

Konkurrencerådets afgørelse den 28. februar 2018

Økonomisk Forening for Persontransports koordinering af sine medlemmers tilbuds- givning



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf.: +45 41 71 50 00
E-mail: kfst@kfst.dk

Journal nr. 16/06663 / JMH, MRY, BFJ & YKR

Afgørelsen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Indholdsfortegnelse

1.	RESUMÉ	2
2.	AFGØRELSE	4
3.	SAGSFREMSTILLING	5
3.1	INDLEDNING	5
3.2	DE INVOLVEREDE VIRKSOMHEDER	6
3.3	MARKEDSBESKRIVELSE.....	8
3.4	DEN OMHANDLEDE ADFÆRD	10
3.5	HØRINGSSVAR.....	16
4.	VURDERING	23
4.1	MARKEDSAFGRÆNSNING	23
4.1.1	Det relevante produktmarked.....	23
4.1.2	Det relevante geografiske marked.....	25
4.1.3	Konklusion vedrørende markedsafgrænsning.....	26
4.2	SAMHANDELSPÅVIRKNING.....	27
4.3	KONKURRENCELOVENS § 6	28
4.3.1	Virksomhedsbegrebet	29
4.3.2	Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.....	30
4.3.2.1	ØFP's koordinering opfylder begrebet om en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder.....	31
4.3.3	Til formål og/eller til følge at begrænse konkurrencen	33
4.3.3.1	Visse former for aftaler m.v. har til formål at begrænse konkurrencen	34
4.3.3.2	ØFP's vedtagelse har til formål at begrænse konkurrencen.....	36
4.3.3.3	Konklusion vedrørende det konkurrencebegrænsende formål af ØFP's vedtagelse	48
4.3.4	Mærkbare konkurrencebegrænsning	48
4.3.5	Konklusion vedrørende Konkurrencelovens § 6	49
4.4	FRITAGELSE	49
4.4.1	Vedtagelsen er ikke omfattet af en gruppefritagelse	50
4.4.2	Vedtagelsen opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8	51
4.5	BEBGRUNDELSE FOR PÅBUD	54
4.6	SAMLET KONKLUSION	55
5.	BILAG	56

1. RESUMÉ

1. Denne sag drejer sig om, hvorvidt brancheforeningen Økonomisk Forening for Persontransport (ØFP) har koordineret sine medlemmers tilbudsgivning ved
 - 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt ved
 - 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.
2. Sagen startede på baggrund af en henvendelse fra trafikskabet Midttrafik vedrørende et konkret udbud, som ØFP havde afgivet tilbud på, og ØFP's vedtægter. Styrelsen indledte på baggrund af henvendelsen en række undersøgelser af medlemmernes samarbejde i regi af ØFP. Undersøgelserne viste, at der foregik et bredere samarbejde i ØFP end blot ØFP's tilbudsgivning på konkrete udbud. Det er dette bredere samarbejde, som beskrevet i pkt. 1 ovenfor, som er sagens genstand.
3. ØFP's medlemmer er vognmænd, som udfører persontransport, med hjemsted i Region Midtjylland.
4. Det relevante marked kan umiddelbart afgrænses til et marked for persontransport i Region Midtjylland. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked, da det ikke er nødvendigt for sagens udfald, og den endelige markedsafgrænsning er derfor holdt åben.
5. Den i sagen omhandlede vedtagelse påvirker ikke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart. Sagen er derfor alene behandlet efter konkurrenceloven.
6. Som brancheforening varetager ØFP sine medlemmers interesse og kan ikke handle uafhængigt af sine medlemmer. Sagens materiale viser, at ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning er foretaget af foreningens kompetente organ. Der foreligger derfor en horisontal vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand.
7. Det er styrelsens vurdering, at ØFP's medlemmer, herunder også ØFP's bestyrelse og daglige leder, er konkurrenter i det bredere samarbejde, jf. pkt. 1 ovenfor. ØFP's medlemmer har alle minimum én tilladelse til at udføre persontransport. Alle medlemmer har hjemsted relativt tæt på minimum ét andet medlem, og alle medlemmer har dermed mulighed for at køre samme rute som minimum ét andet medlem. ØFP's medlemmer vil derfor i mange tilfælde kunne imødekomme den samme efterspørgsel som andre af medlemmerne.
8. Det er styrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse, som både består af medlemmernes drøftelser af ØFP's tilbudsgivning og af ØFP's vedtægtsbestemmelse både efter sit indhold og målsætning har til formål at begrænse konkurrencen i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6. ØFP's vedtagelse har reduceret den usikkerhed, der normalt er ved udbud samt reduceret antallet af potentielle tilbudsgivere. Dette

kan medføre en risiko for, at de pågældende ydelser er blevet dyrere til skade for ordregiver.

9. Styrelsen vurderer videre, at vedtagelsen ikke er omfattet af en gruppefritagelse, og at ØFP ikke har godtgjort, at vedtagelsen opfylder betingelserne for en individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1.
10. Samlet er det derfor styrelsens vurdering, at ØFP i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1 og 3, jf. stk. 3, har vedtaget at koordinere sine medlemmers tilbudsgivning, hvilket har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6.

2. Afgørelse

11. Konkurrencerådet træffer følgende afgørelse:
12. Det meddeles Økonomisk Forening for Persontransport, at foreningen har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, jf. stk. 3, ved at koordinere sine medlemmers tilbudsgivning. Dette er sket ved:
 - at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt ved
 - at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.
13. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet Økonomisk Forening for Persontransport:
 - straks at bringe de i punkt 12 nævnte overtrædelser til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket,
 - fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 12 ovenfor.
14. Økonomisk Forening for Persontransport påbydes endvidere i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1:
 - at informere sine medlemmer om Konkurrencerådets afgørelse, og
 - senest 2 uger fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for at have underrettet sine medlemmer om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse.
15. Dokumentation kan fx bestå af et mødereferat fra et møde, hvor samtlige medlemmer har været indkaldt, eller udsendte e-mails til samtlige medlemmer, hvoraf det fremgår, at Konkurrencerådet har afgjort, at ØFP har overtrådt konkurrenceloven ved at koordinere sine medlemmers tilbudsgivning, gennem medlemmernes løbende drøftelser dels af, hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels af fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP, og ved at udlevere/medsende Konkurrencerådets afgørelse til medlemmerne.

3. SAGSFREMSTILLING

3.1 INDLEDNING

16. Denne sag drejer sig om, hvorvidt brancheforeningen Økonomisk Forening for Persontransport¹ (ØFP) har overtrådt konkurrenceloven ved at begrænse konkurrencen mellem sine medlemmer.
17. Sagen vedrører ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning, hvor:
 - 1) medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt
 - 2) medlemmerne gennem ØFP's vedtægter² har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.
18. Sagen startede på baggrund af en henvendelse fra trafikskabet Midttrafik den 20. maj 2016,³ der både vedrørte et konkret udbud, som ØFP havde afgivet tilbud på, samt ØFP's vedtægter.
19. Styrelsen indhentede på baggrund af henvendelsen oplysninger og materiale bestående af bestyrelsesmøde- og generalforsamlingsreferater og vedtægter fra ØFP, samt stillede ØFP en række skriftlige spørgsmål. Styrelsen afholdt herudover et møde med ØFP den 5. januar 2017. Styrelsen har desuden indhentet oplysninger fra Midttrafik, Lemvig kommune og et tidligere medlem af ØFP.
20. Materialet i sagen viste, at der foregik et bredere samarbejde i ØFP end blot ØFP's tilbudsgivning på konkrete udbud, idet der i regi af ØFP løbende blev drøftet, dels hvilke udbud ØFP skulle afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud.
21. Det fremgår endvidere af materialet, at ØFP i tillæg til dette har vedtaget en vedtægtsbestemmelse, som bestemmer, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.⁴

¹ ØFP er i CVR (Det Centrale Virksomhedsregister) registreret under navnet "Økonomisk Forening for Persontransport F.M.B.A". Af ØFP's gældende vedtægter (jf. bilag 1) fremgår navnet "Økonomiskforening for persontransport" i overskriften på side 1. Ligeledes står ØFP flere steder forkortet som "ØK" i ØFP's bestyrelsesmøde- og generalforsamlingsreferater, jf. bilag 2. I nærværende sag benyttes betegnelsen ØFP.

² ØFP har den 14. november 2016 efter styrelsens henvendelse til foreningen ændret sine vedtægter og har i den forbindelse bl.a. ændret vedtægternes § 3, stk. 3. Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beskriver ØFP's vedtægter, henvises til vedtægterne af 30. marts 2015, som er vedlagt som bilag 3.

³ Midttrafiks henvendelse til styrelsen af 20. maj 2016 med udvalgte bilag er vedlagt som bilag 4.

22. Materialet og oplysningerne fra ØFP førte til, at styrelsen den 20. marts 2017 sendte en meddelelse om betænkeligheder til ØFP for at orientere om de mulige konkurrencemæssige problemer, som styrelsen foreløbigt havde identificeret i sagen. ØFP har ikke afgivet bemærkninger til eller ønsket at holde et møde med styrelsen på baggrund af meddelelsen om betænkeligheder.

3.2 DE INVOLVEREDE VIRKSOMHEDER

23. ØFP er en brancheforening for vognmænd, der udfører persontransport i Region Midtjylland. Ifølge ØFP's vedtægter er foreningens formål blandt andet at tilbyde personbefordring til større kundegrupper, såsom regioner og kommuner, som den enkelte vognmand af økonomiske eller ressourcemæssige årsager ikke selvstændigt kan varetage.⁵
24. Ifølge ØFP's vedtægter kan vognmænd med bevilling til taxikørsel efter taxiloven⁶ samt vognmænd med tilladelse til buskørsel efter busloven⁷ optages som medlemmer i ØFP.⁸
25. ØFP varetager desuden medlemmernes politiske og økonomiske interesser.⁹
26. ØFP har som forening ikke tilladelse til at udføre personbefordring, men afgiver tilbud i forbindelse med konkrete udbud i regionen, hvorefter de medlemmer, som har afgivet tilbud gennem ØFP, udfører selve kørslen. Alle ØFP's medlemmer har tilladelse til at udføre persontransport.
27. ØFP har angivet, at baggrunden for at oprette ØFP var kompleksiteten i udbuddene, de krav, der blev stillet i udbudsmaterialet, samt størrelsen og risikoen ved den konkrete opgaveudførelse. ØFP har i forlængelse heraf anført, at ordregiver flere gange har opfordret små vognmænd til at slå sig sammen for dermed at skabe mere konkurrence om de offentlige opgaver.¹⁰

⁴ Jf. ØFP's vedtægter af 30. marts 2015, § 3, stk. 3, bilag 3.

⁵ Ibid., § 2, stk. 1 og 2, bilag 3.

⁶ Jf. Bekendtgørelse af lov om taxikørsel m.v. (taxiloven) LBK nr. 107 af 30. januar 2013.

⁷ Jf. Bekendtgørelse af lov om buskørsel, (busloven) LBK nr. 1050 af 12. november 2012.

⁸ Jf. ØFP's vedtægter af 30. marts 2015, § 3, stk. 1, bilag 3.

⁹ Det fremgår af ØFP's bestyrelsesmødereferater m.v., jf. bilag 2, at ØFP varetager medlemmernes politiske og økonomiske interesser. Fx har ØFP skrevet til Transportministeriet med henblik på at fremsætte foreningens synspunkter angående forhandling om ny taxilov, (jf. referat af 27. marts 2014), ØFP har deltaget på et møde på Christiansborg vedrørende persontransportloven og har i den forbindelse skrevet til Transportministeriet (jf. referat af 28. marts 2014), og ØFP har desuden selv flere gange arrangeret debatmøder med politikere, (senest den 18. januar 2016), hvor både lokale politikere og nationale politikere var inviterede, (jf. Formandens årsberetning 2016).

¹⁰ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 2, bilag 5.

28. ØFP bestod per 28. oktober 2016 af 24 medlemmer med i alt ca. 80 biler. Samtlige af ØFP's medlemmer er placeret i Region Midtjylland,¹¹ jf. figur 3.1 nedenfor. Alle ØFP's medlemmer har taxibevillinger,¹² i tillæg hertil har seks af vognmændene bustilladelser og/eller tilladelse til offentlig servicetrafik.¹³

Figur 3.1 Oversigtskort over placeringen af ØFP's medlemmer



Note: Kortet er udarbejdet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved hjælp af mapkit.io

Kilde: ØFP's medlemsliste vedlagt ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, jf. bilag 5.

¹¹ Jf. ØFP's medlemsliste vedlagt ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, bilag 5.

¹² Ibid., bilag 5.

¹³ Jf. Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsens hjemmeside: <http://www.trafikstyrelsen.dk/DA/Erhvervstransport.aspx>, undermenuen: "Find transportvirksomhed".

29. ØFP har en bestyrelse på fem medlemmer. Et af bestyrelsesmedlemmerne er samtidig ansat som direktør/daglig leder i ØFP ca. 25 timer om ugen.¹⁴ Samtlige af ØFP's bestyrelsesmedlemmer er selv medlemmer af ØFP og aktive vognmænd.¹⁵
30. ØFP har oplyst, at ØFP udelukkende afgiver tilbud på opgaver i Region Midtjylland, og kun såfremt opgaverne falder ind under foreningens formål.¹⁶ ØFP har videre oplyst, at ØFP i perioden 2012-2016 har afgivet tilbud på seks udbud til fire forskellige ordregiver:¹⁷
- Midttrafik Variabel (rammeudbud) udbudt både i 2012, 2013 og 2014
 - Syddjurs Kommune (fast kørsel) udbudt i 2014
 - Ringkøbing-Skjern Kommune (fast kørsel) udbudt (af Midttrafik) i 2016
 - Lemvig Kommune (fast kørsel) udbudt i 2016
31. Ordregiver betaler ØFP for udført kørsel. ØFP betaler herefter de enkelte virksomheder én til én, bortset fra et administrationsgebyr til ØFP på [0-5] pct.¹⁸
32. Det fremgår af ØFP's årsrapport fra 2015, at ØFP i 2015 havde en nettoomsætning på ca. [...] mio. kr. Omsætningen består hovedsageligt af betaling for de opgaver, som ØFP har vundet ved at afgive fælles tilbud på vegne af sine medlemmer. Dertil kommer en mindre del af omsætningen fra kontingentindtægter fra medlemmer. Af de ca. [...] mio. blev ca. [...] mio. kr., det vil sige [90-100] pct. af omsætningen, udbetalt til ØFP's medlemmer, som afregning for udført kørsel i vundne udbud.¹⁹

3.3 MARKEDSBESKRIVELSE

33. Sagen vedrører overordnet persontransport, som er en tjenesteydelse. Persontransport omfatter mange forskellige typer transport, det kan fx være specialkørsel,²⁰ handicapkørsel,²¹ flexkørsel²² og patientbefordring,²³ som bliver

¹⁴ Jf. ØFP's bestyrelsesmøde af 26. februar 2013 og ØFP's generalforsamling af 3. april 2013, bilag 2.

¹⁵ Jf. ØFP's bestyrelsesmøde af 30. marts 2015 og ØFP's generalforsamling af 22. marts 2016, bilag 2.

¹⁶ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 5, bilag 5.

¹⁷ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 5, bilag 5.

¹⁸ Jf. ØFP's besvarelse af 25. januar 2017 af styrelsens spørgsmål af 13. januar 2017, side 6 og side 7, bilag 6.

¹⁹ Jf. ØFP's årsrapport 2015, s. 7, bilag 2, til ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, bilag 5.

²⁰ Specialkørsel er kørsel med børn, ældre og handicappede til skoler, institutioner og lignende, hvor der foreligger et fast kørselsmønster.

²¹ Handicapkørsel for kommuner er et supplement til de kollektive trafik for borgere der er handicappede. Kørslen er fra gadedør til gadedør.

²² Flexkørsel for kommuner er et supplement til den kollektive trafik og kan benyttes af alle borgere i de kommuner, der tilbyder flexkørsel.

²³ Patientbefordring for regioner er kørsel til/fra behandling på hospitaler, samt overførsel mellem hospitaler.

udbudt af kommuner, regioner eller offentligt ejede trafikskaber. Persontransport kan også bestå af mere traditionel taxikørsel eller almindelige rutebusser, som er tilgængelige for alle borgere.

34. Denne sag vedrører persontransport for kommuner og trafikskaber²⁴ i Region Midtjylland, som er det område, hvor ØFP's medlemmer er aktive.²⁵
35. For at få adgang til at udføre persontransport kræves det, at vognmanden har en tilladelse hertil. I forbindelse med udbud, hvor en kommune eller en region er ordregiver, kan en vognmand kun afgive tilbud, såfremt han har en bus- eller taxitilladelse, jf. taxilovens²⁶ § 1. Hvor et trafikskab fx Midttrafik er ordregiver, vil flere vognmænd kunne afgive tilbud, da det i disse udbud er muligt at afgive tilbud både med en bus- og taxitilladelse og med en tilladelse til at udføre offentlig servicetrafik (OST-tilladelse).²⁷
36. En tilladelse til buskørsel og offentlig servicetrafik giver mulighed for at udføre kørsel i hele Danmark og udstedes af Transportministeriet.²⁸
37. Tilladelse til taxikørsel udstedes af kommunalbestyrelsen²⁹ og er for så vidt angår almindelig taxikørsel geografisk begrænset til den kommune, som har udstedt tilladelsen.³⁰ Såfremt taxitilladelsen anvendes til at udføre kørsel, som er udbudt af et trafikskab eller en kommune, fx specialkørsel, jf. pkt. 33 ovenfor, kan taxitilladelsen anvendes uden geografisk begrænsning.³¹
38. Ved offentlige myndigheders udbud af persontransport kan kravene til vognmandens udførelse af kørselsopgaven variere fra udbud til udbud på baggrund af udbudsbetingelserne. Der kan fx være varierende krav til, hvilken type bil, som skal anvendes til en specifik kørselsopgave, samt til hvor mange biler, der kræves for at kørselsopgaven kan udføres. Der er typisk tale om kørselsopgaver med korte kontraktperioder på 1-2 år eventuelt med mulighed for forlængelse.
39. Udbuddene kan udbydes som en rammeaftale eller som fast kørsel. Ved en rammeaftale bliver alle vognmænd, som byder og opfylder betingelserne i udbuddet, som udgangspunkt tildelt en kontrakt. Vognmanden er dog ikke dermed sikret

²⁴ I region Midtjylland hedder det offentligt ejede trafikskab Midttrafik.

