

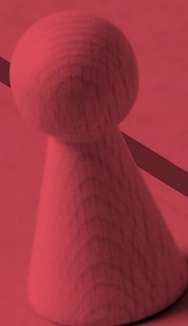


KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

KFST – uafhængig konkurrencemyndighed

VELFUNDERENDE MARKEDER

#79 | December 2024



KONKURRENCEKLAUSULER MELLEM VIRKSOMHEDER

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) har de seneste år set forskellige eksempler på konkurrenceklausuler, som aftales mellem virksomheder. En konkurrenceklausul kan fx være en aftale mellem to virksomheder, som forbyder den ene part at drive konkurrerende virksomhed i en bestemt periode.

Selvom konkurrenceklausuler begrænser konkurrencen mellem virksomheder, kan de alligevel være lovlige, hvis de kan anses som såkaldte "accessoriske begrænsninger". Det

kan være tilfældet, hvis konkurrenceklausulen fx er direkte knyttet til og nødvendig for gennemførelsen af en lovlig fusion eller stiftelsen af et lovligt joint venture.

I andre situationer kan klausulerne gå for langt og begrænse konkurrencen mellem virksomhederne unødigt.

Læs artiklen ↓

Konkurrenceklausuler bliver i praksis brugt i flere sammenhænge. De kan være aftalt mellem virksomheder, fx i forbindelse med virksomhedsoverdragelser eller ved stiftelsen af fællesjede virksomheder (joint ventures). Artiklen beskæftiger sig med konkurrenceklausuler mellem virksomheder, da de kan falde ind under konkurrencereglernes anvendelsesområde. Konkurrenceklausuler kan også være aftalt i relationen mellem en medarbejder og dennes arbejdsgiver, men denne situation behandles ikke, da ansættelsesretlige konkurrenceklausuler i udgangspunktet falder uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde. Artiklen peger dog på, at ansættelsesretlige konkurrenceklausuler i særlige tilfælde kan blive omfattet af konkurrencereglerne.

Når virksomheder indgår konkurrenceklausuler kan det have væsentlige negative virkninger for konkurrencen på de berørte markeder, idet konkurrenceklausuler begrænser eller helt afskærer virksomhedernes mulighed for at konkurrere. Konkurrenceklausuler kan fx svække innovation og reducere antallet af aktører på markeder, hvilket bl.a. kan medføre et mindre udbud af produkter, lavere kvalitet på varer og tjenesteydelser samt højere priser.

Konkurrenceklausuler kan dog være nødvendige for at gennemføre investeringer og samarbejder, som kan være gavnlige for både konkurrencen og samfundet som helhed – og dermed øge forbrugervelfærden.

1. Baggrund

KFST har de seneste år behandlet flere spørgsmål om lovligheden af konkurrenceklausuler mellem virksomheder, hvor praksis og teori har været sparsom eller uklar. Spørgsmålene har bl.a. omhandlet konkurrenceklausuler for ikke-kontrollerende minoritetsaktionærer.

Artiklen samler op på KFST's foreløbige erfaringer og beskriver rammerne for, hvordan KFST umiddelbart forholder sig til virksomheders aftaler om konkurrenceklausuler.

2. Introduktion

Når virksomheder aftaler konkurrenceklausuler, kan det være i strid med den konkurrenceretlige grundtanke om virksomheders uafhængige adfærd på markeder. Det skyldes, at konkurrenceklausuler i deres natur indeholder et forbud mod at konkurrere.

Det er ulovligt, hvis virksomheder indgår konkurrencebegrænsende aftaler med hinanden. Det følger af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF¹ art. 101 (1). Den grundlæggende idé bag forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler er, at enhver virksomhed selvstændigt skal træffe sine beslutninger og fastlægge sin strategi på markedet. Enhver virksomhed skal således beslutte sin adfærd på markedet uafhængigt af andre virksomheder.²

Inden for konkurrenceretten accepteres konkurrenceklausuler mellem virksomheder imidlertid, hvis de udgør en såkaldt "accessorisk begrænsning" til en lovlig hovedtransaktion³ som fx kan være en fusion, et joint venture

eller en anden lovlig samarbejdsaftale.⁴ Tanken bag at tillade accessoriske begrænsninger er, at de i nogle situationer kan være nødvendige for at kunne gennemføre de investeringer og samarbejder, som kan være gavnlige for både konkurrencen og samfundet som helhed.

