

Erhvervsministeriet
Slotholmsgade 10-12
1216 København K

Att.: Nicoline Stenkjær Laursen (Nsa@em.dk)

Den 24. september 2020

Høring vedr. Kommissionens meddelelse om markedsafgrænsning

Dansk Erhverv har modtaget Erhvervsministeriets høring vedr. Kommissionens høring vedr. meddelelsen om markedsafgrænsning og har følgende bemærkninger.

Generelle bemærkninger

EU-Kommissionens nuværende meddelelse om markedsafgrænsning som anvendt i EU-lovgivningen ("Meddelelsen") er fra 1997. Verden og erhvervslivet har i den mellemliggende periode bevæget sig betragteligt i retning af en mere digitaliseret og globaliseret verden.

Dansk Erhverv støtter derfor, at EU-Kommissionen nu evaluerer om Meddelelsen er tidssvarende og hensigtsmæssig i den virkelighed, der gælder for danske og europæiske virksomheder.

Dansk Erhverv mener, at en sund og stærk konkurrence på det indre marked er afgørende for, at europæiske virksomheder kan gøre sig gældende på det globale marked; "*Competition starts at home*". Det er derfor efter vores opfattelse vigtigt, at der tages en nuanceret og fleksibel tilgang til diskussionen om en revision af Meddelelsen tilpasset den digitale og globale virkelighed.

Meddelelsen skaber efter vores opfattelse en solid basis for fortolkningen af ikke kun de europæiske konkurrenceregler, herunder TFEU art. 101 og 102, og reglerne om fusionskontrol, men i høj grad også de danske konkurrenceregler. Den er dermed afgørende for, at virksomheder og myndigheder har et fælles juridisk udgangspunkt at arbejde ud fra, når spørgsmål om markedsafgrænsning skal afklares.

En eventuelt kommende revision af Meddelelsen bør derfor ikke indeholde generelle undtagelser, ændringer i beslutningsprocedurer eller andre tiltag, der grundlæggende undergraver den eksisterende konkurrencelovgivning på området.

Dansk Erhverv mener desuden ikke, at der bør laves generelle regler, der definerer specifikke sektorer eller varer/ytelser som hørende særligt hjemme i et specifikt produkt- eller geografisk marked. Meddelelsen skal afspejle reelle vilkår på de relevante markeder og bør ikke bruges til at tjene protektionistiske formål. Dog er der grund til at se på, om Meddelelsen i effekt er defineret for stramt i den konkrete konkurrencemæssige situation – særligt hvor varer/ytelser sælges online i større omfang, hvilket bl.a. har medført at nogle platforme, som følge af netværkseffekter, er blevet meget store.

Meddelelsen er endvidere i sin nuværende udformning meget teoretisk og dermed vanskelig at overføre til praktiske forhold for virksomhederne. Dansk Erhverv foreslår derfor, at Kommissionen overvejer muligheden for enten at udbygge eller supplere Meddelelsen med et sæt retningslinjer svarende til dem vi kender fra f.eks. gruppefritagelsesforordningerne. Ved at udgive et sæt retningslinjer vil det være muligt at beskrive, hvordan Meddelelsen tænkes anvendt på nogle af de nedenstående problemstillinger gennem uddybende og illustrative eksempler og beskrivelser.

En eventuel kommende revision af Meddelelsen skal efter vores opfattelse opfylde en fin balance, idet Meddelelsen ikke må være så snæver, at den forhindrer europæiske virksomheder i at udvikle nye ideer og teknologier, eller i at konkurrere internationalt, men samtidig ikke være så bred, at al konkurrence på det indre marked bliver kvast.

Dansk Erhverv opfordrer derfor til, at Meddelelsen – og eventuelle retningslinjer – tilpasses til at tage højde for den nuværende udvikling, og samtidig gøres fleksible nok til at rumme fremtiden.

Specifikke bemærkninger

Relevans

Dansk Erhverv anser Meddelelsen som afgørende for anvendelse og fortolkning af ikke kun de europæiske men også de nationale konkurrenceregler.

Meddelelsen er grundlaget for fortolkningen af de konkurrencereglerne, herunder reglerne om misbrug af dominerende stilling, karteller, fusioner, samt de vertikale og horisontale gruppefritagelsesforordninger. Der kan derfor ikke være tvivl om, at en tidssvarende Meddelelse i høj grad stadig er nødvendig og ønskværdig.

En opdateret, revideret og tidssvarende Meddelelse vil efter vores opfattelse bidrage til anvendeligheden, forudsigeligheden og brugbarheden af Meddelelsen, hvilket vil være til gavn for myndigheder, virksomheder og domstole.

En af styrkerne ved Meddelelsen er efter vores opfattelse, at den er generel i natur, og derfor også bred og fleksibel nok til at kunne anvendes uanset hvilken teknologi, sektor eller virksomhedsform der er tale om. Kommissionen bør tilsikre, at denne fleksibilitet bibeholdes, samtidigt med at man sikrer forsat neutralitet i forhold til teknologi, sektor og forretningsmodeller.