²⁵ Jf. ØFP's vedtægter af 30. marts 2015, § 2, stk. 1, bilag 3, samt ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 5, bilag 5.

²⁶ Jf. Bekendtgørelse af lov om taxikørsel m.v. nr. 107, af 30. januar 2013.

²⁷ En OST-tilladelse er en tilladelse til at køre offentlig servicetrafik. Tilladelsen giver adgang til at udføre kørsel for trafikskaber. Tilladelsen udstedes af Transportministeriet, jf. Bekendtgørelse af lov om taxikørsel m.v. (Taxiloven) LBK nr. 107 af 30. januar 2013.

²⁸ Jf. Taxilovens § 2 stk. 1.

²⁹ Jf. Taxilovens, § 2, stk. 1.

³⁰ Taxiloven er pr. 1. januar 2018 ændret, således at en taxibevisning udstedes af Transportministeriet, og at bevillingen ikke er geografisk begrænset. På tidspunktet for den i denne sag omhandlede adfærd var det den tidligere taxilov, bekendtgørelse af lov om taxikørsel m.v. nr. 107, af 30. januar 2013, som var gældende.

³¹ Jf. Udtalelse fra Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen af 20. februar 2018, bilag 7.

kørsel. For at en vognmand bliver tildelt kørsel, skal vognmanden være den billigste på tidspunktet for kørsels udførelse. Et computersystem hos ordregiver udregner, hvilken vognmand som er billigst på tidspunktet for kørslen. Vognmanden bestemmer selv, hvornår han vil være til rådighed for at udføre kørsel ved at logge af og på ordregivers computersystem.

40. Udbydes kørslen som fast kørsel, byder vognmanden ind på specifikke ruter eller pakker, som angiver hvor og hvornår kørslen skal foretages. Såfremt vognmanden vinder en rute eller en pakke, er vognmanden sikret kørslen i denne rute/pakke i hele kontraktperioden.

3.4 DEN OMHANDLEDE ADFÆRD

41. Det, der undersøges i nærværende sag, er, om ØFP har begrænset konkurrencen mellem sine medlemmer ved at koordinere sine medlemmers tilbudsgivning.
42. Materialet i sagen viser:
 - 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt
 - 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.
43. Materialet stammer hovedsageligt fra ØFP's bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, og såfremt der ikke er angivet andet, kan de nedenstående citater genfindes under deres dato i ØFP's samlede bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, som er vedlagt som bilag 2.
44. Det har ikke været muligt at skaffe materiale fra før 2013, da dette ifølge ØFP er forsvundet i forbindelse med en brand.
45. Forkortelsen "ØK" fremgår flere steder i de nedenstående citater. "ØK" er ØFP's forkortelse for ØFP.

Ad 1) ØFP's drøftelser dels om fælles tilbud, og dels om fastsættelse af priser og fordeling af ydelser i ØFP's tilbud

46. Nedenfor følger ØFP's bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, som viser medlemmernes overordnede drøftelse af en række udbud i ØFP:
47. Bestyrelsesmøde af 22. oktober 2013, pkt. 1:

"Frustration over ØK's medlemmers manglende interesse for udbud. [...] forslåes som konsulent ved Midttrafik udbud."
48. Bestyrelsesmøde af 16. december 2013:

"ØK ønsker ikke at byde på lægevagtskørsel, ikke biler nok."
49. Bestyrelsesmøde af 22. maj 2014:

"Udbuddet i Syddjurs kommune vundet og der arbejdes på at få lægekørslen tilbage.

50. Bestyrelsesmøde af 24. juni 2014:

"Medlemsmøde for medlemmerne i ØK øst ang. skolekørsel. Alle i bestyrelsen var tilstede. Der blev fremlagt af [...] hvordan kørslen skal foregå i det nye udbud og medlemmer kunne tilmelde vogne."

51. Bestyrelsesmøde af 27. august 2014, pkt. 3 og 4:

"3. [...] Nyt udbud i oktober 2014 garanti og variabel.

4. [...] orienterer om skolekørsel på Djursland efterfølgende medlemsmøde med øk øst."

52. Bestyrelsesmøde af 7. oktober 2014, pkt. 4:

"Vi har gennemgået Midttrafiks udbud omkring garantibiler, vi har besluttet at vi sender en mail ud til samtlige vognmænd og forhører om de har lyst til en sådan bil. Samtidig har vi forespurgt om der har nogen som påtænker at melde sig ud inden det variable udbud kommer."

53. Formandens beretning 2015, som præsenteret på ØFP's generalforsamling den 30. marts 2015:

"Vi vil gerne at vores samarbejde vognmændene i mellem skal styrkes og at vi som små landvognmænd skal gøre alt for at styrke det i stedet for at vi modarbejder hinanden."

54. Bestyrelsesmøde af 22. marts 2016, pkt. 1:

"Midttrafik

Forslag fra ØK om at bruge flere af egne biler til julekørsel ved at åbne for alle taxi der kan indreg. til persontransport fra næste udbud. Natpriser ved næste udbud.

Ringkøbing/Skjern udbud: ØK er nødt til at byde. Alle medlemmer indkaldes til møde ang. udbud. Bytning mellem to vognmænd af vognløb er muligt hvis frivilligt og med slutseddel. ØK skal godkende."

55. I forbindelse med ØFP's afgivelse af tilbud på et udbud af specialkørsel i Lemvig kommune, har ØFP som svar på en henvendelse fra Lemvig Kommune af 29. april 2016 angivet, at:

"Vi vil gerne gøre opmærksom på, at man frivillig indbetaler sin kontingent og derved er medlem af en forening, som har nogle regler. Der er ingen der er tvunget med. Der er både regler for udmeldelse og regler for hvordan vi hænger sammen rent økonomisk i vores vedtægter. Endvidere er der altid et informationsmøde, hvor man kan høre hvad forventninger vi har til et udbud og hvilke forventninger vores medlemmer har, der bliver udstedt mails, når bestyrelsen har truffet afgørelse om, hvorvidt det er en opgave

vi kan påtage os. Herefter er det helt op til vores medlemmer om de ønsker at være med ellers har de mulighed for at melde sig ud, som er beskrevet i vores vedtægter.”³²

56. Samt at:

”Vi sammen ligner os med alle de andre økonomiske foreninger der er i vores branche, det er netop for ikke at blive dømt for et kartel, vi har foreningen, fordi vi er en sammenslutning af mange små vognmænd, som ikke kan byde på de store opgaver vi ser ude i disse år, der er rigtig mange også i håndværkerbranchen, de har underleverandører, de må bestemt ej heller byde selv. Så er du jo upålidelig, eksempelvis hvis vi har budt i ØK og jeg derefter går hjem og byder bagefter, så kan jeg jo bare gå 1,- under og derved snyde alle mine samarbejdspartnere.”³³

57. Bestyrelsesmøde af 24. maj 2016, pkt. 3:

”Ikast/Brande, forespørgsel fra Frydensbjerg ang. udbud. ØK byder ikke”

58. Nedenfor følger et uddrag af bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, som viser medlemmernes drøftelser af priser og fordeling af ruter i ØFP’s tilbud:

59. Bestyrelsesmøde af 3. oktober 2013, pkt. 4:

”Midttrafik udbud, medlemmer spurgt om prisniveau, kun 3 svar. Ikast Taxa indbydes til ØK.”

60. Bestyrelsesmøde af 29. oktober 2013:

”[...]: Bestyrelsen foreslår at byde med 2 priser A: den laveste B: ca. [10-30]% over. Senest 8/11 skal den ønskede pris mailes til [...]. Fra hvert enkelt medlem. [...] alle medlemmer skal ind til [...] med deres papirer til udbuddet, hver for sig.”³⁴

61. Formandens beretning 2014 som præsenteret på ØFP’s generalforsamling den 27. marts 2014:

”Vi havde i Oktober et mægtig godt medlemsmøde, hvor vores dygtige Konsulent med hensyn til Midttrafik [...] var her med sin computer, så vi kunne skrives vores biler ind, som noget nyt har vi jo indført, at vi kan vælge en pris og en [20-30]% dyrepris. Valget er vognmandens. Vi var næsten fuldtallige, så vi var stolte der var noget vi kunne samles om.”

62. Medlemsmøde af 30. oktober 2014:

³² Jf. ØFP’s besvarelse vedrørende ØFP’s pålidelighed til Lemvig Kommune af 2. maj 2016, bilag 8.

³³ Ibid., bilag 8

³⁴ Der er sandsynligvis tale om, at bestyrelsen drøfter prisfastsættelsen i forhold til et konkret udbud, muligvis et variabelt udbud udbudt af Midttrafik med opstart i 2014, jf. referat af bestyrelsesmøde af 22. oktober 2013, bilag 2, sammenholdt med ØFP’s besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 5, bilag 5.

"Der var et stort fremmøde. Vi var 30 personer [...] havde et rigtig godt indlæg, han var omkring mange ting som rører os i hverdagen. Vi fortsætter med 2 priser."

63. Bestyrelsesmøde af 24. maj 2016, pkt. 5:

"Siger man nej til en tildelt rute, kan man ikke forvente at få en anden. Ruterne skal kunne tildeles efter hvem der er bedst egnet til den specifikke rute."

ØFP's generelle bemærkninger vedrørende drøftelser dels om fælles tilbud, dels om fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud

64. ØFP har angivet, at ØFP ikke afgiver tilbud på vegne af sine medlemmer som en brancheforening, men derimod har anvendt sine medlemmer som underleverandører, hvorved der er tale om en lovlig underleveranceaftale.³⁵ Dette vil blive adresseret nedenfor i afsnit 4.3.2.1, samt i afsnit 3.5 vedrørende ØFP's høringsvar.
65. ØFP har videre angivet, at såfremt der ikke er tale om en underleveranceaftale, så er der tale om en lovlig konsortieaftale, idet foreningen i henhold til sine vedtægter kun kan afgive tilbud, når medlemmerne ikke selvstændigt kan byde. Det er ØFP's opfattelse, at medlemmerne derfor ikke er konkurrenter i det pågældende udbud, når ØFP byder.³⁶ Dette er adresseret nedenfor i pkt. 207ff., samt i afsnit 3.5 vedrørende ØFP's høringsvar.

Ad 2) ØFP's vedtægter

66. Det fremgår af ØFP's vedtægters § 3, stk. 3, at *"Medlemmet skal respektere foreningens forretningsområder og afstå fra at byde på kørselsopgaver, som foreningen byder på."*
67. I tillæg hertil fremgår det af bestyrelsesmøde af 22. maj 2014, at:
- "Nye medlemmer: kan ikke komme ind og samtidig køre selv for Flex. kan melde sig ind 1. nov. og køre næste udbud"*
68. Det fremgår af ØFP's bestyrelsesmøde af 7. oktober 2014, at ØFP har forespurgt sine medlemmer, om de ønsker at deltage i et tilbud på et konkret udbud, samt om der er nogen af ØFP's medlemmer, som har tænkt sig at melde sig ud inden udbuddet, jf. pkt. 52 ovenfor.
69. ØFP har angivet,³⁷ at såfremt et medlem ikke ønsker at afgive tilbud på et udbud gennem ØFP, så kan medlemmet melde sig ud af ØFP, som beskrevet i ØFP's vedtægter, jf. pkt. 55 ovenfor.

³⁵ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 3, bilag 5.

³⁶ Ibid., side 3, bilag 5.

³⁷ Jf. ØFP's besvarelse vedrørende ØFP's pålidelighed til Lemvig Kommune af 2. maj 2016, bilag 8.

70. I forbindelse med et udbud af specialkørsel i Lemvig kommune fremgår det af et brev af 19. april 2016 fra ØFP til et daværende medlem forud for afgivelse af tilbud, at:

"Eftersom vi har afholdt møde i Lemvig i dag med dine kollegaer i Økonomisk forening, hvor du ikke mødte op, så går vi ud fra, at du ikke ønsker at være en del af budet, fordi det er forbudt iflg. ØK's vedtægter at indgive et bud uden om ØK, hvis nogle andre medlemmer ønsker at byde, det er der, så derfor går vi ud fra, at du ikke ønsker at byde. Du står stadig i restance til foreningen, men vi har ingen udmeldelse modtaget fra dig, og den skal indgives 3. mdr. før, du ønsker at udtræde af foreningen..."³⁸

71. Medlemmet sendte den 25. april 2016 sin udmeldelse af foreningen til ØFP.³⁹ ØFP besvarede udmeldelsen med følgende:

"Vi er selvfølgelig kede af, at du ikke ønsker at være medlem længere, men det er selvfølgelig din egen beslutning. [...] Eftersom der har været licitation i Lemvig kommune, håber vi selvfølgelig på, at du har været meget opmærksom på § 3.3 i vores vedtægter, da du ikke har ønsket at være sammen med andre af vores medlemmer."⁴⁰

72. På baggrund af ØFP's oplysninger til styrelsen, har vedtægternes § 3, stk. 3, i hvert fald været gældende fra marts 2012. Det er dog muligt, at vedtægternes § 3, stk. 3, har været gældende siden ØFP's oprettelse den 28. september 2004.

73. Efter at styrelsen begyndte at undersøge, hvorvidt ØFP har overtrådt konkurrencereglerne, ophævede ØFP ved en vedtægtsændring den 14. november 2016 bl.a. den del af § 3, stk. 3, som er beskrevet i pkt. 66. De nye vedtægter, samt følgebrev hvoraf det fremgår, at vedtægterne er vedtaget, er vedlagt som bilag 1.

ØFP's bemærkninger til sine vedtægter

74. ØFP har angivet, at vedtægternes § 3, stk. 3, er blevet misforstået. Ifølge ØFP finder § 3, stk. 3, alene anvendelse i de situationer, hvor medlemmerne ikke er i stand til at byde selvstændigt, da ØFP kun kan afgive tilbud på vegne af sine medlemmer, når medlemmerne ikke kan byde selv, jf. vedtægternes § 2, stk. 1. ØFP har videre angivet, at når ØFP's medlemmer ikke kan byde selvstændigt, er medlemmerne ikke konkurrenter. ØFP finder på den baggrund, at § 3, stk. 3, ikke anvendes til at begrænse konkurrencen mellem ØFP's medlemmer.
75. ØFP har videre angivet, at hvis et medlem ønsker at afgive tilbud og kan byde selvstændigt, så skal medlemmet gøre det i stedet for at afgive tilbud gennem ØFP. De øvrige medlemmer og ØFP vurderer samtidig, om det er interessant for de øvrige medlemmer at afgive tilbud på opgaven gennem ØFP.⁴¹

³⁸ Jf. Materiale vedrørende et udbud i Lemvig fremsendt til styrelsen den 14. december 2016, bilag 9.

³⁹ Ibid., bilag 9.

⁴⁰ Ibid., bilag 9.

⁴¹ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 3, bilag 5.

76. Ifølge ØFP var hensigten med § 3, stk. 3, at sikre, at et medlem, som bød gennem ØFP, ikke samtidig bød som underleverandør til eller konsortiedeltager med andre tilbudsgivere. Det ville ifølge ØFP skabe risiko for, at ØFP kunne påtage sig forpligtelser over for ordregivere, som ØFP efterfølgende ikke vil kunne overholde, eller at fortrolige informationer fra ØFP's tilbudsgivning kunne blive delt med konkurrenter.⁴² Styrelsen har behandlet ØFP's kommentarer under afsnit 4.3.3.2 vedrørende vedtagelsens formål i pkt. 275ff., samt i afsnit 3.5 vedrørende ØFP's hørings svar.

Materiale vedrørende ØFP's økonomi

77. Bestyrelsesmøde af 26. februar 2013, pkt. 2:

"Ansæt daglig leder [...]"⁴³

Afregning til vognmænd af alle ØK's aktiviteter, Den daglige drift af ØK's aktiviteter ÷ politik

Aflønning [...] kr/mdr."

78. Bestyrelsesmøde 30. marts 2016, pkt. 1:

"Salær til bestyrelsen: Formand [...], næstformand [...],- kasserer og sekretær [...],- menig [...],- Dagmøder kompensation [...],- aften ingen."

79. Bestyrelsesmøde af 22. marts 2016, pkt. 2:

"Kontingent: som nu

Administration: sættes op til [0-5]% for alle medlemmer"

80. Bestyrelsesmøde af 16. juni 2016, pkt. 4:

"Der skal være et gebyr pr. bevilling for hjælpe til udbud. [...] kan få brug for hjælp på Djursland ved nedgang i kørsel til håndtering af de andre vognmænd."

Øvrigt materiale

81. Øvrigt materiale, som inddrages nedenfor i styrelsens vurdering i nærværende sag:
- Styrelsens referat af 13. januar 2017 af møde med ØFP af 5. januar 2017, bilag 10.
 - ØFP's hørings svar af 27. november 2017, bilag 11.

⁴² Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 3, bilag 5.

⁴³ [...] driver vognmandsvirksomheden Kalø Taxi, som er medlem af ØFP, herudover sidder [...] i ØFP's bestyrelse.