Når virksomheder investerer i andre virksomheder, indgår joint ventures eller indgår andre lovlige samarbejder, er det forbundet med en økonomisk risiko. Risikoen kan fx bestå i, at den investerende virksomhed ikke opnår den fulde værdi af den opkøbte virksomhed. I nogle tilfælde kan en konkurrenceklausul derfor være nødvendig for at gennemføre den lovlige hovedtransaktion.

Uden at kunne imødekomme denne risiko gennem fx konkurrenceklausuler, ville virksomheden muligvis ikke foretage investeringen. Det samme gælder for moderselskaberne til et fælleskontrolleret joint venture; deres investering i joint venture vil typisk forudsætte, at de kan forpligte hinanden til ikke at skade joint venture, fx ved at konkurrere med dette.

3. Hvornår anses konkurrenceklausuler som accessoriske begrænsninger?

Konkurrenceklausuler anses som accessoriske begrænsninger, hvis de er *objektivt nødvendige* for gennemførelsen af en lovlig hovedtransaktion eller aktivitet og *står i rimeligt forhold til formålene med disse*⁵, dvs. at konkurrencebegrænsningens omfang og varighed ikke går længere, end hvad der er nødvendigt for at gennemføre hovedtransaktionen. Det følger af EU-Domstolens retspraksis, som fastlægger de generelle kriterier for, hvornår en konkurrencebegrænsning kan anses som accessorisk.

1 TEUF er en forkortelse for Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.

2 Jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 16. december 1975 i de forenede sager 40 til 48, 50, 54 til 56, 111, 113 og 114/73, *Suiker Unie*, præmis 173.

3 En lovlig hovedtransaktion vil i sin natur enten være neutral eller positiv for konkurrencen.

4 Det kan fx være forsknings- og udviklingsaftaler, standardiseringsaftaler eller produktionsaftaler.

5 Jf. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C 382/12P, *MasterCard m.fl.*, præmis 89.

Kravet om objektiv nødvendighed indebærer ikke en undersøgelse af, om konkurrencebegrænsningen er nødvendig for hovedtransaktionens kommercielle succes, fx set i lyset af konkurrencesituationen på det pågældende marked. Det skal derimod vurderes, om begrænsningen – når man ser snævert på hovedtransaktionen – er nødvendig for at gennemføre denne transaktion og sikre virksomhedens levedygtighed.⁶ Hvis hovedtransaktionen viser sig at være umulig at gennemføre uden begrænsningen, kan begrænsningen anses som objektiv nødvendig for transaktionens gennemførelse (se boks 1).⁷

Boks 1 – Kravet om objektiv nødvendighed

EU-Domstolen har bl.a. i *MasterCard (2014)*⁸ præciseret, at kravet om objektiv nødvendighed indebærer, at den lovlige hovedtransaktion eller aktivitet skal være umulig at gennemføre eller ikke kan fungere uden den pågældende begrænsning.⁹

Det forhold, at hovedtransaktionen blot bliver vanskeligere at gennemføre eller mindre profitabel uden den pågældende begrænsning, kan ikke anses for at gøre begrænsningen objektiv nødvendig.¹⁰ Praksis opstiller derfor en relativt høj tærskel for, hvornår en konkurrencebegrænsning kan anses som accessorisk. Med denne dom har EU-Domstolen præciseret, at det ikke er tilstrækkeligt til at opfylde kravet om objektiv nødvendighed, at hovedtransaktionen blot bliver vanskeligere¹¹ at gennemføre uden konkurrencebegrænsningen.

Det er således ikke afgørende, om konkurrencebegrænsningen er nødvendig for hovedtransaktionens kommercielle succes i markedet, men derimod om den er nødvendig for overhovedet at kunne gennemføre hovedtransaktionen.

EU-Domstolen har i den nylige dom i sagen om *Booking.com (2024)*¹², som omhandlede prisparitetsklausuler, bekræftet MasterCard-dommens fortolkning af kravet om objektiv nødvendighed.¹³

Den ovennævnte analyseramme for accessoriske begrænsninger er gengivet i Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler (2023).¹⁴ Formålet med disse retningslinjer er at skabe større klarhed om konkurrence-reglernes anvendelse i relation til ofte forekommende typer af horisontale aftaler.

