

# KENDELSE

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 12. september 2018 i sag nr. KL-2-2017, KL-4-2017 og KL-5-2017

Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening,

Tagpapbranchens Oplysningsråd,  
(advokat Jørgen Lykkegård for begge)

Icopal Danmark ApS  
(advokat Martin André Dittmer)

og

Nordic Waterproofing A/S  
(advokat Morten Kofmann)

mod

Konkurrencerådet  
(advokat Jacob Pinborg)

## Resume af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 31. maj 2017 truffet afgørelse i en sag, der angår, om Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening, Tagpapbranchens Oplysningsråd, Icopal Danmark ApS og Nordic Waterproofing A/S i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, igennem TOR-anvisningerne og TOR Godkendt ordningen har indgået en aftale og/eller samordnet praksis, som har til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og produkter samt begrænse produktudbuddet.

Konkurrenceankenævnet har hjemvist sagen til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

## Påstande

Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening, Tagpapbranchens Oplysningsråd og Icopal Danmark ApS har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2017 ophæves, subsidiært at Konkurrencerådets afgørelse hjemvises til fornyet behandling og afgørelse.

Nordic Waterproofing A/S har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse ophæves.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

### **Den påklagede afgørelse**

Konkurrencerådet traf den 31. maj 2017 følgende afgørelse:

”28. Det meddeles Icopal Danmark ApS, Nordic Waterproofing A/S, Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening og Tagpapbranchens Oplysningsråd (samlet betegnet ”parterne”), at parterne har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved at have indgået en aftale og/eller samordnet praksis, som har til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og produkter samt begrænse produktudbuddet.

Parternes aftale og/eller samordnede praksis om at afskærme markedet og begrænse produktudbuddet består af flere forskellige forhold, som tilsammen udgør en bredere restriktiv aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen. Parterne har således, i forhold til markedsafskærmning:

- Koordineret indholdet af standarden for tagpap i form af TOR-anvisningerne, i regi af Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening og dettes Teknisk Udvalg, med henblik på at afskærme markedet for konkurrerende virksomheder og produkter.
- Koordineret adfærd i regi af mærke- og kontrolordningen TOR Godkendt (drevet i TOR Godkendt ApS), der er baseret på standarden, for at afskærme markedet for konkurrerende virksomheder og produkter.
- Koordineret adfærd, blandt andet i regi af Tagpapbranchens Oplysningsråd, over for konkurrenter for at afskærme markedet for konkurrerende virksomheder og produkter.
- Koordineret adfærd, blandt andet i regi af Tagpapbranchens Oplysningsråd, over for andre interessenter for at påvirke dem til at undlade at anvende eller markedsføre konkurrerende produkter, som ikke opfylder standarden.

Icopal Danmark ApS og Nordic Waterproofing A/S har, i forhold til produktudbudsbegrænsning, desuden:

- Koordineret en begrænsning af producenternes eget primære produktbud på det danske marked for tagpap og tagfolie.

29. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. punkt, jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, påbyder Konkurrencerådet Icopal Danmark ApS, Nordic Waterproofing A/S, Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening og Tagpapbranchens Oplysningsråd *straks* at bringe den i punkt 28 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket, ved at;

- Ophøre med den adfærd, som har til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og produkter samt begrænse produktbuddet, i regi af såvel Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening, herunder dettes Teknisk Udvalg, Tagpapbranchens Oplysningsråd og TOR Godkendt,
- Orienterer følgende om Konkurrencerådets afgørelse, herunder at parterne har fastsat indholdet af TOR-anvisningerne under hensyntagen til Icopal Danmark ApS' og Nordic Waterproofing A/S' kommercielle interesser, som del af en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis, som har til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og produkter og begrænse produktbuddet:

- Icopal Danmark ApS' kunder og Nordic Waterproofing A/S' professionelle kunder.
- Virksomheder og organisationer, som er og/eller har været repræsenteret i Tagpapbranchens Oplysningsråds repræsentantskab. Det vil sige DTU Byg, Tage Lyneborg Tegnestue, Forsikring & Pension, Dansk Byggeri, KN Tagdækning A/S, Bygherreforeningen, Statens Byggeforskningsinstitut og Cowi A/S.
- Organisationer, som parterne har direkte kontakt til. Det vil sige Dansk Byggeri, herunder Tagdækningssektionen, Dansk Industri Byg, Teknologisk Institut, Dansk Brand- og Sikringsteknisk Institut, Dansk Standard, Byggecentrum, BYG-ERFA, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Danske Arkitekter og ETA-Danmark.