3.5 HØRINGSSVAR

82. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte en klagepunktsmeddelelse i høring hos Økonomisk Forening for Persontransport (ØFP) den 13. oktober 2017. Styrelsen modtog ØFP's bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen den 27. november 2017. Høringssvaret er vedlagt som bilag 11. ØFP's bemærkninger og styrelsens kommentarer hertil følger nedenfor.
83. Bemærkninger er grupperet under følgende overskrifter i overensstemmelse med sagens overordnede afsnit:
- i. Samhandelspåvirkning
 - ii. Aftaleforholdet
 - iii. Sagens genstand
 - iv. Konkurrenter
 - v. Drøftelserne i ØFP
 - vi. Vedtægternes § 3, stk. 3
 - vii. Fritagelse/undtagelse
 - viii. Øvrige

i. Samhandelspåvirkning

84. ØFP angiver i sit høringssvar, at der er samhandelspåvirkning i sagen, da de udbud, som ØFP har afgivet tilbud på, er EU-udbud.⁴⁴
85. Herudover henviser ØFP til Domstolens dom af 14. januar 2015 i sag C-518/13 "Black Cabs" vedrørende statsstøtte, hvoraf det fremgår, at begrebet samhandelspåvirkning ikke afhænger af, om de leverede transportydelser er lokale eller regionale, eller af størrelsen af de omhandlede aktivitetsområder. I forlængelse heraf bemærker ØFP, at konkurrencereglerne og statsstøttereglerne indeholder tæt på enslydende formuleringer af betingelsen om samhandelspåvirkning.⁴⁵
86. Uanset om formuleringen af betingelserne for samhandelspåvirkning er tæt på enslydende efter konkurrencereglerne og statsstøttereglerne, ændrer den ovenfor angivne dom ikke på, at der skal foretages en konkret vurdering af, om betingelserne for samhandelspåvirkning er opfyldt.
87. Styrelsen har allerede behandlet, hvorvidt ØFP's vedtagelse har samhandelspåvirkning i sagens afsnit 4.2. Bemærkningerne har ikke givet anledning til en ændret vurdering af, at vedtagelsen ikke har samhandelspåvirkning.

ii. Aftaleforholdet

88. ØFP anfører i sit høringssvar, at ØFP's samarbejdsaftale er en lovlig underleveranceaftale. Ifølge ØFP må ØFP dermed gerne indhente priser fra

⁴⁴ Jf. ØFP's høringssvar af 27. november 2017, side 3 og side 10, bilag 11.

⁴⁵ Ibid., side 10, bilag 11.

medlemmerne på udførelse af den udbudte kørsel og på baggrund af den indhentede pris fastsætte den pris, som ØFP anvender i sit tilbud til ordregiver.⁴⁶

89. Det er styrelsens vurdering, at det er underordnet, hvorvidt ØFP selv betegner aftaleforholdet mellem ØFP og medlemmerne som en underleveranceaftale, da selve betegnelsen af aftaleforholdet ikke ændrer på, at ØFP's vedtagelse materielt skal anses som en horisontal vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand, jf. sagens afsnit 4.3.2.1. Dette er præciseret i sagens pkt. 199-201. Styrelsen bemærker, at det, at ØFP er en selvstændig virksomhed, som afgiver tilbud og bærer risikoen ved tilbudsgivning, ikke ændrer på, at ØFP også er en sammenslutning af virksomheder, jf. sagens pkt. 178 og 180.
90. ØFP's bemærkninger om aftaleforholdet har ikke givet anledning til en ændring i styrelsens vurdering af, at samarbejdet i ØFP er en horisontal vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder.

iii. Sagens genstand

91. ØFP's bemærkninger i høringssvaret angår hovedsageligt, at ØFP's medlemmer har indgået et lovligt samarbejde om tilbudskoordinering på de enkelte udbud, som ØFP har afgivet tilbud på. Ifølge ØFP ville styrelsen have fundet, at der var tale om et lovligt samarbejde, såfremt styrelsen havde set på hvert af de pågældende udbud. Ifølge ØFP ville de drøftelser, som er foregået i regi af ØFP, dermed også være lovlige.⁴⁷
92. ØFP's vedtagelse vedrører efter styrelsens vurdering et bredere samarbejde end de enkelte udbud, som ØFP har afgivet tilbud på. De drøftelser, som er foregået i regi af ØFP i forbindelse med ØFP's tilbud, samt ØFP's vedtægter, som bestemmer, at medlemmerne ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP, er i sig selv egnet til at begrænse konkurrencen mellem ØFP's medlemmer. Det skyldes, at medlemmer gennem drøftelserne i ØFP får viden om, hvilke udbud ØFP vil afgive tilbud på, samt hvordan priser fastsættes og ruter fordeles, og at ØFP's vedtægter samtidig giver alle medlemmer viden om, at der ikke er nogen andre medlemmer, som vil afgive tilbud i konkurrence med ØFP. Dette er med til at mindske den usikkerhed, der ellers ville have været mellem ØFP's medlemmer ved tilbudsgivning og dermed den konkurrence, som udbud normalt ville medføre. Herudover er vedtagelsen egnet til at begrænse konkurrencen ved, at ØFP's medlemmer ikke vil kunne samarbejde med andre (ikke medlemmer) om at afgive tilbud på udbud, hvor ØFP byder..
93. Det er styrelsens vurdering, at det er de overordnede drøftelser samt vedtægtsbestemmelsen, som er egnet til at begrænse konkurrencen på markedet. Styrelsen har derfor ikke foretaget en selvstændig vurdering af, om hvert enkelt af de tilbud, som ØFP har afgivet, har været i overensstemmelse med konkurrencereglerne.
94. ØFP's bemærkninger om, at styrelsen ikke har vurderet de enkelte udbud i sagen, giver derfor ikke anledning til en ændring af styrelsens vurdering af sagen.

⁴⁶ Jf. ØFP's hørings svar af 27. november 2017, side 10, bilag 11.

⁴⁷ Ibid., fx side 6-7, bilag 11.

iv. Konkurrenter

95. ØFP angiver i sit høringssvar, at tilbudssamarbejder som det klare udgangspunkt er lovlige, samt at vurderingen af lovligheden afhænger af, om de virksomheder, der deltager i samarbejdet, hver især vil kunne byde på opgaven. ØFP angiver, at ØFP i henhold til formålet i sine vedtægter, jf. sagens pkt. 23, udelukkende har afgivet tilbud på udbud, som medlemmerne ikke kunne afgive tilbud på hver især, og at ØFP's medlemmer dermed ikke er konkurrenter i de pågældende udbud.⁴⁸
96. Herudover angiver ØFP, at der i vurderingen af om medlemmerne er konkurrenter skal indgå en række særlige forhold, som har betydning for, om medlemmet har kapacitet til at byde, blandt andet geografi, taxibevillingssystemet, medlemmets vogntype og øvrige forpligtelser.⁴⁹
97. Som nævnt omhandler denne sag ikke de enkelte udbud, som ØFP har afgivet tilbud på, men derimod et bredere samarbejde, hvor ØFP løbende koordinerer sine medlemmers tilbudsgivning.
98. Styrelsen har derfor ikke foretaget en selvstændig vurdering af om ØFP på konkrete udbud kun har afgivet tilbud på vegne af medlemmer, som ikke kan byde selv, og dermed om de pågældende medlemmer er konkurrenter i det konkrete udbud.
99. Det skal dog bemærkes, at ØFP efter styrelsens opfattelse selv anser sine medlemmer for at være konkurrenter i de udbud, som ØFP afgiver tilbud på. ØFP har fx oplyst, at medlemmerne ofte byder uden om ØFP på udbud, som ØFP afgiver tilbud på.⁵⁰ ØFP's vedtægters § 3, stk. 3, som bestemmer at ØFP's medlemmer ikke må byde i konkurrence med ØFP, ville herudover være overflødig, såfremt ØFP udelukkende havde til hensigt at afgive tilbud på udbud, hvor ØFP's medlemmer ikke var konkurrenter.
100. Det kan også bemærkes, at det fx i et udbud⁵¹ fra Midttrafik⁵² har været muligt for vognmænd at afgive tilbud på enkelte ruter og med kun én bil. Da alle ØFP's medlemmer som minimum har én bil, taler det for, at flere af ØFP's medlemmer ville kunne afgive et selvstændigt tilbud på et sådan udbud.
101. Styrelsen har allerede behandlet, hvorvidt ØFP's medlemmer er konkurrenter i det bredere samarbejde, som foregår i regi af ØFP i sagens pkt. 208-211. Styrelsen har i den forbindelse undersøgt, hvorvidt vedtægternes § 2, stk. 1, og de af ØFP angivne særlige forhold er afgørende for denne vurdering, jf. sagens pkt. 265-272 og 302-304.
102. Styrelsen har fundet, at i forhold til vurderingen af det bredere samarbejde, som består af drøftelserne i ØFP af dels af hvilke udbud, som ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt ØFP's vedtægter,

⁴⁸ Jf. ØFP's høringssvar af 27. november 2017, fx side 4-8, bilag 11.

⁴⁹ Ibid., side 3 og side 8-9, bilag 11.

⁵⁰ Jf. Styrelsens referat af 13. januar 2017 af møde med ØFP af 5. januar 2017, side 1, bilag 10.

⁵¹ Midttrafiks udbud fra 2016 af specialkørsel i Ringkøbing-Skjern Kommune udbudt.

⁵² Jf. Midttrafiks henvendelse til styrelsen af 20. maj 2016, side 1, bilag 4.

som bestemmer, at medlemmerne ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP, er disse forhold ikke afgørende.

103. Styrelsen vil i pkt. 268-269 vedrørende formålet med vedtagelsen præcisere, at det er styrelsens vurdering, at vedtagelsen vedrører et bredere samarbejde end de enkelte udbud, som ØFP har afgivet tilbud på.
104. Præciseringerne har ikke givet anledning til en ændring af styrelsens vurdering af, at ØFP's medlemmer er konkurrenter i den vedtagelse, som vedrører det bredere samarbejde i ØFP.

v. Drøftelserne i ØFP

105. ØFP anfører i sit høringssvar, at det ikke ud fra ØFP's bestyrelses- og generalforsamlingsreferater fremgår, at ØFP har drøftet specifikke priser, at ØFP internt har fordelt ruter, at der er sket en udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger, eller at der er sket ulovlig tilbudskoordinerings. ØFP angiver derfor, at styrelsen ikke har løftet bevisbyrden for, at de konkrete drøftelser i regi af ØFP medfører, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne.⁵³
106. Herudover angiver ØFP, at de drøftelser, der er sket i ØFP, er lovlige, fordi de er nødvendige for, at ØFP kan afgive (lovlige) tilbud på vegne af sine medlemmer.⁵⁴ Styrelsens udlægning af drøftelserne i sagsfremstilling er derfor ifølge ØFP i strid med uskyldsformodningen i menneskerettighedskonventionen artikel 6.⁵⁵
107. Styrelsen er enig med ØFP i, at det som udgangspunkt er lovligt at drøfte den pris, der skal indgå i tilbuddet, fordeling af ruter m.v. i forbindelse med et konkret tilbud, hvis man indgår som samarbejdsparter i et lovligt konsortium.
108. Styrelsen skal imidlertid også her bemærke, at ØFP's vedtagelse efter styrelsens vurdering vedrører et bredere samarbejde end blot de enkelte udbud, som ØFP afgiver tilbud på. De drøftelser, som er foregået i regi af ØFP giver sammen med vedtægtsbestemmelsen medlemmerne en viden, som er med til at mindske den usikkerhed, der ellers ville have været mellem medlemmerne i de udbud, som ØFP afgiver tilbud på, og dermed den konkurrence, som et udbud normalt ville medføre, jf. sagens pkt. 92.
109. I tillæg hertil er drøftelser i en bredere kreds end dem, som skal byde, ikke nødvendige for at kunne afgive et lovligt tilbud. Det gør sig både gældende for drøftelser på medlemsmøder med deltagelse af en række medlemmer, hvor der endnu ikke er taget stilling til, hvilke medlemmer som vil byde, samt for drøftelser i bestyrelsen, som består af konkurrenter til andre af medlemmerne.
110. Det er derfor styrelsens vurdering, at styrelsen har løftet bevisbyrden for, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, og at styrelsens udlægning af

⁵³ Jf. ØFP's høringssvar af 27. november 2017., side 2-3 og side 6-9, bilag 11.

⁵⁴ Ibid., side 7-9, bilag 11.

⁵⁵ Ibid., side 2 og side 7, bilag 11.

drøftelserne dermed ikke er i strid med uskyldsformodningen i menneskerettighedskonventionen artikel 6.

111. Dette er allerede behandlet i sagens pkt. 229-261 og giver ikke styrelsens anledning til en ændret vurdering af, at drøftelserne i ØFP sammen med ØFP's vedtægtsbestemmelse er egnet til at begrænse konkurrencen.

vi. Vedtægternes § 3, stk. 3

112. Ifølge ØFP var hensigten med vedtægternes § 3, stk. 3, ikke at begrænse konkurrencen mellem medlemmerne, men derimod at sikre, at et medlem ikke både afgav tilbud gennem ØFP og som underleverandør til eller konsortiedeltager med andre virksomheder uden for ØFP.⁵⁶
113. Dette ville ifølge ØFP skabe en risiko for, at ØFP påtog sig forpligtelser, som ØFP ikke kunne overholde, eller at fortrolige oplysninger fra ØFP's tilbudsgivning kunne blive delt med konkurrerende virksomheder.⁵⁷
114. Styrelsen har allerede behandlet ØFP's bemærkninger i sagens pkt. 274-288, og ØFP's bemærkninger giver ikke anledning til en ændret vurdering af, at vedtægterne sammen med drøftelserne i ØFP er egnet til at begrænse konkurrencen.

vii. Fritagelse/undtagelse

115. ØFP har angivet, at ØFP's vedtagelse er fritaget og/eller undtaget fra konkurrencereglerne i medfør af Transportforordningen, Specialiseringsgruppefritagelsen eller en individuel fritagelse.⁵⁸

Transportforordningen⁵⁹

116. ØFP har angivet, at Transportforordningen medfører, at ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning er undtaget fra konkurrencereglerne. ØFP har i den forbindelse angivet, at fordi ØFP afgiver tilbud på EU-udbud, så er der per definition samhandlingspåvirkning.⁶⁰
117. Det er styrelsens vurdering, at ØFP's adfærd i denne sag ikke påvirker samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, jf. afsnit 4.2 nedenfor.
118. Da det er styrelsens vurdering, at Transportforordningen udelukkende finder anvendelse i forbindelse med en konkurrenceretlig vurdering efter TEUF artikel 101, finder Transportforordningen ikke anvendelse på ØFP's adfærd, som alene vurderes efter konkurrencelovens § 6.

⁵⁶ Jf. ØFP's høringssvar af 27. november 2017, side 3, bilag 11.

⁵⁷ Ibid., side 3, bilag 11, samt pkt. 276 nedenfor.

⁵⁸ Ibid., side 4 og side 10-11, bilag 11.

⁵⁹ Rådets Forordning 169/2009, af 26. februar 2009, om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane ad landeveje og sejlbare vandveje, ("Transportforordningen").

⁶⁰ Jf. ØFP's høringssvar af 27. november 2017, side 3 og 10, bilag 11.

119. Transportforordningen undtager kun visse aftaler m.v., som muliggør indførelse af tekniske forbedringer eller teknisk samarbejde, som bidrager til forbedringer af produktiviteten.
120. Selv hvis TEUF artikel 101 og dermed Transportforordningen fandt anvendelse, er det styrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse, som består af medlemmernes løbende drøftelser af ØFP's tilbudsgivning, samt ØFP's vedtægter, som bestemmer, at medlemmerne ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP, ikke er et sådant samarbejde, som muliggør indførelse af tekniske forbedringer eller teknisk samarbejder, som bidrager til forbedringer af produktiviteten. Det er derfor styrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse ikke opfylder betingelserne for at blive undtaget efter Transportforordningen.
121. ØFP's bemærkninger har ikke givet anledning til en ændring af styrelsens vurdering af, at ØFP's vedtagelse ikke er undtaget efter Transportforordningen.

Specialiseringsgruppefritagelsen⁶¹

122. ØFP har angivet, at vedtagelsen er fritaget i medfør af specialiseringsgruppefritagelsen, da ØFP og ØFP's medlemmer har en markedsandel på under 20 pct.⁶² ØFP har ikke angivet, hvordan ØFP's vedtagelse opfylder de øvrige betingelser i specialiseringsgruppefritagelsen, som angiver, at vedtagelsen skal vedrøre specialisering eller fælles distribution, hvor parterne ikke sælger produkterne hver for sig.
123. Det er styrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse ikke opfylder betingelserne for at være en ensidig eller gensidig vedtagelse om specialisering, eller en vedtagelse om fælles distribution, hvor parterne ikke sælger produkterne hver for sig. Styrelsen har ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked, jf. sagens afsnit 4.1, og har dermed heller ikke taget stilling til, hvor stor en markedsandel ØFP og ØFP's medlemmer har. ØFP's bemærkninger giver ikke anledning til, at styrelsen ændrer sin vurdering af, at aftalen ikke er fritaget i medfør af gruppefritagelsen.

Individuel fritagelse

124. ØFP gør gældende, at betingelserne for individuel fritagelse er opfyldt. ØFP anfører, at samarbejdet medfører effektivitetsgevinster, da ØFP løser en række væsentlige samfundsmæssige opgaver med transport af borgere, der af den ene eller anden grund har behov herfor. Ifølge ØFP er et samarbejde om løsning af visse af sådanne opgaver nødvendigt.⁶³
125. Styrelsen har allerede i sagens afsnit 4.4.2 behandlet, om ØFP har godtgjort, at vedtagelsen kan fritages fra konkurrencereglerne. ØFP's bemærkninger er tilføjet i sagens pkt. 334. ØFP's bemærkninger ændrer ikke på styrelsens vurdering af, at ØFP

⁶¹ Kommissionens forordning nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler ("gruppefritagelse for specialiseringsaftaler").