Effektivitet

Verden har i tiden siden 1997 gennemgået en enorm udvikling i retning af stigende globalisering og digitalisering, også til en grad, som man dårligt kunne forestille sig i 1997.

Principperne i Meddelelsen fungerer efter vores opfattelse fint, da de er veletablerede og der er oparbejdet en vis praksis omkring dem. En eventuelt kommende revision af Meddelelsen bør dog også tage højde for den stigende globalisering og digitalisering, den retspraksis som er udviklet i den mellemliggende periode, samt den udvikling af markederne som er sket siden 1997.

Meddelelsen skal samtidig være fleksibel nok til at omfatte teknologier, ideer og forretningsmodeller, som vi endnu ikke kender, men som kommer med den teknologiske og digitale udvikling.

Dansk Erhverv opfordrer derfor til, at der i forbindelse med en eventuelt kommende revision af Meddelelsen tages højde for, at selvom Meddelelsen i sig skal være generel og favne bredt, så skal den samtidig adressere de udfordringer der følger af f.eks. konsolidering af virksomheder på et givet marked, eksistensen af virksomheder der er til stede på mange forskellige markeder, samt det økosystem som virksomhederne agerer i.

Digitalisering og globalisering har bl.a. betydet, at det i dag er lige så let for europæiske forbrugere at shoppe online i et andet land som i deres eget. Dermed kan en virksomheds nærmeste konkurrent være en virksomhed i et andet land. Det er velkendt på B2B-markeder, men er noget relativt nyt på B2C-markeder.

For så vidt angår afgrænsningen af markederne, bør en eventuelt kommende revision af Meddelelsen derfor også tage højde for, at afgrænsningen af markedet er forskellig fra sektor til sektor og fra produkt til produkt. Endvidere kan markedet indenfor den samme sektor være forskelligt alt afhængig af hvilket produkt der er tale om og hvilke præference køberne, særligt forbrugerne, har til produktet. I nogle tilfælde er det lokalt (f.eks. køreskoler) eller nationalt (f.eks. aviser), mens det i andre tilfælde er europæisk (f.eks. tulipaner) og i andre tilfælde globalt (f.eks. vindmøller).

En aktuel udfordring med den nuværende Meddelelse i forhold til definitionen af det geografiske marked er, at den bygger på et forældet syn af, hvad der udgør det relevante marked. Dette gælder i stigende grad for online salg, der udgør et ikke-fysisk geografisk marked, og som den nuværende Meddelelse ikke tilstrækkeligt tager højde for.

Udviklingen de seneste år har bl.a. også betydet, at hvor der tidligere var tale om et lokalt marked, er det nu nationalt eller europæisk, og endda i helt særlige tilfælde – som f.eks. online handel – globalt. Mens udgangspunktet i de fleste tilfælde vil være, at et globalt marked er et skridt for langt, vil det i alle tilfælde være afhængigt af en individuel og grundig vurdering.

Essential Facilities

En definition som der med fordel kan kigges nærmere på, er definitionen af væsentlige faciliteter ("*essential facilities*"). Som vi forstår det forudsættes det, at der er tale om dominerende virksomhed(er), før der kan være tale om væsentlige faciliteter. Det kan overvejes at udvide definitionen til at finde anvendelse i tilfælde hvor selve servicen er væsentligt, uden at der nødvendigvis er tale om dominerende virksomhed(er).

Substitution

Derudover kan der med fordel også kigges nærmere på produkt og service substitution, dermed sagt, hvilke produkter eller services, der kan erstattes med hinanden (f.eks. køb overfor leasing eller leje). Der er visse produkter og services, der selvom de kan ligne hinanden på overfladen, ikke kan substitueres med hinanden. Modsat er der situationer hvor der er en høj grad af substitution, f.eks. online/offline, hvor det med digitaliseringen, internettet og mulighederne for online handel, er blevet meget mere almindeligt at shoppe online, evt. efter at have prøvet varen i en fysisk butik først.

Det er derfor vigtigt at Meddelelsen i forbindelse med afgrænsningen af markedet, tager højde for de teknologiske muligheder, herunder udbredelse af e-handel, og for købernes ændrede adfærd når der træffes beslutninger om hvorvidt produkter eller tjenester, kan substitueres med hinanden. Dette belyses bedst ved at der, eksempelvis i et sæt retningslinjer, tilføjes eksempler, der illustrerer brugen af afgrænsningsprincipperne.