4. Accessoriske begrænsninger i forbindelse med fusioner

Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger i forbindelse med fusioner (2005)¹⁵ giver vejledning om konkurrencebegrænsninger, som er aftalt specifikt i forbindelse med fusioner, herunder hvornår konkurrenceklausuler i den sammenhæng kan betragtes som accessoriske.

En fusion består af en eller flere aftaler, der sikrer opnåelsen af kontrol over en virksomhed, dvs. afgørende indflydelse på driften.¹⁶ Kommissionens meddelelse er kun anvendelig i de situationer, hvor der sker en opnåelse af kontrol eller et kontrolskifte. Meddelelsen finder således ikke anvendelse på situationer, hvor ikke-kontrollerende minoritetsaktionærer overdrager deres aktiepost i en virksomhed, idet der ikke sker et kontrolskifte.

Det følger af Kommissionens meddelelse, at konkurrenceklausuler, der aftales i forbindelse med virksomhedsoverdragelser og joint ventures kan være accessoriske, når de er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af transaktionen.¹⁷

Meddelelsen beskriver de bagvedliggende beskyttelseshensyn, der begrundet konkurrenceklausuler ved henholdsvis virksomhedsoverdragelser og joint ventures.

Ved virksomhedsoverdragelser er det hensynet til køber, der begrundet, at parterne som udgangspunkt lovligt kan aftale en konkurrenceklausul for sælger.

I denne situation har konkurrenceklausulen til hensigt at beskytte køberen mod urimelig konkurrence fra sælgeren, så køberen får den nødvendige tid til at vinde kundernes loyalitet og opnå den fulde værdi af aktiverne i den overdragne virksomhed, herunder goodwill og knowhow.¹⁸

6 Jf. EU-Domstolens dom af 11. juli 1985 i sag 42/84, *Remia*, præmis 19.

7 Jf. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C 382/12P, *MasterCard m.fl.*, præmis 91.

8 EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C 382/12P, *MasterCard m.fl.*

9 Jf. *Ibid.*, præmis 91 og 94.

10 Jf. *Ibid.*, præmis 91. Se også EU-Domstolens dom af 26. oktober 2023 i sag C-331/21, *EDP*, præmis 90.

11 Retten i Første Instans' dom af 18. september 2001 i sag T-112/99, *Métropole Télévision*, præmis 109, er et eksempel på tidligere retspraksis, hvor kravet om objektiv nødvendighed blev fortolket mere lempeligt. Ifølge denne retspraksis blev konkurrencebegrænsninger betragtet som objektivt nødvendige, hvis hovedtransaktionen ville være *vanskelig* eller umulig at gennemføre uden begrænsningen.

12 EU-Domstolens dom af 19. september 2024 i sag C-264/23, *Booking.com m.fl.*

13 Jf. *Ibid.*, præmis 52-53, 66-67 og 72-75.

14 Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmøde på horisontale samarbejdsaftaler (2023/C 259/01), afsnit 1.2.6 ("Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler").

Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner (2005/C 56/03) ("Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger").

16 Jf. Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger, punkt 10. Kontrol over en virksomhed kan opnås gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift, særlig ved a) ejendoms- eller brugsret til virksomhedens samlede aktiver eller dele deraf eller b) rettigheder eller aftaler, som sikrer afgørende indflydelse på sammensætningen af virksomhedens organer, deres rådslagninger og afstemninger eller beslutninger, jf. artikel 3, stk. 2 i Fusionsforordningen 139/2004 af 20. januar 2004.

17 Jf. Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger, punkt 18 og 36.

18 Jf. Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger, punkt 18.

En sådan konkurrenceklausul kan som udgangspunkt lovligt have en varighed på to eller tre år efter virksomheds-overdragelsen, forudsat at det konkret er nødvendigt og proportionalt.¹⁹

Ved stiftelsen²⁰ af et joint venture er det både hensynet til joint venturet og moderselskaberne, der begrundes, at parterne som udgangspunkt lovligt kan aftale konkurrenceklausuler.

I joint venture-situationen er formålet med konkurrenceklausuler bl.a. at sikre, at joint venturet bliver i stand til at oparbejde og anvende den knowhow og goodwill, som moderselskaberne overfører til det. Desuden kan konkurrenceklausuler beskytte moderselskabernes investeringer og interesser i joint venturet mod, at de kontrollerende moderselskaber hver især udnytter deres adgang til knowhow og goodwill, som er overført til eller udviklet af joint venturet.²¹ I begge situationer er hensigten at beskytte henholdsvis joint venturet og moderselskaberne mod urimelig konkurrence fra hinanden, dvs. mod at moderselskaberne hver især udnytter den viden, de har opnået gennem joint venturet, uretmæssigt i konkurrencen.