⁶² Jf. ØFP's høringssvar af 27. november 2017, side 4, bilag 11.

⁶³ Ibid., side 4 og side 11, bilag 11.

ikke har dokumenteret, at vedtagelsen opfylder betingelserne for at blive individuelt fritaget.

viii. Øvrige

126. ØFP angiver, at styrelsen har indtaget sin holdning i sagen på baggrund af oplysninger fra Midttrafik og et tidligere medlem af ØFP i stedet for faktuelle forhold.⁶⁴
127. Styrelsen bemærker, at styrelsen har indhentet en stor mængde materiale fra ØFP for at få oplyst faktum bedst muligt, hvilket sagen i vidt omfang bygger på, jf. sagens afsnit 3.4 vedrørende den omhandlede adfærd.
128. ØFP angiver, at et samarbejde om tilbudsgivning kan foregå i enhver form for juridisk enhed eller konstruktion.⁶⁵
129. Styrelsen er enig i ØFP's bemærkning om, at et samarbejde kan foregå i enhver form for juridisk konstruktion, men det ændrer ikke på, at samarbejdet skal være i overensstemmelse med konkurrencereglerne.
130. Det præciseres i pkt. 267, at det er den enkelte virksomhed som ved hvert udbud individuelt bør tage stilling til, hvorvidt vedkommende selv kan afgive tilbud. Præciseringen ændrer ikke på styrelsens vurdering af, at det bredere samarbejde i ØFP er i strid med konkurrencereglerne.
131. ØFP angiver, at det er uforståeligt, at sagen vedrører medlemmernes kontingentbetaling og den daglige leders vederlag.⁶⁶
132. Styrelsen har inddraget oplysninger om ØFP's økonomi for at vurdere, om ØFP i sig selv er en virksomhed, jf. sagens pkt. 179-180. Herudover bliver oplysningerne kort inddraget i forbindelse med vurderingen af effektivitetsgevinster, da ØFP selv angiver, at medlemmerne sparer penge ved at afgive tilbud gennem ØFP, jf. sagens pkt. 332.

⁶⁴ Jf. ØFP's høringssvar af 27. november 2017, side 2, bilag 11.

⁶⁵ Ibid., side 6, bilag 11.

⁶⁶ Ibid., side 10, bilag 11.

4. VURDERING

4.1 MARKEDSAFGRÆNSNING

133. For at vurdere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale m.v. i strid med konkurrencelovens⁶⁷ § 6, kan det være nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det er dog ikke nødvendigt med en endelig afgrænsning, medmindre det uden en sådan ikke er muligt at afgøre, om aftalen m.v. kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og/eller har til formål eller til følge mærkbart at begrænse konkurrencen.⁶⁸
134. Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Formålet med at afgrænse et marked både som produktmarked og som geografisk marked er at konstatere hvilke aktuelle konkurrenter, der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.⁶⁹
135. Udgangspunktet for markedsafgrænsningen er en analyse af efterspørgsels- og udbudssubstitution.⁷⁰ I de følgende afsnit vil det relevante produktmarked og geografiske marked blive undersøgt.

4.1.1 Det relevante produktmarked

136. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.⁷¹
137. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende aftale m.v. vedrører. Dernæst afgrænses hvilke øvrige produkter eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed.
138. Den i denne sag relevante vedtagelse omhandler ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning i forbindelse med udbud vedrørende persontransport i Region Midtjylland.
139. Det er kommuner, regioner eller offentlige trafikselskaber, som efterspørger persontransport. Det sker ved, at kommuner, regioner og offentlige trafikselskaber

⁶⁷ LBK nr. 869 af 8. juli 2015 ("konkurrenceloven").

⁶⁸ Jf. Rettens dom af 25. oktober 2005 i sag T-38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, præmis 99 og den deri citerede praksis.

⁶⁹ Jf. Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (1997/C 372/03) ("Markedsafgrænsningsmeddelelsen"), punkt 2.

⁷⁰ Ibid., punkt 13, første punktum.

⁷¹ Ibid., punkt 7.

gennemfører udbud, hvorefter de stiller kørslen til rådighed for borgerne. Efterspørgslen efter kørsel kommer dermed ikke direkte fra de enkelte borgere, men bliver fastlagt af det offentlige i de pågældende udbud.

140. I forbindelse med konkrete udbud vil efterspørgselssubstitutionen derfor være begrænset i forhold til den eller de tjenesteydelser, der efterspørges i det konkrete udbud, idet den efterspurgte ydelse ikke vil kunne substitueres med alternative ydelser.
141. Ved kommuner og trafiksekskabers udbud af persontransport vil udbuddene typisk vedrøre en specifik form for persontransport fx specialkørsel. Det snævreste produktmarked for ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning vil derfor kunne være specifikke former for persontransport.
142. Det er muligt, at udbudssubstitution indebærer, at markedet skal afgrænses bredere end til specifikke former for persontransport, således at det relevante produktmarked omfatter persontransport generelt. Dette er tilfældet, hvis en vognmand, som udfører én form for persontransport, uden væsentlige omkostninger og risici omgående kan omstille sig til at tilbyde en anden form for persontransport.
143. Dette vil formentlig være tilfældet for nogle typer af persontransport. Fx vil en vognmand, der udfører handikapkørsel, sandsynligvis kunne anvende samme type bil og/eller samme type tilladelse som ved specialkørsel, og vil derfor sandsynligvis uden væsentlige omkostninger eller risici kunne omstille sig til specialkørsel.
144. Dette kan tale for, at produktmarkedet afgrænses bredere end til en specifik form for persontransport, sandsynligvis til et marked for generel persontransport.
145. Det er usandsynligt, at markedet kan afgrænses bredere end til generel persontransport, da vognmanden skal være i besiddelse af en særlig type tilladelse og en særlig bil for at udføre persontransport, jf. pkt. 35 ovenfor, som ikke giver adgang til andre former for transport, fx godstransport. Persontransport vil derfor være den bredest mulige afgrænsning.

Delkonklusion

146. Styrelsen vurderer, at der ikke er behov for at foretage en endelig afgrænsning af det relevante produktmarked. Det skyldes, at styrelsen vurderer, at der i denne sag er tale om en vedtagelse truffet af en forening, hvis medlemmer er indbyrdes konkurrenter, uanset om produktmarkedet afgrænses snævert til en specifik form for persontransport eller bredest muligt til persontransport generelt, jf. pkt. 207ff. nedenfor. Herudover er det på baggrund af karakteren af overtrædelsen – ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning – styrelsens vurdering, at der selv ved den bredest mulige markedsafgrænsning foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6.
147. I det følgende vil styrelsen anvende det bredest mulige produktmarked – markedet for persontransport – selv om det som nævnt i pkt. 141 ovenfor er muligt, at markedet kan afgrænses mere snævert.

4.1.2 Det relevante geografiske marked

148. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.⁷²
149. Den i denne sag relevante vedtagelse omhandler ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning i forbindelse med udbud vedrørende persontransport i Region Midtjylland.
150. I forbindelse med konkrete udbud er det muligt, at der i forhold til efterspørgsels substitution kan afgrænses et særskilt geografisk marked for hver enkelt af de udbudte ruter i det konkrete udbud. Ved efterspørgsels substitution vil ordregiver ikke være interesseret i at substituere kørsel på en specifik rute med kørsel på en alternativ rute. Den snærest mulige afgrænsning vil derfor kunne være de enkelte ruter i et udbud.
151. Der vil dog kunne være udbudssubstitution mellem de enkelte ruter, idet en vognmand ofte uden eller med meget begrænsede omkostninger vil kunne skifte fra at køre på en rute til at køre på en anden. Det taler for, at det geografiske marked skal afgrænses bredere end til den enkelte rute.
152. Det er muligt, at der kan afgrænses et lokalt eller regionalt marked til det område, hvor kørslen i et konkret udbud er placeret, eller hvor vognmanden er aktiv.
153. ØFP's medlemmer er hovedsageligt aktive som leverandører af persontransport i Region Midtjylland. Herudover byder ØFP som forening kun på opgaver i Region Midtjylland, jf. ØFP's vedtægter.⁷³ ØFP har i tillæg hertil angivet, at det giver en række udfordringer at byde på en opgave, som geografisk ligger langt væk. Udover at tilbuddet vil blive dyrere på grund af meget spildkørsel til og fra ruten, er det ifølge ØFP også vanskeligt at overholde taxilovgivningens krav om, at taxier skal tilbyde kørsel i de områder, hvor bevillingen er udstedt.⁷⁴
154. Idet det efter det oplyste har væsentlig betydning, at opgaven ikke ligger langt væk geografisk, kan det ikke udelukkes, at det geografiske marked for konkrete udbud kan afgrænses lokalt til det område et udbud dækker eller regionalt, hvilket i dette tilfælde vil være Region Midtjylland.
155. Det er muligt, at markedet kan afgrænses bredere end Region Midtjylland. Når en kommune, region eller et trafikselskab udbyder persontransport, er en taxitilladelse ikke geografisk begrænset til den kommune, tilladelsen er udstedt i jf. pkt. 37 ovenfor. Bustilladelser og tilladelser til offentlig servicetrafik er ligeledes ikke geografisk begrænset, jf. pkt. 36 ovenfor. Dette kan tale for, at det geografiske marked kan afgrænses bredere end lokalt eller regionalt, fx til Danmark.

⁷² Jf. Markedsafgrænsningsmeddelelsen, pkt. 8.

⁷³ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 5, bilag 5.

⁷⁴ Jf. ØFP's besvarelse af 25. januar 2017 af styrelsens spørgsmål af 13. januar 2017, side 4-5, bilag 6.

156. Det er usandsynligt, at markedet kan afgrænses bredere end Danmark, da afstanden til ruten efter det oplyste er et helt væsentligt parameter ved tilbudsgivning, jf. pkt. 153ff. Herudover er udbudsmaterialet som udgangspunkt udarbejdet på nationalsproget, og særligt for taxitilladelser gælder der national regulering, jf. pkt. 37 ovenfor, som ikke er harmoniseret på tværs af EU. Danmark vil derfor være den bredest mulige afgrænsning.

Delkonklusion

157. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er behov for at foretage en endelig afgrænsning af det relevante geografiske marked. Det skyldes, at styrelsen vurderer, at der i sagen er tale om en vedtagelse truffet af en forening, hvor flere af ØFP's medlemmer er indbyrdes konkurrenter, uanset om det geografiske marked afgrænses snævrere til den enkelte rute i et konkret udbud, eller bredest muligt til Danmark, jf. pkt. 207ff. nedenfor. Herudover er det på baggrund af karakteren af overtrædelsen – ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning – styrelsens vurdering, at der selv ved den bredest mulige markedsafgrænsning foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6.
158. Selv om styrelsen ikke har foretaget en endelig vurdering af det relevante marked, vil styrelsen i det følgende anvende det geografiske marked Region Midtjylland, hvor ØFP's medlemmer er aktive, ØFP afgiver tilbud og ØFP's vedtægter er gældende. Baggrunden for dette er, at det geografiske marked sandsynligvis skal afgrænses bredere end til den enkelte rute i et udbud på grund af udbudssubstitution, jf. pkt. 151, men snævrere end Danmark, da afstanden til ruterne er et væsentligt parameter, jf. pkt. 153 ovenfor.

4.1.3 Konklusion vedrørende markedsafgrænsning

159. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den snævrere mulige afgrænsning af det relevante marked vil omfatte specifikke former for persontransport på enkelte ruter i konkrete udbud, som beskrevet i udbudsmaterialet, og den bredest mulige afgrænsning vil omfatte persontransport generelt i Danmark.
160. Da ØFP's medlemmer vil være konkurrenter på det snævrere mulige marked, jf. pkt. 207ff. nedenfor, vil dette også være tilfældet på et eventuelt bredere marked. På baggrund af karakteren af overtrædelsen – ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning – er det samtidig styrelsens vurdering, at der selv ved den bredest mulige markedsafgrænsning foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6. På den baggrund er det ikke nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante marked.

4.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING

161. Efter forordning nr. 1/2003⁷⁵ skal det undersøges, om en eventuel konkurrencebegrænsende aftale m.v. mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Hvis det er tilfældet, er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forpligtet til at anvende TEUF artikel 101.⁷⁶
162. Udtrykket "samhandelen mellem medlemsstater" er neutralt. Det er ikke en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en aftale m.v. fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.⁷⁷
163. Ved vurdering af, om en aftale m.v. mærkbart kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, fremgår det af selve ordlyden af TEUF artikel 101 og Kommissionens samhandelsmeddelelse,⁷⁸ at der især skal lægges vægt på følgende tre kriterier:
- Handelen mellem medlemsstater
 - Kan påvirkes
 - Mærkbart
164. Kommissionen har opstillet en gendrivelig negativ formodningsregel for, hvornår en aftale m.v. i princippet ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart – den såkaldte NAAT-regel.⁷⁹ NAAT-reglen finder anvendelse, hvis
- i) parterne ikke på det relevante marked indenfor EU har en samlet markedsandel på over 5 pct., og
 - ii) de deltagende virksomheder ikke har en samlet årlig omsætning i EU indenfor de produkter, der er omfattet af aftalen m.v., på over 40 mio. euro (horisontal aftale), eller leverandøren ikke har en årlig omsætning i EU indenfor de produkter, der er omfattet af aftalen m.v., på over 40 mio. euro (knap 300 mio. kr.) (vertikal aftale).
165. ØFP har over for styrelsen angivet, at fordi ØFP som udgangspunkt afgiver tilbud på EU-udbud, er der per definition samhandelspåvirkning.⁸⁰

⁷⁵ Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 ("forordning nr. 1/2003"). EF-traktatens artikel 81 og 82 er blevet til henholdsvis artikel 101 og 102 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF"). De to sæt bestemmelser er i det væsentlige identiske. I forordninger og meddelelser vedtaget inden 1. december 2009 skal henvisninger til EF-traktatens artikel 81 og 82 forstås som henvisninger til TEUF artikel 101 og 102.

⁷⁶ Jf. forordning nr. 1/2003, artikel 3, stk. 1, 1. pkt.

⁷⁷ Jf. Kommissionens meddelelse af 27. april 2004 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07) ("samhandelsmeddelelsen"), punkt 34 og 44.

⁷⁸ Ibid., punkt 18.

⁷⁹ Ibid., punkt 52.

166. Det er styrelsens vurdering, at et EU-udbud potentielt kan medføre, at handelen mellem medlemsstater påvirkes, da EU-udbud bliver offentliggjort på en sådan måde, at virksomheder i andre medlemsstater i højere grad har mulighed for at afgive tilbud end ved nationale udbud, også selv om udbuddet måtte blive udbudt på nationalsproget. Det er dog i den forbindelse ikke givet, at et EU-udbud vil påvirke handelen mellem medlemsstater *mærkbart*.
167. En aftale m.v., der kun vedrører det nationale marked eller en del heraf, og ikke direkte omhandler import og eksport, tilhører ikke den kategori af aftaler m.v., der ifølge selve deres natur kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Sådanne aftaler m.v. vil som udgangspunkt kun kunne påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart, når de gør det vanskeligere for virksomheder fra andre medlemsstater at trænge ind på det pågældende marked.⁸¹
168. Det er styrelsens vurdering, at det relevante marked ikke er større end Danmark og evt. kan afgrænses snævrere til fx et regionalt marked jf. pkt. 158 ovenfor. Vedtagelsen vedrører hverken import eller eksport, som beskrevet i pkt. 167 ovenfor. ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning tilhører dermed ikke den kategori, som efter sin natur kan påvirke samhandelen mærkbart.
169. ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning vedrører efter styrelsens vurdering primært medlemmernes indbyrdes konkurrence. Det vil sige, at vedtagelsen fortrinsvist påvirker ØFP's medlemmer, uanset om markedet afgrænses til en del af det danske marked eller bredere til hele Danmark. Det er herudover usandsynligt, at udenlandske vognmænd vil afgive tilbud på udbud i Danmark, da det har væsentlig betydning for udførelsen af opgaven, at opgaven geografisk ikke ligger langt væk vognmandens forretningssted, jf. pkt. 154 ovenfor. Vedtagelsen gør det dermed som udgangspunkt ikke vanskeligere for virksomheder fra andre medlemsstater at trænge ind på markedet.
170. Styrelsen vurderer på den baggrund, at ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning ikke kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart. Det vurderes derfor, at vedtagelsen alene skal behandles efter konkurrencelovens regler.

4.3 KONKURRENCELOVENS § 6

171. Konkurrencelovens § 6 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser indenfor sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.
172. Det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6.

⁸⁰ Jf. ØFP's besvarelse af 25. januar 2017 af styrelsens spørgsmål af 13. januar 2017, side 6, bilag 6.

⁸¹ Jf. Kommissionens meddelelse af 27. april 2004 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens art. 81 og 82 (2004/C 101/ 07) ("samhandelsmeddelelsen"), punkt 89, sammenholdt med punkt 83 og 84.

