent beløb. Tilkendegivelserne var meddelt ved brev til og mundtligt ved besøg hos forhandlerne. Selvom OK/DK tilkendegav, at dette var en fejl, vurderede Konkurrencestyrelsen alligevel, at brevene kunne have været anvendt til skade for forbrugerne, idet de reelt førte til bindende videresalgspriser. Aftalerne var derfor ulovlige efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 7.

Tilgængelig på <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/...ts-moede-29-april-2009/okdks-pristilkendegivelser/>

<sup>93</sup> Sagen vedr. Valsemøllen A/S blev afgjort den 11. september 2008, hvor Valsemøllen accepterede at betale en bøde på kr. 1 million for at have indgået en aftale om bindende videresalgspriser med grossisten Hedegård & Christensen Eftf. A/S / L.C. Lauritzen A/S. Idet Valsemøllen A/S accepterede at betale bøden indrømmede de, at de havde indgået en ulovlig prisafale.

Tilgængelig på <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/index.php?id=28504>

<sup>94</sup> Den seneste er fra 2008, og efter henvendelse til Konkurrencestyrelsen står det klart, at der ikke kommer nogen vejledning i 2010.

<sup>95</sup> Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet

bødeforlægget, og dermed anerkendte de, at de havde overtrådt Konkurrencelovens § 6, stk. 1.<sup>96</sup> Sagen her har ikke været i retten, hvorfor det ikke er muligt at udtale sig om, hvordan domstolen ville have forholdt sig.

#### 4.1. Den særlige undtagelse

På trods af, at den nye konkurrencelov ikke eksplicit har ændret de generelle regler vedrørende bindende videresalgspriser, findes der alligevel en ændring på ét særligt område; nemlig bogbranchen.

I 1950'erne blev det besluttet at give bogbranchen dispensation til at anvende faste videresalgspriser på trods af, at anvendelsen heraf var forbudt for alle andre brancher. Denne dispensation var at finde i den tidligere Konkurrencelovs § 27, stk. 2, 2. og 3. pkt.,<sup>97</sup> og den blev lavet på grund af et kulturpolitisk hensyn, der bl.a. omfattede hensynet til omsætningen af bøger, et bredt titeludbud af kvalitetslitteratur og eksperimenterende udgivelser.<sup>98</sup> I 1990 blev dispensationen indskrænket til kun at gælde for danske bøger. Dispensationen fungerede som en forpligtelse, således at priserne skulle fastsættes fra forlagene. Med virkning fra 2001 blev denne forpligtelse til en ret, som forlæggerne kunne vælge at anvende. I 2006 blev retten til at benytte faste detailpriser på bøger begrænset til 10 % af nyudgivelserne i udgivelsesåret og de følgende 5 måneder.

Efterhånden er forlæggerne stoppet med at fastsætte priser på nyudgivelser. Således er det i dag kun få bøger, som sendes på markedet med faste priser. I 2009 opgjorde Boghandler- og Forlæggerforeningen, at kun omkring 1 pct. af de bøger, som var i omsætning på dette tidspunkt, havde faste priser.

I forlængelse heraf blev det besluttet at fjerne undtagelsen, således at bogbranchen liberaliseres. I den nye konkurrencelov er der indsat en bestemmelse, der træder i kraft pr. 31. december 2010. Bestemmelsen anfører, at lovens kapitel 2, hvilket vil sige § 6, stk. 1 også gælder for faste videresalgspriser for detailsalget af bøger.<sup>99</sup>

Dispensationen til at anvende faste videresalgspriser har hidtil også omfattet avis- og magasinbranchen. Avis- og magasinbranchen har haft adgang til at anvende bindende videresalgspriser, idet dette sikrer en geografisk udbredelse af nyheder til hele landet. For nylig har regeringen foreslået, at adgangen til faste videresalgspriser for aviser og magasiner skal ophæves på lige fod med bogbranchen. Danske Dagsblades Forening er utilfredse med dette forslag og advarer om, at det kan få fatale konsekvenser for den lige adgang til trykte medier. Om forslaget vedtages vides ikke for nærværende, men dette er et udtryk for et nuanceret syn på, hvordan bindende videresalgspriser virker.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> Konkurrencestyrelsens hjemmeside vedr. Louis Poulsen

Tilgængelig på <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/index.php?id=29421>

<sup>97</sup> LBK nr. 1027 af 21/08/2007 – bekendtgørelse af konkurrenceloven

<sup>98</sup> Bemærkninger til L 109 - Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og lov om benzinforhandlerkontrakter.

<sup>99</sup> LBK nr. 972 af 13/08/2010 samt bemærkninger til L 109 - Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og lov om benzinforhandlerkontrakter.

<sup>100</sup> Danske Dagblades Forenings hjemmeside.

Tilgængelig på <http://danskedagblade.dk/node/9543>

## **5. Konklusion**

EU har traditionelt betragtet bindende videresalgspriser som en hardcore begrænsning, der næsten altid er forbudt. Med de nye regler om vertikale begrænsninger har EU dog i større grad anerkendt den økonomiske teori bag bindende videresalgspriser.

I Kommissionens meddelelse er der åbnet op for muligheden for, at bindende videresalgspriser kan falde ind under art. 101, stk. 3 TFEU, idet virksomheder i individuelle situationer har mulighed for at påberåbe sig effektivitetsfordele. Dette kan for eksempel være i forbindelse med introduktion af et nyt produkt, idet bindende videresalgspriser ansporer forhandlerne til at sælge dette produkt. Endvidere skal Kommissionen foretage en konkret og reel vurdering af de sandsynlige konkurrenceskadelige virkninger, førend det besluttet, om en aftale indeholdende bindende videresalgspriser er forbudt eller ej.

Ifølge de tidligere regler skulle Kommissionen ikke foretage en vurdering af de sandsynlige konkurrenceskadelige virkninger, og endvidere fandtes der ingen mulighed for at påberåbe sig effektivitetsfordele efter art. 101, stk. 3 TFEU. Tværtimod var det antaget, at aftaler med bindende videresalgspriser ikke kunne fritages efter art. 101, stk. 3 TFEU, hvorfor det er klart, at der er sket en lempelse i reglerne.

Dansk konkurrenceret er baseret på EU-retten, og derfor skal dansk konkurrenceret fortolkes konformt hermed. I de nye danske konkurrenceregler er der ikke taget decideret stilling til bindende videresalgspriser, men på grund af den EU-konforme fortolkning ændrer dansk konkurrenceret sig løbende i takt med ændringer i EU. I forbindelse med ikrafttrædelsen af de nye EU-regler er de danske regler om bindende videresalgspriser ændret implicit, således at også de danske regler åbner op for anvendelsen af art. 101, stk. 3 TFEU i forbindelse med bindende videresalgspriser.