Konkurrenceklausuler mellem *kontrollerende* moderselskaber og deres joint venture vil kunne udgøre en accessorisk begrænsning i hele joint ventures levetid.²² De kan dermed ende med at få en varighed, som er væsentligt længere, end hvad der efter omstændighederne ville kunne betragtes som proportionalt for konkurrenceklausuler ved virksomhedsoverdragelser.

Det skal ses i lyset af, at moderselskabernes tilknytning til joint venturet består gennem hele dets levetid. Som kontrollerende moderselskab har man afgørende indflydelse på væsentlige beslutninger om driften af joint venturet, og risikoen for at et af moderselskaberne træffer beslutninger til skade for joint venturet, vil være til stede i hele joint ventures levetid. Tanken er derfor, at der for både joint venturet og de enkelte moderselskaber er et legitimt beskyttelseshensyn til at sikre, at moderselskaberne ikke udnytter deres indflydelse til skade for joint venturet eller hinanden. Dette beskyttelseshensyn er til stede, så længe moderselskaberne kontrollerer joint venturet.

I modsætning hertil vil en konkurrenceklausul indgået mellem et joint venture og et *ikke-kontrollerende* moderselskab til det pågældende joint venture ikke være nødvendig for stiftelsen af joint venturet²³. Det kan forklares med, at et ikke-kontrollerende moderselskab netop ikke har erhvervet

kontrol over joint venturet, dvs. fået afgørende indflydelse på væsentlige beslutninger om driften af joint venturet. Et ikke-kontrollerende moderselskab vil derfor heller ikke kunne påvirke joint ventures drift i en retning, som er i strid med det kontrollerende moderselskabs interesser. Der er altså i denne situation ikke de samme grundlæggende beskyttelseshensyn i forhold til det kontrollerende moderselskabs interesser, som hvis det andet moderselskab (også) havde kontrol.

5. Accessoriske begrænsninger i andre sammenhænge

Konkurrenceklausuler optræder også uden for kontrolskifte-situationen. Der kan fx opstå et ønske om at pålægge en ikke-kontrollerende minoritetsaktionær en konkurrenceklausul i forbindelse med et salg af dennes minoritetsaktiepost i en virksomhed.

Denne situation falder uden for anvendelsesområdet for meddelelsen om accessoriske begrænsninger, idet der ikke er tale om et kontrolskifte. Konkurrenceklausulen kan dog, efter omstændighederne, stadig udgøre en accessorisk begrænsning til salget. Vurderingen heraf skal ske efter den analyseramme for accessoriske begrænsninger, der er udviklet i retspraksis, jf. gennemgangen i afsnit 3 ovenfor. Denne analyseramme er grundlæggende den samme som, hvad der følger af Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger, hvorfor meddelelsen bør kunne anvendes som fortolkningsbidrag.

En konkurrenceklausul pålagt en ikke-kontrollerende minoritetsaktionær i forbindelse med et salg af dennes aktiepost, vil kunne være accessorisk til salget, hvis konkurrenceklausulen er *objektiv nødvendig* for gennemførelsen af den pågældende hovedtransaktion (se case 1 nedenfor).

Case 1

Konkurrenceklausul aftalt i forbindelse med salget af en virksomhed

Situation: **Virksomhed A** ejer 51% af **virksomhed C** og har dermed kontrollen over virksomheden. **Virksomhed B**, som oprindeligt grundlagde virksomhed C, ejer 49%, men har ikke kontrol. Dog sidder en repræsentant fra virksomhed B i virksomhed C's bestyrelse, hvilket giver virksomhed B indsigt i virksomhed C's strategiske beslutninger og drift.

Der er nu indgået en aftale om at sælge virksomhed C til **virksomhed D**. Det betyder, at både virksomhed A og virksomhed B skal sælge deres ejerandele i virksomhed C til den ny ejer virksomhed D. Som en del af salget er det blevet aftalt, at begge sælgere, virksomhed A og virksomhed B, skal underskrive en konkurrenceklausul, som skal beskytte køberen, virksomhed D. Denne klausul forhindrer såvel virksomhed A som virksomhed B i at starte virksomhed, der konkurrerer med virksomhed C, i en periode på to år efter salget.