173. Der er fire betingelser, der skal være opfyldt for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse. Der skal være tale om (i) virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder, der (ii) indgår en aftale, vedtagelse eller udøver samordnet praksis, som (iii) direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart.
174. Vurderingen efter konkurrencelovens § 6 skal foretages i lyset af dansk domspraksis samt administrativ praksis fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrenceankenævnet. Praksis fra Den Europæiske Unions Domstol samt administrativ praksis fra Europa-Kommissionen vil være vejledende for fortolkningen.⁸²

4.3.1 Virksomhedsbegrebet

175. Den første betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at der skal være tale om virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder.
176. Virksomhedsbegrebet fortolkes meget bredt. Det følger direkte af konkurrencelovens § 2, stk. 1, at lovens forbud gælder for enhver form for erhvervsvirksomhed. Det er desuden præciseret i forarbejderne, at det omfatter *"enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester"*.⁸³ Det følger ligeledes af Domstolens praksis, at virksomhedsbegrebet omfatter *"enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde"*.⁸⁴ Det er uden betydning for anvendelsen af konkurrencelovens § 6, hvorvidt virksomheden drives med økonomisk gevinst for øje.⁸⁵
177. Ifølge konkurrencelovens § 6, stk. 3, er vedtagelser indenfor sammenslutninger af virksomheder også omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6. En sammenslutning af virksomheder omfatter en brancheforening af enhver slags, og det karakteristiske for sammenslutningen er, at samarbejdet mellem virksomhederne udspringer af deres tilslutning til sammenslutningen, som forener dem og varetager deres interesser.
178. ØFP er en sammenslutning af vognmænd, som er leverandører af persontransport. ØFP forener disse vognmænd ved bl.a. at koordinere deres tilbudsgivning og varetage deres politiske interesser, jf. pkt. 25. Medlemmerne af ØFP er selvstændige vognmænd, der alle udgør virksomheder i konkurrencelovens forstand. Der er styrelsens vurdering, at ØFP dermed udgør en sammenslutning af virksomheder, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 3.

⁸² Jf. bl.a. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3649, v. sp. og 3657 h.sp.

⁸³ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653, v. sp.

⁸⁴ Jf. EF-domstolens dom af 23. april 1991 i sag C-41/90, *Höfner & Elser*, præmis 21.

⁸⁵ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653, v. sp.

179. Det fremgår herudover af ØFP's vedtægter, at den overordnede ledelse varetages af bestyrelsen,⁸⁶ samt at bestyrelsen kan ansætte en person til den daglige drift af foreningen.⁸⁷ Det fremgår af ØFP's referater af bestyrelsesmøder,⁸⁸ at bestyrelsen modtager et honorar for deltagelsen i bestyrelsen, og at den daglige leder modtager løn i forbindelse med varetagelsen af den daglige drift. Både honoraret og lønnen, som modtages for at opretholde driften i ØFP, dækkes bl.a. af et fast kontingent og et driftsbidrag på [0-5] pct. af den afregning, som medlemmerne modtager for udført kørsel,⁸⁹ jf. pkt. 77-80.
180. Ovenstående betyder, at ØFP som forening har en økonomisk aktivitet i forbindelse med driften af ØFP, og at ØFP dermed også er en selvstændig virksomhed i konkurrencelovens forstand.
181. Styrelsen vurderer samlet, at det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb er opfyldt i denne sag både for ØFP som forening og for ØFP's medlemmer.

4.3.2 Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

182. Den anden betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at der skal være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.
183. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb. Det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt fx "gentlemen's agreements". Det afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde.
184. Der stilles inden for konkurrenceretten ikke krav om, at en aftale antager en juridisk bindende form, at der er fastsat sanktioner mellem aftaleparterne, eller at aftalen kan tvangsfuldbyrdes. Det er endvidere ikke afgørende, om virksomhederne har følt sig forpligtet – juridisk, faktisk eller moralsk – til at udvise den aftalte adfærd.⁹⁰
185. Vedtagelser indenfor en sammenslutning af virksomheder er også omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3.
186. Beslutninger truffet af sammenslutningen kan i sig selv udgøre en vedtagelse, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 3. Ensidige udmeldinger fra sammenslutningen, heriblandt henstillinger, anbefalinger, opfordringer og tilkendegivelser vil også kunne være omfattet af begrebet vedtagelse. Afgørende for, om sådanne henstillinger, anbefalinger og opfordringer m.v. er omfattet af begrebet, er, at de er udtryk for sammenslutningens holdning og er *egnet* til at koordinere medlemmernes

⁸⁶ Jf. ØFP's vedtægter af 30. marts 2015, § 11, stk. 1, bilag 3.

⁸⁷ Jf. ØFP's vedtægter af 30. marts 2015, § 12, stk. 1, bilag 3.

⁸⁸ Jf. fx ØFP's bestyrelsesmøde af 22. maj 2014 og ØFP's bestyrelsesmøde af 30. marts 2015, bilag 2.

⁸⁹ Jf. ØFP's vedtægter af 30. marts 2015, § 5, stk. 3, og § 15, stk. 2, bilag 3.

⁹⁰ Jf. fx Retten i Første Instans' dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, *Rørkartel*, præmis 199-200.

adfærd, uanset om medlemmerne rent faktisk koordinerer deres adfærd på markedet, og uanset at medlemmerne ikke er forpligtede til at følge udmeldingerne.⁹¹

187. I det følgende vurderes det, om betingelserne for, at der foreligger en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder, er opfyldt i denne sag.

4.3.2.1 ØFP's koordinering opfylder begrebet om en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder

188. Det konkurrencebegrænsende forhold, som er genstand for undersøgelse i nærværende sag, er ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning, som består af:

1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt

2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.

189. Som det fremgår af pkt. 178 ovenfor, er ØFP en sammenslutning af virksomheder. For at der er foretaget en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder, skal vedtagelsen være egnet til at koordinere medlemmernes adfærd, jf. pkt. 186 ovenfor.

190. ØFP's bestyrelse er valgt af ØFP's medlemmer til at varetage den overordnede ledelse og er derfor det kompetente organ i foreningen.⁹²

191. Som det fremgår ovenfor, jf. pkt. 47ff., er det ØFP's bestyrelse, som tager initiativ til og koordinerer sine medlemmers tilbudsgivning, og herunder indkalder til medlemsmøder, hvor tilbudsgivningen drøftes.

192. Det fremgår ligeledes af ØFP's svar på styrelsens spørgsmål af 25. januar 2017,⁹³ at dette, ifølge ØFP, også udmønter sig i konkrete tilbud, hvor det er ØFP's bestyrelse, som træffer beslutning om at afgive tilbud. Det er ØFP, som beslutter hvilken pris, der skal tilbydes, samt fordeler ruterne ud fra medlemmernes ønsker.

193. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at ØFP's bestyrelses drøftelser og beslutninger vedrørende tilbudsgivning er egnet til at koordinere ØFP's medlemmers adfærd.

194. Dette gør sig efter styrelsens vurdering både gældende for de beslutninger, som er drøftet og truffet internt i ØFP's bestyrelse, for de udmeldinger ØFP har udsendt til medlemmerne, samt for de beslutninger, som er drøftet og truffet blandt

⁹¹ Jf. fx Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2009, *Dansk Transport og Logistik mod Konkurrencerådet*, afsnit 6.2 og Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 2014, *Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark mod Konkurrencerådet*, afsnit 6.

⁹² Jf. ØFP's gældende vedtægter af 14. november 2016, § 11, stk. 1, bilag 1.

⁹³ Jf. ØFP's besvarelse af 25. januar 2017 af styrelsens spørgsmål af 13. januar 2017, side 3 og 5, bilag 6.

medlemmerne på ØFP's medlemsmøder. Samlet set udgør disse derfor en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand.⁹⁴

195. Det samme gør sig gældende for ØFP's vedtægter, som er vedtaget af generalforsamlingen,⁹⁵ der er det kompetente organ for så vidt angår vedtagelse af vedtægter.⁹⁶
196. Det skal bemærkes, at et medlem af en forening forudsættes at have accepteret foreningens vedtægter og de konkurrencebegrænsninger, der eventuelt måtte fremgå heraf, selv i tilfælde hvor medlemmet ikke udtrykkeligt har tilkendegivet at ville følge en konkurrencebegrænsende adfærd vedtaget af en forening.⁹⁷
197. ØFP har angivet, at ØFP i forbindelse med konkrete udbud ikke afgiver tilbud på vegne af sine medlemmer som en brancheforening, men derimod som en selvstændig juridisk enhed, der anvender sine medlemmer som underleverandører, jf. pkt. 64 ovenfor.⁹⁸
198. Det er styrelsens vurdering, at denne sag omhandler en vedtagelse, som dækker over et bredere samarbejde end de enkelte udbud, som ØFP har afgivet tilbud på. Vedtagelsen består af medlemmernes løbende drøftelser af ØFP's tilbudsgivning samt af ØFP's vedtægtsbestemmelse, som beskrevet i pkt. 194-195.
199. Det er herudover styrelsens vurdering, at det er underordnet, hvorvidt ØFP selv betegner aftaleforholdet mellem ØFP og medlemmerne som en underleveranceaftale, da selve betegnelsen af aftaleforholdet ikke ændrer på, at ØFP's vedtagelse materielt skal anses som en horisontal vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand.
200. Det skal i den forbindelse bemærkes, at ØFP er en forening af konkurrerende vognmænd, jf. pkt. 208ff, som varetager sine medlemmers interesser, jf. pkt. 178. ØFP er ikke økonomisk aktiv på andre områder end sine medlemmer, ØFP har ikke nogen særlig ekspertise, som adskiller sig fra medlemmernes, og ØFP kan ikke handle uafhængigt af sine medlemmer
201. Det ændrer ikke herpå, hvordan betalingen af medlemmerne foregår. Det kan i øvrigt bemærkes, at selv om ordregiver betaler ØFP for udført kørsel, betaler ØFP efterfølgende de deltagende virksomheder én til én for den udførte kørsel med undtagelse af et administrationsgebyr på [0-5] pct., jf. pkt. 31 ovenfor.

⁹⁴ Se fx Konkurrencerådets afgørelse af 30. januar 2008, Lokale pengeinstitutter, pkt. 182, og Konkurrencerådets afgørelse af 30. april 2014, Skive og Omegns Vognmandsforenings Tilbudskoordinering, side 14.

⁹⁵ Jf. ØFP's gældende vedtægter af 14. november 2016, § 8, stk. 5, bilag 1.

⁹⁶ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. januar 2008, Lokale pengeinstitutter, pkt. 181.

⁹⁷ Ibid., pkt. 185, jf. Forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck mod Kommissionen, Sml. 1980, s. 3125.

⁹⁸ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 3, bilag 5.

202. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning, som beskrevet i pkt. 188 ovenfor, skal anses som en horisontal vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand.
203. I det følgende er det indholdet af denne vedtagelse, jf. afsnit 3.4 ovenfor, som skal bedømmes i forhold til forbuddet mod konkurrencebegrænsende vedtagelser, jf. afsnit 4.3.3 nedenfor.

4.3.3 Til formål og/eller til følge at begrænse konkurrencen

204. Den tredje betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at vedtagelsen direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.
205. Som beskrevet ovenfor i afsnit 3.4 omhandler denne sag, at ØFP koordinerer sine medlemmers tilbudsgivning ved, 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt ved 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.
206. For at der kan foreligge en horisontal aftale i strid med konkurrencelovens § 6, skal det være en aftale m.v. mellem konkurrenter. Det skal derfor undersøges, hvorvidt ØFP's medlemmer er konkurrenter på det relevante marked.

ØFP's medlemmer er konkurrenter

207. Kommissionen har i de horisontale retningslinjer⁹⁹ fastlagt en række principper til brug for en konkurrenceretlig vurdering af, hvornår virksomheder er konkurrenter. Udtrykket "konkurrenter" omfatter både faktiske og potentielle konkurrenter. ØFP's medlemmer vil blive betragtet som aktuelle konkurrenter, hvis de er aktive på samme relevante marked. ØFP's medlemmer vil blive betragtet som potentielle konkurrenter, hvis det uden den i sagen omhandlede vedtagelse er sandsynligt, at medlemmerne i tilfælde af en beskeden men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode ville foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked.¹⁰⁰
208. ØFP's medlemmer har alle minimum én tilladelse til at udføre persontransport, jf. pkt. 28 ovenfor. Selv om der er en vis geografisk afstand mellem den østlige og vestlige del af Region Midtjylland, er alle medlemmer geografisk placeret relativt tæt – inden for 20 km i fugleflugt¹⁰¹ – på minimum ét andet medlem, og de fleste

⁹⁹ Kommissionens horisontale retningslinjer af 14. januar 2011 for anvendelsen af artikel 101 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C11/01) ("horisontale retningslinjer").

¹⁰⁰ Ibid., punkt 10.

¹⁰¹ Jf. ØFP's medlemsliste vedlagt ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, bilag 5, hvoraf medlemmernes adresser fremgår.

medlemmer er placeret væsentligt tættere, jf. Figur 3.1 ovenfor, hvoraf den geografiske placering af ØFP's medlemmer fremgår.

209. En taxitilladelse er ikke geografisk begrænset til den kommune, den er udstedt i, når vognmanden anvender tilladelsen til at udføre persontransport udbudt af trafikselskaber eller kommuner, jf. pkt. 37 ovenfor. ØFP's medlemmer vil derfor efter styrelsens vurdering i mange tilfælde kunne imødekomme den samme efterspørgsel som andre af medlemmerne, jf. pkt. 159-160. Dette ses fx ved, at to medlemmer hver især har afgivet selvstændige tilbud på et udbud.¹⁰²
210. Det fremgår af ØFP's vedtægters § 2, stk. 1, at formålet med foreningen er at tilbyde personbefordring til større kundegrupper, som den enkelte vognmand af økonomiske eller ressourcemæssige årsager ikke selv kan varetage. Dette kan give indtryk af, at ØFP's medlemmer ikke er konkurrenter på de udbud, som ØFP afgiver tilbud på.
211. Det er dog styrelsens vurdering, at denne sag ikke omhandler de enkelte udbud, som ØFP afgiver tilbud på, men derimod et bredere samarbejde, som omfatter de drøftelser, som er foregået i regi af ØFP i forbindelse med ØFP's tilbud, samt ØFP's vedtægter, som bestemmer, at medlemmerne ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP. Styrelsen har derfor ikke foretaget en selvstændig vurdering af hvorvidt de af ØFP's medlemmer, der har afgivet tilbud gennem ØFP, er konkurrenter i de pågældende udbud.
212. Det kan bemærkes, at ØFP's kompetente organ, det vil sige bestyrelsen og herunder den daglige leder i ØFP, jf. pkt. 190. ovenfor, består af medlemmer af foreningen og er aktive vognmænd.
213. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at ØFP's medlemmer og herunder også ØFP's bestyrelse er konkurrenter.

4.3.3.1 Visse former for aftaler m.v. har til formål at begrænse konkurrencen

214. Det fremgår af Domstolens praksis, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder kan være tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen.¹⁰³
215. Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder *efter deres art* kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår.¹⁰⁴

¹⁰² Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 6, bilag 5.

¹⁰³ Jf. Domstolens dom af 16. juli 2015, *ING Pensii*, præmis 31, Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 49 og den i dommene nævnte retspraksis.

216. Ifølge fast EU-praksis er det væsentligste kriterium for at afgøre, om en aftale m.v. har et konkurrencebegrænsende formål, konstateringen af, at en sådan aftale m.v. "*i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen.*"¹⁰⁵
217. Hvis en aftale m.v. har et konkurrencebegrænsende formål, er det således unødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet.¹⁰⁶
218. I *CAD-sagen* fastslog Konkurrenceankenævnet, at en aftale m.v. må anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, når der foreligger "*fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger. Såfremt en vedtaget bestemmelse i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen vil have negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge.*"¹⁰⁷
219. For at vurdere, om en aftale m.v. er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne anses for at have konkurrencebegrænsende formål, skal der ifølge Domstolens faste retspraksis tages hensyn til (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.¹⁰⁸
220. Det følger af EU-praksis, at en aftales m.v. formål skal fastlægges ud fra objektive kriterier, og parternes subjektive hensigt er således ikke afgørende, men kan tages i betragtning. I *Groupement des cartes bancaires* fastslog Domstolen fx, at "*Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder*

¹⁰⁴ Jf. Domstolens dom af 16. juli 2015, *ING Pensii*, præmis 31, Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 50 og den i dommene nævnte retspraksis.

¹⁰⁵ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 57.

¹⁰⁶ Jf. fx Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 51, EF-domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, *Kommissionen mod Anic Partecipazioni*, præmis 99, Retten i Første Instans' dom af 9. juli 2003 i sag T-224/00, *Archer Daniels mod Kommissionen*, præmis 142 og EF-domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Kommissionen mod Beef Industry m.fl.*, præmisserne 16.

¹⁰⁷ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 2014, *Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark mod Konkurrencerådet*, side 12.

¹⁰⁸ Jf. blandt andet Domstolens dom af 16. juli 2015, *ING Pensii*, præmis 33, Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 53, EF-Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag C8/08, *T-Mobile Netherlands BV m.fl.*, præmis 43 og 27, og EF-domstolens dom af 6. oktober 2009 i de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*, præmis 58, samt Kommissionens retningslinjer af 14. januar 2011 for anvendelsen af traktatens artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler ("horisontale retningslinjer"), punkt 25.

konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning".¹⁰⁹

221. I det følgende vurderes det, hvorvidt ØFP's vedtagelse, jf. afsnit 3.4 har til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.2 ØFP's vedtagelse har til formål at begrænse konkurrencen

222. Den vedtagelse, som er genstand for undersøgelse i dette afsnit, er, at ØFP har koordineret sine medlemmers tilbudsgivning ved, 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt ved 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.
223. Afholdelse af udbud er i sig selv ensbetydende med, at der åbnes op for, at aktører på et givent marked kan konkurrere.¹¹⁰
224. Såfremt konkurrenter har indgået en aftale m.v. om, at disse ikke konkurrerer indbyrdes i forbindelse med afgivelse af tilbud, er det den generelle forventning, at der afgives færre bud, end hvis tilbudsgiverne ikke havde indgået aftalen.¹¹¹ Når den usikkerhed, der normalt vil være mellem konkurrenter i forbindelse med tilbudsgivning mindskes, er der ikke det samme incitament til at konkurrere, typisk på pris, men også andre parametre.
225. På denne måde sættes konkurrencen mellem tilbudsgivere ud af kraft, og den normale konkurrence på markedet fordrejes til skade for forbrugere, som ikke modtager den bedste ydelse til den bedste/mest konkurrencedygtige pris. Formålet med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 er netop at forbyde virksomheder at fordreje den normale konkurrence på markedet.¹¹²
226. Ved vurderingen af, hvorvidt ØFP's vedtagelse konkret har haft til formål at begrænse konkurrencen, tages der udgangspunkt i ovennævnte kriterier fra EU-praksis, jf. pkt. 219 ovenfor. Der ses således på (i) vedtagelsens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med vedtagelsen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori vedtagelsen indgår.