Indflydelse

Dansk Erhverv opfordrer ydermere til, at en kommende revision af Meddelelsen tager højde for, at virksomhedernes indflydelse og reelle markedsandel på et konkret geografisk marked eller indenfor et givent produkt, ikke altid kan fastsættes på baggrund af omsætning. F.eks. hvor en virksomhed tilbyder en service "gratis", men hvor brugeren "betaler" med tid og oplysninger, eller hvor der er så stærk en forbrugerpræference for en service eller en virksomhed, at den ikke er til at komme udenom. I sådanne situationer kan andre elementer som f.eks. antallet af brugere, mængden af data, mulighed for krydssalg, salgspris og lignende, være relevante elementer at tage i betragtning, når det relevante markedet skal fastlægges.

Fusioner og European Champions

Dansk Erhverv er meget bevidst om det pres store internationale virksomheder lægger på europæiske virksomheder, særligt når det gælder konkurrence, handelsbetingelser og produktionsmuligheder.

Det er nemt at blive fristet til at sige, at løsningen er, at vi i Europa skal have tilsvarende store europæiske virksomheder som kan konkurrere med de store internationale spillere på markedet. Tyskland og Frankrig har f.eks. længe ønsket at få løst op for fusionsreglerne for at kunne skabe (endog meget) store industrivirksomheder (såkaldte "European Champions", som de facto vil have karakter af europæiske monopoler).

Dansk Erhverv mener, at en sund og stærk konkurrence på det indre marked, er helt afgørende for, at europæiske virksomheder kan konkurrere internationalt. Vi er derfor stærkt kritiske overfor etablering af European Champions, da sådanne enheder efter vores vurdering ikke vil forbedre konkurrencen i det indre marked, men derimod forvride konkurrencesituationen og hæmme innovationen.

Samtidig anerkender vi også, at der kan være situationer hvor omkostningerne ved at etablere eller udbyde nye systemer, produkter eller services, kan være så høj, at det kræver virksomheder af en vis størrelse. Vi opfordrer derfor de europæiske og de nationale konkurrencemyndigheder til at tage sådanne omkostninger i betragtning når det relevante marked fastlægges, for derigennem at sikre, at europæiske virksomheder ikke udelukkes fra at konkurrere internationalt.

Primære - Sekundære marked

I en eventuelt kommende revision af Meddelelsen kan det ydermere overvejes at kigge nærmere på forholdet mellem det primære og det sekundære marked, for derigennem at sikre, at primærproducenterne ikke kan bruge deres position til at lukke af for det sekundære marked. Dette er selvsagt særlig relevant i de situationer hvor funktionaliteten af, og konkurrencen på, det sekundære marked afhænger af informationer, produkter eller tjenester fra det primære marked.

Sammenhæng

Som nævnt skaber Meddelelsen efter vores opfattelse en solid basis for fortolkningen af ikke kun de europæiske konkurrenceregler, herunder TFEU art. 101 og 102, og reglerne om fusionskontrol, men i høj grad også de danske konkurrenceregler.

Dansk Erhverv anser det derfor for afgørende vigtigt, at en eventuelt kommende revision af Markedsdefinition tager højde for de svar som Kommissionen har modtaget i forbindelse med de igangværende høringer f.s.v.a. de horisontale og vertikale gruppefritagelsesforordninger og dertil hørende retningslinjer, samt resultatet af Kommissionens undersøgelse af de eksisterende regler om fusionskontrol. Dernæst bør en eventuelt kommende revision af Meddelelsen også tage hensyn til praksis fra EU-Domstolen i det omfang, at denne præcisere eller uddyber hvad der er gældende på konkurrenceområdet, f.eks. ved at præcisere definitioner eller ved at fastlægge markedet.

I lyset af de igangværende revideringer på det konkurrenceretlige område, undrer Dansk Erhverv sig over, at Kommissionen samtidig har offentliggjort høringer vedrørende indførsel af nye konkurrenceregler, herunder særligt ex ante regulering af digitale platforme og et potentielt nyt konkurrenceværktøj.

De udfordringer som begge initiativer forsøger at løse, er i høj grad knyttet op på Meddelelsen, og begge initiativer gør da også særligt brug af definitionen på dominerende virksomheder. Dansk Erhverv opfordrer derfor kraftigt til, at Kommissionen undersøger hvorvidt de problemer som der søges løst ved hhv. ex ante regulering og et nyt konkurrenceværktøj, ikke kan løses mere hensigtsmæssigt ved en revision af Meddelelsen og/eller en tilpasning af særligt de horisontale og vertikale gruppefritagelsesforordninger.

Værdi

Som nævnt skaber Meddelelsen efter vores opfattelse en solid basis for fortolkningen af ikke kun de europæiske konkurrenceregler, herunder TFEU art. 101 og 102, og reglerne om fusionskontrol, men i høj grad også de danske konkurrenceregler. Meddelelsen er derfor vigtig for at skabe ens regler på et indre marked.

Vi står naturligvis til rådighed for opfølgende spørgsmål.

Med venlig hilsen,

Tina Buur
Chefkonsulent