¹⁹ Ibid., punkt 20. Dette følger ligeledes af bl.a. Kommissionens tilsagnsafgørelse af 18. juni 2012 i sag COMP/39736, *Siemens/Areva*, punkt. 50-51.

²⁰ Det samme gælder i situationer, hvor virksomheder opnår kontrol med et allerede eksisterende joint venture.

²¹ Jf. Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger, punkt 36 og den deri nævnte praksis fra Kommissionen.

²² Ibid.

²³ Jf. Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger, punkt 40.

Analyse: Det følger af Kommissionens meddelelse, at en konkurrenceklausul i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse kan anses for at være accessorisk, hvis formålet er, at køberen sikres den fulde værdi af de overdragne aktiver, og midlet er at beskytte køberen mod (urimelig) konkurrence fra sælgeren i en vis periode via en konkurrenceklausul.²⁴

I eksemplet har virksomhed A haft kontrol over virksomhed C. Når virksomhed A sælger virksomhed C til virksomhed D, sker der et kontrolskifte, og en konkurrenceklausul, der pålægges virksomhed A, vil være omfattet af Kommissionens meddelelse og blive anset for at udgøre en accessorisk begrænsning, såfremt den er proportional.²⁵

Virksomhed B har ikke haft kontrol over virksomhed C, men har haft adgang til strategiske oplysninger om virksomhed C gennem sin bestyrelsespost. Derfor kan virksomhed D have en kommerciel interesse i at forhindre virksomhed B i at bruge disse oplysninger til at starte en med virksomhed C konkurrerende virksomhed efter overtagelsen.

Da virksomhed B ikke har haft kontrol, og derfor ikke har været en del af et kontrolskifte, falder situationen uden for meddelelsens anvendelsesområde. Konkurrenceklausulen pålagt virksomhed B kan dog muligvis alligevel blive betragtet som accessorisk, hvis den opfylder kriterierne for accessoriske begrænsninger i EU-Domstolens retspraksis, herunder hvis det kan underbygges, at det er objektivt nødvendigt for virksomhed D at beskytte sig mod urimelig konkurrence fra virksomhed B for at sikre virksomhed C's levedygtighed.

I den sammenhæng vil det generelt have betydning, om den ikke-kontrollerende minoritetsaktionær virksomhed B har været tæt involveret i virksomhed C's strategiske og forretningsmæssige beslutninger, og i givet fald i hvilket omfang. Jo tættere en ikke-kontrollerende minoritetsaktionær har været på en virksomheds strategiske beslutninger og virksomhedens centrale aktiviteter, desto bedre vil grundlaget formentlig være for, at en konkurrenceklausul pålagt denne aktionær, vil kunne betragtes som accessorisk, forudsat at klausulen i øvrigt er proportional. Dette vil dog altid bero på en konkret vurdering af den reelle risiko for, at køberen af virksomheden kan blive udsat for urimelig konkurrence fra den sælgende minoritetsaktionær, og derved ikke får mulighed for at overtage den fulde værdi af virksomheden.

Derudover skal konkurrenceklausulen være proportional i forhold til formålene, der søges opnået med aftalen. I Boks 2 nedenfor ses et generelt eksempel på, hvilke faktorer, der tillægges betydning i proportionalitetsvurderingen.

²⁴ Jf. Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger, punkt 18.

²⁵ Ibid.

Boks 2 – Eksempel på relevante faktorer i proportionalitetsvurderingen

I den præjudicielle sag om EDP (2023) udtalte generaladvokat A. Rantos, at en konkurrenceklausul i en partnerskabsaftale ikke kunne anses for at stå i rimeligt forhold til formålene med aftalen, da konkurrenceklausulens produktmæssige anvendelsesområde rakte videre end de produkter, der var genstand for partnerskabsaftalen, ligesom dens tidsmæssige rækkevidde var uforholdsmæssig lang.²⁶

Om proportionalitetsvurderingen anførte EU-Domstolen i den sammenhæng, at det skulle kontrolleres, at der ikke fandtes en mindre restriktiv løsning, som parterne kunne have valgt for at nå de tilsigtede mål med aftalen.²⁷