¹⁰⁹ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 54, og den deri nævnte retspraksis.

¹¹⁰ Jf. Domstolens dom af 14. juli 1972 i sag 48/69, *Imperial Chemical Industries*, præmis 115.

¹¹¹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, pkt. 742. Konkurrenceankenævnet stadfæstede i sin kendelse af 11. april 2016 Konkurrencerådets afgørelse. Sagen er indbragt for SØ- og Handelsretten, hvor den verserer.

¹¹² Jf. Rettens dom af 10. marts 1992 i sag T-13/89, *Imperial Chemical Industries*, præmis 311.

(i) Vedtagelsens indhold

227. ØFP's vedtagelse består både af 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud foreningen skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt af 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.
228. Indholdet af ØFP's vedtagelse fremgår derfor både af bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, som viser drøftelserne i ØFP, og af ØFP's vedtægter, som gennemgås nedenfor.

Ad 1) ØFP's drøftelser dels om fælles tilbud på udbud, og dels om fastsættelse af priser, fordeling af ydelser

229. Det fremgår af ØFP's bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, at medlemmerne i ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på samt dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i forbindelse med disse udbud, jf. pkt. 47 ff. ovenfor.
230. Nedenfor følger et uddrag af bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, som viser medlemmernes drøftelser af udbud og kørsel i ØFP. En samlet gennemgang af referaterne er oplyst i sagsfremstillingen, jf. pkt. 47-57 ovenfor.

231. Bestyrelsesmøde af 24. juni 2014:

*"Medlemsmøde for medlemmerne i ØK øst ang. skolekørsel. Alle i bestyrelsen var tilstede. Der blev fremlagt af [...] hvordan kørslen skal foregå i det nye udbud og medlemmer kunne tilmelde vogne."*¹¹³

232. Bestyrelsesmøde af 7. oktober 2014, pkt. 4:

*"Vi har gennemgået Midttrafiks udbud omkring garantibiler, vi har besluttet at vi sender en mail ud til samtlige vognmænd og forhører om de har lyst til en sådan bil."*¹¹⁴

233. Bestyrelsesmøde af 22. marts 2016, pkt. 1:

*"Ringkøbing/Skjern udbud: ØK er nødt til at byde. Alle medlemmer indkaldes til møde ang. udbud."*¹¹⁵

234. I forbindelse med ØFP's afgivelse af tilbud på et udbud af specialkørsel i Lemvig kommune, har ØFP som svar på en henvendelse fra Lemvig Kommune af 29. april 2016 angivet, at:

"Endvidere er der altid et informationsmøde, hvor man kan høre hvad forventninger vi har til et udbud og hvilke forventninger vores medlemmer har, der bliver udstedt mails, når bestyrelsen har truffet afgørelse om, hvorvidt det er en opgave vi kan påtage os.

¹¹³ Jf. ØFP's samlede bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, bilag 2.

¹¹⁴ Ibid., bilag 2.

¹¹⁵ Ibid., bilag 2.

Herefter er det helt op til vores medlemmer om de ønsker at være med ellers har de mulighed for at melde sig ud, som er beskrevet i vores vedtægter.”¹¹⁶

235. Ovenstående viser, at det er ØFP's bestyrelse, som tager initiativ til, hvilke udbud, foreningen skal byde på, forespørger hvilke medlemmer, som vil deltage, og indkalder sine medlemmer til medlemsmøder, hvor udbuddene bliver drøftet. Materialet viser dermed, at det er ØFP's bestyrelse, som koordinerer/organiserer medlemmernes tilbudsgivning.
236. Nedenfor følger et uddrag af bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, som viser medlemmernes drøftelser af priser og fordeling af ruter i ØFP. En samlet gennemgang af referaterne er oplistet i sagsfremstillingen, jf. pkt. 59-63 ovenfor.
237. Det fremgår af materialet, at der foregår en generel koordinering af ØFP's prisstrategi i ØFP's tilbud. Det følger fx af referat fra bestyrelsesmødet af 3. oktober 2013, pkt. 4, at ØFP's bestyrelse, som er konkurrenter til de øvrige medlemmer, har spurgt medlemmerne om, hvilket prisniveau medlemmerne vil køre til i forbindelse med et konkret udbud. Det fremgår dog ikke, hvilke oplysninger medlemmerne rent faktisk har meldt tilbage til ØFP:

”Midttrafik udbud, medlemmer spurgt om prisniveau, kun 3 svar. Ikast Taxa indbydes til ØK.”¹¹⁷

238. Herudover fremgår det af materialet, at størstedelen af medlemmerne på medlemsmøder er med til at fastlægge ØFP's generelle prisstrategi, som skal være gældende, når ØFP afgiver tilbud på vegne af medlemmerne.
239. Formandens beretning 2014 som præsenteret på ØFP's generalforsamling den 27. marts 2014:

”Vi havde i Oktober et mægtig godt medlemsmøde, hvor vores dygtige Konsulent med hensyn til Midttrafik [...] var her med sin computer, så vi kunne skrives vores biler ind, som noget nyt har vi jo indført, at vi kan vælge en pris og en [10-20]% dyrepris. Valget er vognmandens. Vi var næsten fuldtallige, så vi var stolte der var noget vi kunne samles om.”¹¹⁸

240. Samt medlemsmøde af 30. oktober 2014:

”Der var et stort fremmøde. Vi var 30 personer [...]. Vi fortsætter med 2 priser.”¹¹⁹

241. I forhold til drøftelserne om at afgive tilbud med to timepriser har ØFP forklaret, at ØFP i forbindelse med rammeudbud, jf. pkt. 39 ovenfor, i nogle tilfælde har valgt at afgive to tilbud. Et tilbud med en konkurrencedygtig timepris og et tilbud med en højere timepris. Det er medlemmets beslutning, hvilket tilbud, og dermed med

¹¹⁶ Jf. ØFP's besvarelse vedrørende ØFP's pålidelighed til Lemvig Kommune af 2. maj 2016, bilag 8.

¹¹⁷ Jf. ØFP's samlede bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, bilag 2.

¹¹⁸ Ibid., bilag 2.

¹¹⁹ Ibid. bilag 2.

hvilken timepris, medlemmet vil deltage i.¹²⁰ Begrundelsen for at afgive to tilbud med en forskellig timepris er ifølge ØFP, at der kan være forskel på medlemmernes kapacitet, og derfor forskel på hvilken timepris, det er attraktivt for det enkelte medlem at køre til. Medlemmer som ønsker meget kørsel i forbindelse med udbuddet vil derfor deltage i ØFP's tilbud med den lave konkurrencedygtige timepris, mens andre medlemmer, som har meget anden kørsel, deltager i tilbuddet med den højere timepris, da kørsel i forbindelse med udbuddet kun er interessant, hvis de – i færre tilfælde – kan opnå en højere timepris.¹²¹

242. Styrelsen bemærker, at såvel den "lave" som den "høje" timepris bliver fastsat af ØFP's bestyrelse, samt at dette i sig selv kan være konkurrencebegrænsende, når ØFP's bestyrelse afgiver tilbud på vegne af konkurrerende medlemmer.
243. Det fremgår herudover af materialet, at medlemmerne i regi af ØFP drøfter, hvordan ruterne skal fordeles i ØFP's tilbud. Det fremgår fx af bestyrelsesmøde af 24. maj 2016, pkt. 5, at:
- "Siger man nej til en tildelt rute, kan man ikke forvente at få en anden. Ruterne skal kunne tildeles efter hvem der er bedst egnet til den specifikke rute."*¹²²
244. Bestyrelsesmøde af 22. marts 2016, pkt. 1:
- "Bytning mellem to vognmænd af vognløb er muligt hvis frivilligt og med slutseddel. ØK skal godkende."*¹²³
245. Ovenstående materiale viser de generelle drøftelser, som medlemmerne har i regi af ØFP i forbindelse med ØFP's tilbudsgivning.
246. I forhold til drøftelser om priser m.v. i forbindelse med ØFP's afgivelse af konkrete tilbud, fremgår det af pkt. 239 ovenfor, at ØFP i nogle tilfælde anvender en konsulent. Det fremgår fx af punktet, at medlemmerne i forbindelse med et konkret udbud, som ØFP vil afgive tilbud på, kan skrive deres biler ind på konsulentens computer. Herudover fremgår det af pkt. 60, at medlemmerne skal maile deres ønskede pris til konsulenten. Det kunne tyde på, at ØFP's medlemmer på medlemsmøderne ikke drøfter, hvilke biler medlemmet vil benytte i et konkret tilbud samt til hvilken pris.
247. Styrelsen har ikke foretaget en selvstændig vurdering af dette, da vedtagelsen efter styrelsens vurdering vedrører et bredere samarbejde end hvert af de udbud, som ØFP afgiver tilbud på, hvor medlemmerne generelt drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP. Det er herudover styrelsens vurdering, at ØFP's bestyrelse og daglige leder, som er

¹²⁰ Jf. Styrelsens referat af 13. januar 2017 af møde med ØFP af 5. januar 2017, side 4, bilag 10.

¹²¹ Jf. ØFP's besvarelse af 25. januar 2017 af styrelsens spørgsmål af 13. januar 2017, side 7, bilag 6.

¹²² Jf. ØFP's samlede bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, bilag 2.

¹²³ Ibid. bilag 2.

konkurrenter til andre af medlemmerne, efterfølgende får oplysningerne fra konsulenten til brug for at udarbejde ØFP's tilbud.

248. ØFP angiver i tillæg hertil, at det generelt er ØFP, som fastsætter prisen ved afgivelse af tilbud på vegne af sine medlemmer, og som på forhånd fordeler en eventuel vunden kørsel mellem dem.¹²⁴
249. De drøftelser, som foregår i ØFP's bestyrelse og på medlemsmøder m.v. om udbud, jf. pkt. 47-63 ovenfor, har også udmøntet sig i, at ØFP i flere tilfælde har afgivet konkrete tilbud på vegne af sine medlemmer. ØFP har oplyst, at de i perioden 2012-2016 har budt på i alt seks opgaver fra fire forskellige ordregivere, jf. pkt. 30 ovenfor.
250. Det bemærkes, at denne sag ikke omhandler hvert af de enkelte udbud, som ØFP afgiver tilbud på, men et bredere samarbejde mellem medlemmerne i regi af ØFP.

Ad 2) ØFP's vedtægter

251. Det fremgår af ØFP's vedtægters § 3, stk. 3, at "*Medlemmet skal respektere foreningens forretningsområder og afstå fra at byde på kørselsopgaver, som foreningen byder på.*".
252. Indholdet af vedtægtsbestemmelsen viser, at ØFP's medlemmer ikke selvstændigt må afgive tilbud på udbud, hvor ØFP afgiver tilbud på vegne af en række medlemmer.
253. Det fremgår fx også af ØFP's brev af 19. april 2016 til et daværende medlem:
- "... det er forbudt iflg. ØK's vedtægter at indgive et bud uden om ØK, hvis nogle andre medlemmer ønsker at byde, det er der, så derfor går vi ud fra, at du ikke ønsker at byde."*¹²⁵
254. I tillæg hertil viser et bestyrelsesmødereferat, at ØFP ikke optager medlemmer, som allerede udfører kørsel for en ordregiver, som ØFP også udfører kørsel for, jf. bestyrelsesmøde af 22. maj 2014:
- "Nye medlemmer: kan ikke komme ind og samtidig køre selv for Flex. kan melde sig ind 1. nov. og køre næste udbud"*
255. Det fremgår af materialet, at hvis et medlem ønsker at afgive tilbud uden om ØFP på et udbud, hvor ØFP afgiver tilbud, så skal medlemmet melde sig ud af ØFP.
256. Bestyrelsesmøde af 7. oktober 2014, pkt. 4:
- "Samtidig har vi forespurgt om der har nogen som påtænker at melde sig ud inden det variable udbud kommer."*¹²⁶

¹²⁴ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 6, bilag 5, samt ØFP's besvarelse af 25. januar 2017 af styrelsens spørgsmål af 13. januar 2017, side 4-5, bilag 6.

¹²⁵ Jf. Materiale vedrørende Lemvig udbuddet fremsendt til styrelsen den 14. december 2016, bilag 9.

257. I forbindelse med ØFP's afgivelse af tilbud på et udbud af specialkørsel i Lemvig kommune, har ØFP som svar på en henvendelse fra Lemvig Kommune af 29. april 2016 angivet, at:

"... når bestyrelsen har truffet afgørelse om, hvorvidt det er en opgave vi kan påtage os. Herefter er det helt op til vores medlemmer om de ønsker at være med ellers har de mulighed for at melde sig ud, som er beskrevet i vores vedtægter."¹²⁷

258. Det bemærkes, at ØFP's medlemmer udover det i pkt. 70-71 nævnte tilfælde, efter det oplyste, ikke har budt i konkurrence med ØFP på udbud, hvor ØFP samtidig afgav tilbud på vegne af en række medlemmer, jf. pkt. 30 ovenfor.

Opsummering på vedtagelsens indhold

259. Det fremgår af ovenstående, at indholdet af ØFP's vedtagelse er, at 1) medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP vil afgive tilbud på, og dels hvordan priser fastsættes og ruter fordeles, samt 2) at ØFP's medlemmer ikke må byde på udbud, hvor ØFP byder på vegne af andre medlemmer. Yderligere fremgår det ikke af materialet, at ØFP's medlemmer byder i konkurrence med ØFP på konkrete udbud på trods af, at ØFP har angivet, at dette skulle være tilfældet, jf. pkt. 99 ovenfor. Dette medvirker samlet set til at begrænse antallet af tilbudsgivere i de udbud, som ØFP afgiver tilbud på, og mindsker dermed den usikkerhed, der ellers vil være mellem konkurrenter i forbindelse med tilbudsgivning.
260. Styrelsen vurderer på den baggrund, at ØFP's vedtagelse er egnet til at mindske den indbyrdes konkurrence mellem ØFP's medlemmer og dermed den generelle konkurrence i forbindelse med udbud. Herudover er vedtagelsen egnet til at begrænse konkurrencen ved, at ØFP's medlemmer ikke vil kunne samarbejde med andre (ikke medlemmer) om at afgive tilbud på udbud, hvor ØFP byder. Dette er egnet til at påvirke den konkurrence, som et udbud ellers ville medføre.
261. Sådanne vedtagelser om at begrænse konkurrencen mellem sine medlemmer i forbindelse med tilbudsgivning kan, af de tidligere anførte årsager, jf. pkt. 222ff. ovenfor, efter sit indhold være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål.

(ii) De målsætninger, der søges gennemført med vedtagelsen

262. Vurderingen af de målsætninger, der søges gennemført med vedtagelsen, beror på en objektiv vurdering og er uafhængig af, om parten har haft til hensigt at begrænse konkurrencen eller ej. Selvom partens subjektive hensigt således ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af vedtagelsens restriktive karakter, er der intet til hinder for, at hensigten tages i betragtning.¹²⁸

¹²⁶ Jf. ØFP's samlede bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, jf. bilag 2.

¹²⁷ Jf. ØFP's besvarelse vedrørende ØFP's pålidelighed til Lemvig Kommune af 2. maj 2016, bilag 8.

¹²⁸ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires mod Europa-Kommissionen*, præmis 54.

263. ØFP har angivet, at indholdet af ØFP's vedtagelse er blevet misforstået. ØFP's afgivelse af fælles tilbud på vegne af sine medlemmer har ifølge ØFP udelukkende angået udbud, som var for store til, at medlemmerne kunne byde på dem selvstændigt, og formålet med vedtægterne har ifølge ØFP ikke været at begrænse konkurrencen mellem ØFP's medlemmer.¹²⁹
264. Styrelsen har vurderet ØFP's subjektive hensigt med vedtagelsen nedenfor i pkt. 265ff. Da ØFP's vedtægter er en del af ØFP's vedtagelse, foretages der ikke en separat vurdering af ØFP's subjektive hensigt med vedtægterne. Styrelsen har dog en række bemærkninger til det, ØFP har anført vedrørende vedtægternes målsætning. Dette er behandlet nedenfor i pkt. 275ff.
265. ØFP har angivet, at ØFP alene har afgivet tilbud på opgaver, som medlemmerne ikke har haft mulighed for at byde på enkeltvist. Vedtagelsen har dermed ifølge ØFP hverken haft til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Vedtagelsen har derimod ifølge ØFP medført, at det rent faktisk har været muligt for ØFP's medlemmer at afgive tilbud på en række offentlige udbud, hvilket ifølge ØFP har øget konkurrencen på de pågældende udbud.¹³⁰
266. Under visse omstændigheder kan det øge konkurrencen, når flere virksomheder afgiver et fælles tilbud. Dette kan fx være tilfældet, såfremt de enkelte virksomheder ikke kan byde hver for sig og dermed ikke kan anses som konkurrenter.
267. Det skal dog bemærkes, at en virksomhed som udgangspunkt for hvert enkelt udbud skal vurdere, om virksomheden vil kunne afgive tilbud alene. Denne vurdering skal foretages, inden der eventuelt indgås et samarbejde med andre virksomheder om fælles tilbudsgivning.¹³¹
268. Det er herudover styrelsens vurdering, at vedtagelsen vedrører et bredere samarbejde i ØFP end de enkelte udbud, som ØFP har afgivet tilbud på. Styrelsen har derfor ikke foretaget en selvstændig vurdering af, hvorvidt ØFP rent faktisk kun har afgivet tilbud på vegne af medlemmer, som ikke selv har kunnet afgive tilbud på det pågældende udbud. ØFP's tilbudsgivning medfører under alle omstændigheder, at øvrige medlemmer ikke ville kunne byde på de pågældende udbud, jf. pkt. 66 og 70-71 ovenfor.
269. Efter styrelsens vurdering, er ØFP's medlemmer konkurrenter i dette bredere samarbejde, jf. pkt. 208ff., da ØFP's medlemmer alle har minimum én tilladelse til at udføre persontransport. ØFP's medlemmer vil derfor i mange tilfælde kunne imødekomme den samme efterspørgsel som andre af medlemmerne.
270. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at ØFP's hensigt med vedtagelsen har været, at ØFP's bestyrelse skulle koordinere/organisere, at

¹²⁹ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 7, bilag 5.

