

melse med fællesskabsdomstolens og Kommissionens praksis, som bl.a. udtrykt i Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (EU-Tidende 2004, nr. C 101, s. 81).

Ved »handel« forstår ifølge Kommissionens meddelelse enhver form for grænseoverskridende økonomisk virksomhed, dvs. alle strømme af varer og tjenester mellem medlemsstaterne såvel som andre former for økonomisk aktivitet såsom etablering.

Kravet om, at denne handel skal finde sted »mellem medlemsstater«, betyder, at der skal foreligge en påvirkning af strømmen af varer, tjenester eller andre økonomiske aktiviteter mellem mindst to medlemsstater. Kriteriet er uafhængigt af, hvordan det relevante geografiske marked afgrænses. Selv om det relevante geografiske marked afgrænses til kun at vedrøre én enkelt medlemsstats område, vil aftalen kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Det kan f.eks. være tilfældet, hvor en aftale afskærmer én enkelt medlemsstats område og gør det vanskeligt for virksomheder fra andre medlemsstater at trænge ind på markedet.

Efter Kommissionens meddelelse og i overensstemmelse med praksis fra EF-Domstolen skal det ved vurderingen af, hvorvidt en konkurrencebegrænsende aftale – eller adfærd – kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, undersøges, om det på baggrund af »samtlige objektive, retlige eller faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemslandene.« (jf. bl.a. præmis 48 i EF-Domstolens dom i de forenede sager 240/82 m.fl., Saml. 1985, s. 3831).

Vurderingen af handelspåvirkningen foretages ud fra objektive faktorer. Der behøver således ikke at foreligge en subjektiv hensigt fra de involverede virksomheders side. Der er heller ikke et krav om, at en aftale m.v. rent faktisk vil påvirke eller har påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne. Det er tilstrækkeligt, at aftalen eller adfærdens *kan* have en sådan virkning. Ved vurderingen heraf indgår flere faktorer såsom aftalens eller misbrugets art, de produkter eller tjenesteydelser, som aftalen eller misbruget omfatter, samt de deltagende virksomheders position på markedet.

I udtrykket »handelsstrømmene mellem medlemslandene« ligger ikke et krav om, at handelen begrænses eller mindskes. Afgørende er, at handelen mellem medlemsstater må antages at ville udvikle sig anderledes med aftalen eller misbruget af den dominerende

stilling, end den sandsynligvis ville have gjort uden aftalen eller misbruget.

Den påvirkning, som aftalen eller misbruget skal have på handelsstrømmene, skal være »direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel«.

Direkte påvirkning kan f.eks. foreligge ved en aftale mellem producenter i forskellige medlemsstater om deling af markedet.

En indirekte indflydelse kan opstå i relation til produkter, der er beslægtet med dem, som er genstand for en aftale eller et misbrug. Der kan f.eks. opstå en indirekte påvirkning, hvor en aftale eller et misbrug angår et mellemliggende produkt, som ikke er genstand for samhandel, men som anvendes til at levere et færdigprodukt, der er genstand for samhandel.

Aktuel påvirkning af handelsstrømmene er den indflydelse, som en konkurrencebegrænsende aftale eller adfærd får, når den føres ud i livet. En aftale indgås mellem en producent og en distributør, som begge er beliggende i samme medlemsstat, og som f.eks. indeholder et eksportforbud, må antages at få aktuel indflydelse på handelen mellem medlemsstaterne. Der stilles som nævnt ikke krav om bevis for, at aftalen har en sådan påvirkning. Det er tilstrækkeligt, at den kan have en samhandelspåvirkning.

En potentiel påvirkning er en indflydelse, der med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed kan antages at opstå i fremtiden. Der skal i denne forbindelse tages hensyn til den forudselige udvikling på markedet.

Samhandelspåvirkningen skal efter EU-praksis være »mærkbar«. Dette kriterium skal fortolkes i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse. Aftaler m.v., der ikke mærkbart påvirker samhandelen, omfattes ikke af anvendelsesområdet for EF-traktatens artikel 81 og 82. I så fald kan en konkurrencebegrænsende aftale rammes af forbuddet i § 6, stk. 1, medmindre bagatelgrænserne i § 7 er opfyldt.

Vurderingen af mærkbarhed afhænger af en konkret vurdering i hver enkelt sag, hvor både aftalens eller misbrugets art, produkternes karakter, og virksomhedernes position på markedet indgår.

Kommissionen opstiller i meddelelsen en formodningsregel for, hvornår en aftale ikke påvirker samhandelen mærkbart (»de minimis-regel«):

(1a) For horisontale aftalers vedkommende, når de deltagende virksomheder ikke har en samlet årlig omsætning inden for EU inden for de produkter, der er omfattet af aftalen, på over 40 mio. EUR.

(1b) For vertikale aftalers vedkommende, når leverandøren af de produkter, der er omfattet af aftalen, ikke har en samlet årlig omsætning inden for EU på over 40 mio. EUR. I sager, der involverer aftaler ind-