5.1. Kan en ikke-kontrollerende minoritetsaktionærs særlige rolle i virksomheden tillægges betydning?

Ud over at eje en aktiepost ses det af og til i praksis, at en ikke-kontrollerende minoritetsaktionær har en særlig rolle i virksomheden. Det kan fx være tilfældet, hvis minoritetsaktionæren også er direktør i virksomheden, stifter af virksomheden og/eller medlem af virksomhedens bestyrelse.²⁷

Gennem denne rolle kan minoritetsaktionæren have en særlig indsigt i virksomhedens forhold. I denne situation kan majoritetsaktionæren have en kommerciel interesse i at pålægge den ikke-kontrollerende minoritetsaktionær en konkurrenceklausul for at beskytte sig mod, at minoritetsaktionæren anvender viden om virksomhedens interne forretningsmæssige forhold til at konkurrere mod virksomheden. En sådan konkurrenceklausul kan være omfattet af konkurrencereglerne, hvis både minoritetsaktionæren og majoritetsaktionæren udgør virksomheder i konkurrence retlig forstand.

Med afsæt i princippet om accessoriske begrænsninger kan det derfor blive relevant at overveje, om minoritetsaktionærens særlige rolle i virksomheden kan begrunde en konkurrenceklausul som accessorisk, fordi den skal beskytte majoritetsaktionæren mod urimelig konkurrence fra minoritetsaktionæren.

Hvis minoritetsaktionæren har haft en særlig rolle i virksomheden, herunder været involveret i centrale strategiske og forretningsmæssige beslutninger, kan dette muligvis

²⁶ Jf. Forslag til afgørelse fra generaladvokat A. Rantos fremsat den 2. marts 2023 i sag C-331/21, EDP, punkt 111-113.

²⁷ Det er en grundlæggende forudsætning for, at en aftale er omfattet af konkurrencelovens § 6, at den ikke-kontrollerende minoritetsaktionær som direktør og/eller bestyrelsesmedlem også kan kvalificeres som en virksomhed og aktuell eller potentiel konkurrent.

medføre et legitimt behov for at pålægge minoritetsaktionæren en konkurrenceklausul. Dette vil bl.a. afhænge af, om minoritetsaktionæren har et særligt godt kendskab til den overtagne virksomheds karakteristika, som giver minoritetsaktionæren mulighed for på ny at tiltrække virksomhedens kundekreds umiddelbart efter overdragelsen og således forårsage, at virksomheden ikke bliver levedygtig. Netop disse faktorer tillagde EU-Domstolen betydning i sagen om *Remia*²⁸ (1985). I *Remia*-sagen var der et kontrolskifte i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, og der var ikke tale om en minoritetsaktionær, men sagen indeholder ikke desto mindre vejledende betragtninger af generel relevans for forståelsen af kriteriet ”objektiv nødvendighed”.

Hvis en konkurrenceklausul pålagt fx en direktør reelt er begrundet i et ønske om at udelukke direktøren fra at drive eller deltage i konkurrerende virksomhed på et marked, vil den ikke kunne betragtes som accessorisk. Det skyldes, at det ikke er et beskyttelsesværdigt hensyn at begrænse potentiel konkurrence fra en minoritetsaktionær blot for at sikre virksomhedens kommercielle succes. En sådan konkurrenceklausul er ikke objektivt nødvendig og vil derimod skulle vurderes efter konkurrencelovens § 6, forudsat at den fysiske person (dvs. den ikke-kontrollerende minoritetsaktionær og direktør) kan betragtes som en virksomhed, der aktuelt eller potentielt er i konkurrence med virksomheden.²⁹

I ansættelsesretlige sammenhænge, hvor konkurrenceklausuler aftales mellem en virksomhed (arbejdsgiver) en fysisk person (medarbejder), falder disse klausuler derfor uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde. Det skyldes, at konkurrencereglerne kun gælder for aftaler mellem *virksomheder*.

En konkurrenceklausul indgået mellem en virksomhed og en medarbejder kan dog overgå fra at være et ansættelsesretligt anliggende til at kunne omfattes af konkurrencereglerne. Der kan fx opstå en situation, hvor en konkurrenceklausul aftales mellem en virksomhed og en fysisk person, og hvor den fysiske person *efter* aftaleindgåelsen begynder at udøve økonomisk aktivitet på et marked og derfor kan betragtes som en virksomhed i konkurrenceretlig forstand. I denne situation vil der efter omstændighederne kunne være tale om en aftale om en konkurrenceklausul mellem to virksomheder. En sådan situation understreger vigtigheden af, at virksomheder løbende bør vurdere lovligheden af deres aftaler for at sikre overholdelse af konkurrencereglerne (se boks 3).