¹³⁰ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 7, bilag 5.

¹³¹ Jf. fx Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, Dansk Vejmarkerings Konsortium, pkt. 469.

medlemmerne gik sammen om at byde for at reducere konkurrencen mellem dem, og at vedtægterne i tillæg hertil skulle afholde medlemmerne fra at byde i konkurrence med foreningen.

271. Det fremgår fx af Formandens beretning for 2015, som fremlagt på ØFP's generalforsamling den 30. marts 2015, at foreningen gerne ser, at ØFP's medlemmers samarbejde" ... *vognmændene i mellem skal styrkes og at vi som små landvognmænd skal gøre alt for at styrke det i stedet for at vi modarbejder hinanden*", jf. pkt. 53 ovenfor.
272. Der er således intet i materialet, som understøtter ØFP's efterfølgende forklaring om, at ØFP's subjektive hensigt med vedtagelsen har været at øge konkurrencen på markedet.
273. Det er i tillæg hertil styrelsens vurdering, at den objektive målsætning med ØFP's vedtagelse, hvor medlemmerne løbende drøfter ØFP's tilbudsgivning samt bestemmer, at medlemmerne ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP, er, at mindske konkurrencen ved de pågældende udbud. Dette skyldes, at både drøftelserne i ØFP og vedtægtsbestemmelsen er egnet til at mindske den usikkerhed, der ellers vil være mellem konkurrenter i forbindelse med tilbudsgivning.

ØFP's vedtægters § 3, stk. 3

274. Som nævnt ovenfor i pkt. 264, er det målsætningen med den samlede vedtagelse, som styrelsen skal vurdere. ØFP har imidlertid konkret angivet sin hensigt med vedtægternes § 3, stk. 3, hvilket har givet styrelsen anledning til følgende bemærkninger.
275. ØFP har specifikt angivet, at vedtægterne ikke udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne, men at der derimod er sket en misforståelse af ØFP's vedtægters § 3, stk. 3, hvoraf det fremgår, at medlemmerne skal afstå fra at byde på kørselsopgaver, som foreningen byder på.
276. Ifølge ØFP skal vedtægterne forstås således, at medlemmerne skal byde selvstændigt, såfremt det er muligt, jf. vedtægternes § 2, stk. 1, og de øvrige medlemmer og foreningen skal derefter vurdere, om det er interessant for foreningen at byde på opgaven. Hensigten med vedtægternes § 3, stk. 3, er ifølge ØFP at regulere, at ØFP's medlemmer ikke byder gennem ØFP og samtidig som underleverandør eller konsortiedeltager med andre tilbudsgivere. Ifølge ØFP ville der dermed være en risiko for, at der blev udvekslet fortrolige oplysninger fra ØFP's tilbudsgivning til konkurrenter, samt en risiko for, at ØFP påtog sig forpligtelser, som ØFP ikke efterfølgende kunne overholde, fordi medlemmerne havde afgivet flere tilbud end medlemmet havde kapacitet til at opfylde.¹³² Ifølge ØFP er der således intet i

¹³² Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 2-3, jf. bilag 5.

ordlyden af vedtægternes § 3, stk. 3, eller den måde bestemmelsen er blevet administreret på, der har forhindret medlemmer at byde i konkurrence med ØFP.¹³³

277. Nedenfor følger styrelsens kommentarer til ØFP's bemærkninger om, 1) at medlemmerne, hvor det er muligt, afgiver tilbud hver for sig på udbud, ØFP afgiver tilbud på, 2) risikoen for informationsudveksling mellem konkurrenter samt 3) risikoen for, at ØFP påtager sig forpligtelser, som ØFP ikke kan overholde

Ad 1) ØFP's medlemmer skal afgive tilbud hver for sig, hvor det er muligt

278. I materialet er der eksempler på, at ØFP's vedtægter i praksis er blevet administreret på en sådan måde, at medlemmer, som ønsker at afgive et selvstændigt tilbud på et udbud, hvor ØFP afgiver tilbud, presses til at melde sig ud af ØFP.
279. Det ses fx i forbindelse med et udbud i Lemvig kommune, hvor ØFP afgiver tilbud, samtidig med at et af ØFP's medlemmer vælger at afgive tilbud uden om ØFP. ØFP fremsender et brev til medlemmet, hvoraf det fremgår, at ØFP antager, at medlemmet vil melde sig ud af foreningen, fordi medlemmet vil afgive tilbud uden om ØFP. Herudover gør ØFP medlemmet særligt opmærksom på vedtægternes § 3, stk. 3, hvoraf det netop fremgår, at medlemmer skal afstå fra at byde på udbud, hvor ØFP afgiver tilbud, jf. pkt. 70-71 ovenfor.
280. ØFP har i forbindelse med afgivelse af tilbud på det pågældende udbud i Lemvig kommune, som svar på en henvendelse fra Lemvig Kommune, angivet, at når ØFP har truffet beslutning om, at ØFP vil afgive tilbud, er det op til det enkelte medlem, om vedkommende vil deltage i tilbuddet, og ellers har medlemmet mulighed for at melde sig ud, som beskrevet i vedtægterne, pkt. 55 ovenfor.
281. På baggrund af ovenstående, samt fx pkt. 52 og 67 ovenfor, er det styrelsens vurdering, at ØFP's medlemmer i praksis ikke har mulighed for at afgive tilbud, hverken selvstændigt, i mindre konsortier inden for ØFP eller i et konsortium uden for ØFP, når andre af ØFP's medlemmer afgiver tilbud gennem ØFP. Styrelsen vurderer derfor ikke, at vedtægterne kan forstås således, at ØFP's medlemmer skal afgive tilbud hver for sig, hvor dette er muligt.

Ad 2) Risiko for informationsudveksling mellem konkurrenter

282. Det er styrelsens vurdering, at vedtægternes § 3, stk. 3, ikke regulerer, hvorvidt medlemmerne må udveksle fortrolige oplysninger med hinanden eller med andre vognmænd uden for ØFP. Dette følger derimod af vedtægternes § 16 om tavshedspligt, hvorved § 3, stk. 3, hverken er nødvendig for eller egnet til at hindre udveksling af fortrolige oplysninger.
283. Det fremgår videre af pkt. 254, at vedtægternes § 3, stk. 3, også anvendes, hvor der ikke er risiko for informationsudveksling mellem konkurrenter ved tilbudsgivning. Ifølge punktet optager ØFP ikke medlemmer, som samtidig udfører kørsel for en ordregiver, som ØFP også udfører kørsel for. På dette tidspunkt er tilbudsgivningen

¹³³ Jf. ØFP's besvarelse af 25. januar 2017 af styrelsens spørgsmål af 13. januar 2017, side 1, jf. bilag 6.

afsluttet, og det er derfor vanskeligt at se, hvilken informationsudveksling om tilbudsgivning, som § 3, stk. 3, skulle hindre, i det pågældende udbud.

Ad 3) Risiko for, at ØFP påtager sig forpligtelser, som ØFP ikke kan overholde

284. Det er styrelsens vurdering, at vedtægternes § 3, stk. 3, for det *første* ikke forhindrer, at ØFP kan komme til at påtage sig forpligtelser på vegne af sine medlemmer, som medlemmerne, og dermed ØFP, ikke efterfølgende kan overholde. Fx forhindrer vedtægternes § 3, stk. 3, ikke, at et medlem byder på et udbud gennem ØFP og samtidig byder på et andet udbud, hvor ØFP ikke afgiver tilbud, og hvor de to udbud samlet set kræver flere biler end medlemmet har kapacitet til at stille til rådighed.
285. For det *andet* vil der ved to direkte konkurrerende tilbud på samme rute kun være et tilbud, som vinder, og dermed vil medlemmet kun skulle stille med biler svarende til det vindende tilbud og ikke til dem begge.
286. ØFP's vedtægters § 3, stk. 3, er dermed efter styrelsens vurdering hverken egnet til eller nødvendig for at sikre, at ØFP ikke påtager sig forpligtelser på vegne af sine medlemmer, som medlemmerne, og dermed ØFP, ikke efterfølgende kan overholde.

Opsummering på vedtægternes målsætning

287. Der er således intet i ordlyden af pkt. 66-71, som understøtter ØFP's efterfølgende forklaring, jf. pkt. 275-276 ovenfor, af, at den subjektive hensigt med vedtægtsbestemmelsen har været at regulere en situation, hvor et af ØFP's medlemmer risikerer at udveksle fortrolige informationer med sine konkurrenter både inden for og uden for ØFP, samt hvor ØFP påtager sig forpligtelser på vegne af sine medlemmer, som ØFP efterfølgende ikke vil kunne overholde.
288. Det er derimod styrelsens vurdering, at den objektive målsætning med vedtægternes § 3, stk. 3, er at begrænse den interne konkurrence mellem ØFP's medlemmer, og dermed den generelle konkurrence som et udbud ellers ville medføre.

Opsummering på vedtagelsens målsætning

289. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at den objektive målsætning med ØFP's samlede vedtagelse om at koordinere sine medlemmers tilbudsgivning har været at begrænse den interne konkurrence mellem ØFP's medlemmer i de udbud, som ØFP afgiver tilbud på, og dermed den konkurrence som et udbud ellers ville medføre. Herudover kan det påvirke konkurrencen, at ØFP's medlemmer ikke vil kunne samarbejde med andre (ikke medlemmer) om at afgive tilbud på udbud, hvor ØFP byder.
290. En sådan begrænsning af konkurrencen i forbindelse med tilbudsgivning er egnet til at mindske den usikkerhed, der ellers ville have været, både i forhold til at vide, dels hvilke udbud ØFP afgiver tilbud på, og dels hvordan priser fastsættes og ruter fordeles og i forhold til at vide, at der ikke er nogen andre fra ØFP, som afgiver tilbud i konkurrence med ØFP, heller ikke i samarbejde med ikke-medlemmer.
291. Målsætningen med ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning understøtter dermed, at vedtagelsen har til formål at begrænse konkurrencen.

(iii) Den retlige og økonomiske kontekst

292. For så vidt angår det sidste kriterium, vil styrelsen vurdere ØFP's vedtagelse i sin økonomiske og retlige sammenhæng. I forbindelse med vurderingen tages der hensyn til, hvilken tjenesteydelse der er tale om, og hvordan det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer.¹³⁴
293. Det vurderes samtidig, om der foreligger en objektiv nødvendighed for ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning, da dette kan betyde, at forholdet falder uden for forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der skal dog være tale om objektive faktorer, som er eksterne i forhold til parterne selv, og parternes subjektive synspunkter kan således ikke udelukke anvendelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.
294. Det bemærkes i den sammenhæng, at betingelsen om objektiv nødvendighed ikke kan fortolkes således, at den indebærer en afvejning af en vedtagelses konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger. En sådan afvejning kan kun foretages i forbindelse med vurderingen af, om vedtagelsen kan fritages for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. efter konkurrencelovens § 8, stk. 1,¹³⁵ jf. afsnit 4.4.2.
295. I det følgende vil styrelsen vurdere, om der er nogle særlige karakteristika ved det marked, som ØFP's medlemmer agerer på (den økonomiske kontekst), og om der er en særlig regulering på markedet (den juridiske kontekst), der gør det objektivt nødvendigt med ØFP's vedtagelse.
296. Denne sag vedrører markedet for persontransport inden for Region Midtjylland, som er det marked, ØFP's medlemmer er aktive på, jf. pkt. 23 ovenfor.

Markedskarakteristika

297. ØFP har angivet, at det særlige ved det marked, som ØFP og ØFP's medlemmer agerer på, er, at trafikselskaber, kommuner og regioner udarbejder meget komplekse udbud, som har en vis størrelse og risiko ved den konkrete opgaveudførelse. Ifølge ØFP medfører dette, at såfremt små vognmænd ønsker at afgive et tilbud på disse udbud, så er det nødvendigt for disse vognmænd at byde sammen – enten gennem en forening som ØFP eller som et konsortium.¹³⁶
298. Uanset hvor stort og komplekst et udbud er, og hvor stor risikoen ved udbuddet er, synes det ikke objektivt nødvendigt med ØFP's vedtagelse om, 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt om, 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP.

¹³⁴ Jf. Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, *Expedia Inc.*, præmis 21.

¹³⁵ Jf. Domstolens dom af den 24. maj 2012 i sag T-111/08, *MasterCard*, præmis 80.

¹³⁶ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 2, bilag 5.

299. I forhold til de løbende drøftelser i ØFP synes det ikke objektivt nødvendigt, at ØFP tager initiativ til og forespørger alle sine medlemmer om, hvem som vil byde gennem ØFP, jf. pkt. 52 ovenfor, samt at alle eller størstedelen af medlemmerne i ØFP generelt drøfter ØFP's tilbudsgivning og herunder fastsættelse af priser og fordeling af ydelser i det pågældende tilbud på medlemsmøder, jf. pkt. 54 ovenfor. Dette er tilfældet uanset om enkelte medlemmer reelt ikke har mulighed for at afgive selvstændige tilbud og derfor bliver nødt til at danne et konsortium.
300. I forhold til vedtægtsbestemmelsen synes det ikke objektivt nødvendigt, at de af ØFP's medlemmer, som har mulighed for at afgive et selvstændigt tilbud, skal afstå fra at byde, for at ØFP kan afgive et samlet/koordineret tilbud på vegne af andre mindre vognmænd.
301. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er særlige karakteristika ved markedet herunder kompleksiteten eller størrelsen på trafikelskabers, kommuners og regioners udbud, som kan rejse tvivl om, hvorvidt ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning er en konkurrencebegrænsning. Der er ligeledes ikke særlige karakteristika som gør, at konkurrencebegrænsningen er objektiv nødvendig. Den *økonomiske* sammenhæng bekræfter og understøtter dermed, at indholdet i og målsætningerne af ØFP's vedtagelse udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Særlovgivning

302. For at foretage persontransport for regioner og kommuner kræves det, at vognmanden enten har en taxitilladelse eller en bustilladelse. Såfremt der er tale om kørsel udbudt af et trafikelskab på vegne af en region eller kommune, kan vognmanden ligeledes udføre kørslen med en tilladelse til offentlig servicetrafik, jf. pkt. 35 ovenfor.
303. Der er ingen krav, herunder heller ikke krav til fx en vis volumen, forbundet med at ansøge om tilladelse til persontransport eller opnåelse af en sådan, som nødvendiggør en vedtagelse om, 1) at ØFP's medlemmer i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt om, 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP samarbejde mellem vognmænd.
304. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er forhold, som følger af særlovgivningen, som kan rejse tvivl om, hvorvidt ØFP's vedtagelse er en konkurrencebegrænsning. Der er ligeledes ikke særlige karakteristika som gør, at konkurrencebegrænsningen er objektiv nødvendig. Den *retlige* sammenhæng bekræfter og understøtter derfor, at indholdet og målsætningerne med ØFP's vedtagelse udgør en begrænsning, som har til formål at begrænse konkurrencen.

Delkonklusion vedrørende økonomisk og retlig kontekst

305. Den økonomiske og retlige kontekst bekræfter og understøtter således, at indholdet i ØFP's vedtagelse samt dens objektive formål er at koordinere ØFP's medlemmers tilbudsgivning ved:

- 1) at medlemmerne i regi af ØFP drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal byde på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ydelser i ØFP's tilbud, samt
- 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har begrænset det samlede antal af tilbud på udbud, hvor ØFP afgiver tilbud.

4.3.3.3 Konklusion vedrørende det konkurrencebegrænsende formål af ØFP's vedtagelse

306. På baggrund af ovenstående er det styrelsens samlede vurdering, at ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning udgør en vedtagelse, som efter sit indhold og målsætning har til formål at begrænse konkurrencen. Det forhold, at ØFP ved løbende drøftelser om udbud og gennem sine vedtægter dels går sammen om at afgive fælles tilbud i ØFP og dels afskærmer medlemmer fra at byde i konkurrence med ØFP, herunder også i samarbejde med ikke-medlemmer, medfører en begrænsning af antallet af bydere i de udbud, om ØFP afgiver tilbud på, hvorved den usikkerhed, der ellers vil være ved udbud, reduceres.
307. En sådan begrænsning af konkurrencen i forbindelse med tilbudsgivning er egnet til at mindske den usikkerhed, der ellers ville have været, både i forhold til at vide dels hvilke udbud ØFP vil afgive tilbud på, og dels hvordan priser fastsættes og ruter fordeles i ØFP's tilbud samt i forhold til at vide, at der ikke er nogen andre af ØFP's medlemmer, som afgiver tilbud i konkurrence med ØFP, herunder heller ikke i samarbejde med ikke-medlemmer. Dette betyder, at ØFP's medlemmer ikke selvstændigt indretter deres markedsadfærd, hvilket af de årsager, som er anført ovenfor i pkt. 222ff. er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål.