Boks 3 – Virksomheder skal være opmærksomme på, at konkurrenceklausuler og andre aftaler skal vurderes løbende

En aftale om en konkurrenceklausul vil som udgangspunkt skulle vurderes i lyset af omstændighederne på tidspunktet for aftaleindgåelsen. Hvis omstændighederne ved aftalen efterfølgende ændrer sig, kan det dog medføre, at aftalen kan falde ind under konkurrencereglerne, selvom den ikke gjorde det på aftaletidspunktet. Det skyldes konkurrenceretts dynamiske natur, som indebærer, at ændringer i de faktiske omstændigheder kan påvirke den konkurrenceretlige vurdering. At virksomheder skal foretage en løbende vurdering af lovligheden af deres aftaler og adfærd ses også i andre sammenhænge.

Eksempelvis forudsætter virksomheders anvendelse af den vertikale gruppefritagelsesforordning³⁰ og bagatelmeddelelsen³¹ ligeledes, at virksomheder foretager en løbende vurdering af, om henholdsvis gruppefritagelsesbetingelserne er opfyldt, eller om en aftale mærkbart begrænser konkurrencen.

Begge vurderinger knytter sig nemlig bl.a. til aftaleparternes respektive markedsandele og andre faktuelle omstændigheder, som kan ændre sig over tid.

Et andet eksempel kan være en situation, hvor forholdet mellem en leverandør og en forhandler ændrer sig, fordi leverandøren begynder også at sælge sine produkter direkte til forbrugerne i konkurrence med sin leverandør. Herved opstår såkaldt *parallel distribution*, hvor forhandleren og leverandøren både har en vertikal og en horisontal relation. Når relationen på denne måde udvikler sig, kan fx visse former for informationsudveksling mellem leverandøren og forhandleren give anledning til horisontale konkurrenceproblemer. Virksomhederne vil derfor skulle være opmærksomme på, at der nu kan gælde andre regler for deres informationsudveksling.

Virksomheder bør derfor generelt vurdere lovligheden af deres aftaler og adfærd i lyset af eventuelle ændringer i de faktuelle omstændigheder og markedsforhold.

²⁸ Jf. EU-Domstolens dom af 11. juli 1985 i sag 42/84, *Remia*, præmis 19.

²⁹ Det er en grundlæggende forudsætning for, at en aftale om en sådan konkurrenceklausul er omfattet af konkurrencelovens § 6, at den fysiske person kan kvalificeres som en virksomhed og aktual eller potentiel konkurrent.

³⁰ Se fx EU-Kommissionens forordning (2022/720) af 10. maj 2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, artikel 3, stk. 1.

³¹ EU-Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101 (1), i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (2014/C 291/01), afsnit II, nr. 8.

6. Opsummering

Der kan være flere forskellige situationer, hvor konkurrencebegrænsninger, fx konkurrenceklausuler, kan være accessoriske, og der er i retspraksis udviklet en overordnet analyse-ramme herfor.

En konkurrenceklausul kan betragtes som accessorisk, hvis den er objektivt nødvendig for at gennemføre en lovlig hovedtransaktion og står i rimeligt forhold til formålet med transaktionen, hvilket indebærer, at konkurrenceklausulens omfang og varighed ikke må gå længere, end hvad der er nødvendigt for at gennemføre transaktionen.

Retspraksis opstiller således en relativt høj tærskel for, hvornår fx en konkurrenceklausul kan anses som accessorisk, idet der er tale om et objektivt nødvendighedskrav. Der er dermed ikke tale om en subjektiv vurdering af, hvad der måtte være nødvendigt for fx transaktionens kommercielle succes.

Det vil altid afhænge af en konkret vurdering, om den pågældende konkurrenceklausul er objektivt nødvendig og proportional, idet vurderingen skal foretages i lyset af de konkrete forhold og faktorer, der måtte være relevante at lægge vægt på.

Artiklens forfattere er

Rosa Tadesse, *fuldmægtig i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*

Julie Kjersgaard, *Specialkonsulent i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*