4.3.4 Mærkbar konkurrencebegrænsning

308. Den fjerde betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar beror dels på en kvantitativ og – medmindre aftalen har til formål at begrænse konkurrencen – en kvalitativ vurdering.
309. Det kvantitative mærkbarhedskrav afhænger som udgangspunkt af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele og følger af konkurrencelovens § 7.
310. Efter konkurrencelovens § 7, stk. 1, gælder forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. ikke, hvis de deltagende virksomheder har:
- en samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct., eller
 - en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr.
311. Disse undtagelser gælder dog ikke, hvis der er tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der består i (1) priser, avancer m.v. for salget eller videresalget af varer eller tjenesteydelser (2) begrænsninger af produktion eller salg, (3) opdeling af markeder eller kunder og (4) forudgående regulering af bud, fastsættelse af betingelser for åbning af bud, udskydelse af bud, forudgående anmeldelse af bud eller anden form for samarbejde inden tilbudsgivningen, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 2.

312. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse om at koordinere sine medlemmers tilbudsgivning er et samarbejde som beskrevet i konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 4. Dermed finder § 7, stk. 1, ikke anvendelse i denne sag. Herudover er det styrelsens vurdering, at vedtagelsen har til formål at begrænse konkurrencen, og der skal derfor ikke foretages en kvalitativ vurdering, jf. pkt. 308 ovenfor.

313. Der kan i den forbindelse henvises til Domstolens dom i *Expedia-sagen*, hvor Domstolen i relation til aftaler m.v., der har til formål at begrænse konkurrencen, udtaler følgende: "*Det må således fastslås, at en aftale, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen.*"¹³⁷

[Styrelsens understregning]

314. På baggrund af ovenstående konkluderes det, at konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, finder anvendelse i nærværende sag.

4.3.5 Konklusion vedrørende Konkurrencelovens § 6

315. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering:

- at ØFP og hvert af ØFP's medlemmer er virksomheder, og at ØFP udgør en sammenslutning af virksomheder,
- at ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning udgør en vedtagelse, som indebærer:
 - 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt
 - 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP,
- at ØFP's vedtagelse har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for persontransport i Region Midtjylland, og
- at ØFP's vedtagelse udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, jf. stk. 3.

4.4 FRITAGELSE

316. En aftale m.v. kan være fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6. Det kan enten skyldes, at aftalen m.v. er omfattet af en gruppefritagelse og dermed fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, eller det kan skyldes, at den er individuelt fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1.

¹³⁷ Jf. Domstolens dom af 3. december 2012 i sag c-226/11, *Expedia Inc.*, præmis 37.

317. Det vurderes i det følgende, om ØFP's vedtagelse er omfattet af en gruppefritagelse – og hvis dette ikke er tilfældet – om ØFP's vedtagelse er fritaget i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1.

4.4.1 Vedtagelsen er ikke omfattet af en gruppefritagelse

318. ØFP har over for styrelsen angivet, at ØFP ikke afgiver tilbud på vegne af sine medlemmer, men at ØFP anvender sine medlemmer som underleverandører, og at der derfor er tale om en lovlig vertikal underleveranceaftale mellem ØFP og medlemmerne, jf. pkt. 64 ovenfor, som er gruppefritaget efter den vertikale gruppefritagelsesforordning.¹³⁸
319. ØFP er en forening, som varetager sine medlemmers interesser, og ØFP kan ikke handle uafhængigt af sine medlemmer. ØFP er desuden ikke økonomisk aktiv på andre områder end sine medlemmer, og ØFP har ikke nogen særlig ekspertise, som adskiller sig fra medlemmerne. Bestyrelsen består af medlemmer af foreningen, jf. pkt. 212 ovenfor, og medlemmerne af ØFP er konkurrenter, jf. pkt. 207ff. ovenfor. Styrelsen vurderer derfor, at der foreligger en *horisontal* vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder, uanset hvordan ØFP selv betegner aftaleforholdet, jf. pkt. 202 ovenfor. Gruppefritagelsen for vertikale aftaler finder dermed ikke anvendelse.¹³⁹
320. ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning er ikke en aftale om fremstilling af varer eller forberedelse af tjenesteydelser, som under visse betingelser kan være omfattet af gruppefritagelsen for specialiseringsaftaler.¹⁴⁰ Forholdet vedrører endvidere hverken forskning og udvikling eller overførsel af teknologi.¹⁴¹
321. Det er derfor styrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse ikke er omfattet af en gruppefritagelse.
322. Det er herefter relevant at vurdere, om forholdet kan fritages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 i medfør af den individuelle fritagelsesmulighed i konkurrencelovens § 8, stk. 1.

¹³⁸ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 3, bilag 5.

¹³⁹ Jf. 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 ("gruppefritagelsen for vertikale aftaler").

¹⁴⁰ Jf. Kommissionens forordning nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler ("gruppefritagelse for specialiseringsaftaler").

¹⁴¹ Jf. Kommissionens forordning nr. 1217/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde på visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler ("gruppefritagelsen for F&U aftaler").

4.4.2 Vedtagelsen opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8

323. Det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1,¹⁴² at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder opfylder fire betingelser.
324. De fire – kumulative – betingelser er, at aftalen m.v.:
- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
 - 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
 - 3) ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
 - 4) ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.
325. Konkurrencelovens § 8, stk. 1, sonderer ikke mellem alvorlige og ikke-alvorlige konkurrencebegrænsninger. I princippet kan alle konkurrencebegrænsende aftaler m.v. opnå fritagelse, men det må kræve en særlig underbygget begrundelse, hvis aftaler m.v., som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, skal kunne opfylde betingelserne i konkurrencelovens § 8. Det er således ikke sandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder betingelserne for fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1.¹⁴³
326. Det er virksomheden, som har bevisbyrden for, at alle betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt.¹⁴⁴
327. ØFP har anført, at det forhold, at det er ØFP, som udarbejder tilbud i konkrete udbud i stedet for det enkelte medlem, har medført effektivitetsgevinster i form af betydelige besparelser i transaktionsomkostningerne. ØFP angiver videre, at disse sparede omkostninger kommer forbrugerne til gode ved, at ØFP kan afgive et billigere tilbud til ordregiver, samt at konkurrencen ikke på nogen måde udelukkes, idet der i mange udbud er hundredevis af vognmænd, som byder i konkurrence med ØFP.¹⁴⁵
328. Herudover har ØFP i sit høringssvar angivet, at samarbejdet i ØFP medfører effektivitetsgevinster, da ØFP løser en række væsentlige samfundsmæssige opgaver

¹⁴² Bestemmelsen svarer indholdsmæssigt til TEUF artikel 101, stk. 3.

¹⁴³ Jf. fx den kommenterede konkurrencelov, af Kirsten Levinsen m.fl., 3. udgave, side 519.

¹⁴⁴ Jf. FT 2004/05, 1. samling, tillæg A, side 1638 v.sp.

¹⁴⁵ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 8, bilag 5.

med transport af borgere, der af den ene eller anden grund har behov herfor. Ifølge ØFP er et samarbejde om løsning af visse af sådanne opgaver nødvendigt.¹⁴⁶

329. ØFP angiver, at vedtagelsen er nødvendig, for at ØFP kan afgive et fælles tilbud, og ØFP's koordinering vil derfor ifølge ØFP være undtaget forbuddet i konkurrencelovens § 6 efter lovens § 8.¹⁴⁷
330. ØFP har ikke nærmere dokumenteret de påståede effektivitetsgevinster.

1) Bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling

331. ØFP har oplyst, at ØFP's vedtagelse medfører effektivitetsgevinster i form af betydelige besparelser i de transaktionsomkostninger, som ØFP's medlemmer ellers skulle have afholdt enkeltvist.¹⁴⁸ ØFP oplyser, at de eksterne omkostninger ved at afgive et tilbud er mindst [...] [...] kr. pr. tilbud. ØFP oplyser videre, at medlemmerne sparer disse omkostninger ved at afgive tilbud gennem ØFP. Det er ØFP's vurdering, at denne besparelse er meget betydelig henset til den omsætning, medlemmerne har på de pågældende aftaler.¹⁴⁹
332. ØFP har ikke dokumenteret, hvordan den oplyste omkostning på [...] [...] kr. pr. tilbud er beregnet, eller om der er tale om en reel besparelse for ØFP's medlemmer fx sammenholdt med de udgifter medlemmerne har ved at afgive tilbud gennem ØFP.¹⁵⁰
333. ØFP har i øvrigt ikke godtgjort, hvordan det styrker effektiviteten, at vedtægternes § 3, stk. 3, afholder medlemmer fra at byde i konkurrence med ØFP.
334. Herudover har ØFP ikke dokumenteret, at ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning medfører effektivitetsgevinster ved, at medlemmerne gennem ØFP udfører væsentlige samfundsmæssige opgaver med transport af borgere, som ikke kunne have været opnået ved, at medlemmerne bød enkeltvist og udførte transporten uden om ØFP. Eller hvorfor det er nødvendigt at forpligte medlemmerne til ikke at byde i konkurrence med ØFP, jf. ØFP's vedtægters § 3, stk. 3, for at kunne udføre den pågældende transport.
335. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at ØFP ikke har dokumenteret, at ØFP's vedtagelse bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling.

¹⁴⁶ Jf. ØFP's høringssvar af 27. november 2017, side 11, bilag 11.

¹⁴⁷ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 7, bilag 5.

¹⁴⁸ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 8, bilag 5.

¹⁴⁹ Ibid., side 8, bilag 5.

¹⁵⁰ Fx fast kontingent og beløb pr. tilladelse, et administrationsgebyr pr. bil medlemmet afgiver tilbud med gennem ØFP og et administrationsbidrag på [0-5] pct. af den vunde kørsel, jf. ØFP's gældende vedtægter af 14. november 2016, bilag 1, samt pkt. 79-80.

2) Sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved

336. ØFP har angivet, at de transaktionsomkostninger, som ØFP's medlemmer sparer ved at afgive et fælles tilbud, og som ifølge ØFP medfører effektivitetsgevinster, vil komme forbrugerne til gode i form af en lavere tilbudspris til ordregiver, jf. pkt. 327 ovenfor.¹⁵¹
337. Da det er styrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse ikke bidrager til at forbedre fordelingen af tjenesteydelser eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, hvilket ØFP heller ikke på tilstrækkelig vis har dokumenteret, er det ikke relevant at vurdere de øvrige betingelser for en individuel fritagelse.
338. Selv hvis ØFP kunne dokumentere, at vedtagelsen medførte effektivitetsgevinster, er det ikke godtgjort, at de påståede effektivitetsgevinster kommer forbrugeren til gode i form af lavere priser.
339. Konkurrenters koordinering af tilbudsgivning medfører generelt en betydelig risiko for, at tilbudsprisen for den pågældende ydelse bliver højere, hvilket er til skade for den, som betaler for ydelsen, jf. pkt. 224 ovenfor.
340. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at ØFP ikke på tilstrækkelig vis har dokumenteret, at en eventuel effektivitetsgevinst, fx som følge af lavere transaktionsomkostninger, vil komme forbrugerne til gode i form af en lavere tilbudspris til ordregiver.

3) Ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål

341. Det er styrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse ikke bidrager til at forbedre fordelingen af tjenesteydelserne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og ikke har sikret forbrugerne en rimelig andel heraf, hvilket ØFP heller ikke på tilstrækkelig vis har dokumenteret. Det er derfor ikke relevant at vurdere de øvrige betingelser for en individuel fritagelse.
342. Selv hvis ØFP kunne dokumentere, at der var effektivitetsfordele ved ØFP's vedtagelse, og disse kom forbrugerne til gode, er det vanskeligt at se, at ØFP's vedtagelse er nødvendig for at realisere eventuelle effektivitetsfordele, og at de ikke kunne være realiseret uden ØFP's vedtagelse, jf. pkt. 299 ovenfor.
343. Fx er det ikke nødvendigt med en vedtægtsbestemmelse, som bestemmer, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP, for at realisere de eventuelle effektivitetsgevinster, som en besparelse i transaktionsomkostninger hos andre af ØFP's medlemmer hypotetisk kunne medføre. Det er et krav, at der ikke findes nogen anden økonomisk gennemførlig og mindre konkurrencebegrænsende måde at opnå de eventuelle gevinster på.

¹⁵¹ Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 8, bilag 5.

344. Det er styrelsens vurdering, at ØFP ikke har godtgjort, at ØFP's vedtagelse ikke har pålagt ØFP's medlemmer unødvendige begrænsninger.

4) Ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser

345. ØFP har angivet, at ØFP's vedtagelse ikke medfører en udelukkelse af konkurrencen, idet der i mange udbud er hundredvis af vognmænd, som byder i konkurrence med ØFP.¹⁵²
346. Det er styrelsens vurdering, at ØFP's vedtagelse ikke bidrager til at forbedre fordelingen af tjenesteydelser eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og ikke har sikret forbrugerne en rimelig andel heraf samt har pålagt ØFP's medlemmer unødige begrænsninger. Det er derfor ikke relevant at vurdere den sidste betingelse for at opnå en individuel fritagelse.
347. Selv hvis ØFP kunne dokumentere effektivitetsgevinster, som kom forbrugerne til gode og ikke pålagde medlemmerne unødige begrænsninger, er det ikke godtgjort, at de påståede effektivitetsgevinster ikke udelukker en væsentlig del af konkurrencen.
348. ØFP's vedtagelse, som består af, 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud. Samt af 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægtsbestemmelse har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP, medfører i sig selv en mulig begrænsning af antallet af tilbudsgivere i de udbud, hvor ØFP afgiver tilbud. Dette indebærer, at der kan ske en udelukkelse af konkurrencen for en væsentlig del af ydelsen.
349. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at ØFP ikke har godtgjort, at ØFP's vedtagelse ikke har været egnet til at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende tjenesteydelser.

Delkonklusion vedrørende individuel fritagelse

350. På baggrund af de oplysninger, som ØFP har fremlagt, er det styrelsens vurdering at ØFP's vedtagelse ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 8, stk. 1, idet ØFP ikke på tilstrækkelig vis har dokumenteret, at de fire kumulative betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt.

4.5 BEBGRUNDELSE FOR PÅBUD

351. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det er nødvendigt at udstede påbud til Økonomisk Forening for Persontransport (ØFP) med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør, for så vidt dette ikke allerede er sket, samt for at sikre en effektiv konkurrence på markedet for persontransport i Region Midtjylland.

¹⁵² Jf. ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016, side 8, bilag 5.

352. Det er endvidere nødvendigt, at samtlige af ØFP's medlemmer bliver informeret om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse. I denne sag har styrelsen valgt ikke at inddrage ØFP's enkelte medlemmer som parter i sagen. Styrelsen vurderer dog, at idet en brancheforening udgør et samarbejde mellem virksomheder, kan medlemmerne af brancheforeningen også holdes ansvarlige for foreningens handlinger på vegne af sine medlemmer.¹⁵³ Der er derfor et særskilt behov for, at ØFP's medlemmer informeres om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse.
353. Det er styrelsens vurdering, at påbuddene ikke går videre end, hvad der er nødvendigt, henset til overtrædelsens karakter.

4.6 SAMLET KONKLUSION

354. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering:
- at det relevante marked umiddelbart kan afgrænses til markedet for persontransport i Region Midtjylland. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked i denne sag, da det ikke er nødvendigt for vurderingen af sagen,
 - at ØFP's vedtagelse ikke kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart,
 - at ØFP og ØFP's medlemmer er virksomheder, og at ØFP udgør en sammenslutning af virksomheder,
 - at ØFP's koordinering af sine medlemmers tilbudsgivning udgør en vedtagelse, som indebærer
 - 1) at medlemmerne i regi af ØFP løbende drøfter, dels hvilke udbud ØFP skal afgive tilbud på, og dels fastsættelse af priser og fordeling af ruter i ØFP's tilbud, samt
 - 2) at medlemmerne gennem ØFP's vedtægter har bestemt, at ØFP's medlemmer ikke må afgive tilbud i konkurrence med ØFP,
 - at vedtagelsen har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for persontransport i Region Midtjylland,
 - at vedtagelsen udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og 3, jf. stk. 3, og
 - at vedtagelsen ikke falder ind under en gruppefritagelse og ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

¹⁵³ Jf. fx Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016, Koordinering af abonnementspriser for service på naturgasfyr, pkt. 558.

5. BILAG

- Bilag 1:** ØFP's gældende vedtægter af 14. november 2016
- Bilag 2:** ØFP's samlede bestyrelses- og generalforsamlingsreferater
- Bilag 3:** ØFP's vedtægter af 30. marts 2015
- Bilag 4:** Midttrafiks henvendelse til styrelsen af 20. maj 2016
- Bilag 5:** ØFP's besvarelse af 28. oktober 2016 på styrelsens spørgsmål af 11. oktober 2016
- Bilag 6:** ØFP's besvarelse af 25. januar 2017 af styrelsens spørgsmål af 13. januar 2017
- Bilag 7:** Udtalelse fra Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen af 20. februar 2018
- Bilag 8:** ØFP's besvarelse vedrørende ØFP's pålidelighed til Lemvig Kommune af 2. maj 2016.
- Bilag 9:** Materiale vedrørende et udbud i Lemvig fremsendt til styrelsen den 14. december 2016
- Bilag 10:** Styrelsens referat af 13. januar 2017 af møde med ØFP af 5. januar 2017
- Bilag 11:** ØFP's høringssvar af 27. november 2017