30. Herudover påbydes Tagpapbranchens Oplysningsråd, at:

- ophæve og fjerne eksisterende TOR-anvisninger fra Tagpapbranchens Oplysningsråds hjemmeside,

- ophøre med aktiviteter i Tagpapbranchens Oplysningsråd relateret til TOR-anvisningerne, som er blevet til som del af en konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis,
- orientere Tagpapbranchens Oplysningsråds abonnenter om Konkurrencerådets afgørelse, herunder at parterne har fastsat indholdet af TOR-anvisningerne under hensyntagen til Icopal Danmark ApS' og Nordic Waterproofing A/S' kommercielle interesser, som del af en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis, som har til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og produkter og begrænse produktudbuddet,
- orientere TOR Godkendts godkendelsesudvalg om Konkurrencerådets afgørelse, herunder at parterne har fastsat indholdet af TOR-anvisningerne under hensyntagen til Icopal Danmark ApS' og Nordic Waterproofing A/S' kommercielle interesser, som del af en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis, som har til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og produkter og begrænse produktudbuddet,
- som eneanpartshaver af TOR Godkendt ApS, at tage skridt til at TOR Godkendt skal ophøre med aktiviteter relateret til standarden i form af TOR-anvisningerne, som er blevet til som del af en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis,
- som eneanpartshaver af TOR Godkendt ApS, at tage skridt til at medlemmerne af TOR Godkendt orienteres om Konkurrencerådets afgørelse, herunder at parterne har fastsat indholdet af TOR-anvisningerne under hensyntagen til Icopal Danmark ApS' og Nordic Waterproofing A/S' kommercielle interesser, som del af en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis, som har til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og produkter og begrænse produktudbuddet.

31. Konkurrencerådet påbyder samtidigt Icopal Danmark ApS og Nordic Waterproofing A/S, at:

- ophæve koordinering af Icopal Danmark ApS' og Nordic Waterproofing A/S' produktudbud,
- meddele Tagpapbranchens Oplysningsråds repræsentantskab, at virksomhederne ikke vil deltage i Tagpapbranchens Oplysningsråd efter de eksisterende processer, som beskrevet i denne sag, og som

er en del af den konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnede praksis.

- meddele TOR Godkendt, at virksomhederne ikke vil deltage i godkendelsesudvalget efter de eksisterende processer, som beskrevet i denne sag, og som er en del af den konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnede praksis.

### 32. Endelig påbydes parterne:

- fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser og/eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 28,
- sende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for påbuddenes opfyldelse senest 3 uger fra Konkurrencerådets afgørelse, for så vidt angår:
  - parternes orientering om Konkurrencerådets afgørelse, jf. punkt 29, 2. punkttegn, og punkt 30, 3. og 4. punkttegn.
  - Icopal Danmark ApS' og Nordic Waterproofing A/S' meddelelse til Tagpapbranchens Oplysningsråds repræsentantskab om ikke at deltage i Tagpapbranchens Oplysningsråd, jf. punkt 31, 2. punkttegn.
  - Icopal Danmark ApS' og Nordic Waterproofing A/S' meddelelse til TOR Godkendt om ikke at deltage i godkendelsesudvalget, jf. punkt 31, 3. punkttegn.

...

### 4.7 Samlet konklusion

1076. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:

- det relevante marked umiddelbart kan afgrænses til marked for tagpap og tagfolie i Danmark. Styrelsen har ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked, idet det ikke har betydning for sagens udfald,
- parternes aftale og/eller samordnede praksis kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart,

- henholdsvis Icopal Danmark ApS, Nordic Waterproofing A/S, Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening og Tagpapbranchens Oplysningsråd opfylder virksomhedsbegrebet,
- der foreligger en aftale og/eller samordnet praksis mellem Icopal Danmark ApS, Nordic Waterproofing A/S, Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening og Tagpapbranchens Oplysningsråd, der udgør en bredere restriktiv aftale, som bl.a. anvender en standard,
- aftalen og/eller den samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen på det danske marked for tagpap og tagfolie ved markedsafskærmning og produktudbudsbegrænsning,
- aftalen og/eller samordnede praksis udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1,
- aftalen og/eller samordnede praksis ikke falder ind under en gruppefritagelse og ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1,
- det er nødvendigt, at udstede påbud til parterne for at bringe overtrædelsen til ophør, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, jf. § 16, stk. 1, jf. § 24, stk. 1.”

### **Sagens faktiske omstændigheder**

Icopal Danmark ApS (Icopal) er et selskab, der er aktiv inden for produktion, udvikling, salg og service af tagprodukter, herunder tagpap, fugtisolering og andre relaterede byggematerialer.

Nordic Waterproofing A/S (NWP) er et selskab, hvis hovedaktivitet er udvikling, produktion og salg af tagpap, undertag og murpap.

Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening (DTB) er en brancheforening for danske producenter af tagpap. Foreningens formål er at varetage medlemmernes interesser i branchemæssig henseende. Foreningen blev stiftet i 1953, og siden 1987 har Icopal og NWP været de eneste medlemmer. I foreningen træffes beslutninger ved enstemmighed, og hvert medlem har én stemme. Den daglige drift varetages af et sekretariat. Bunch Bygningsfysik ApS, hvor [REDACTED] er direktør, har siden 2013 varetaget sekretariatsfunktionen. Der er i DTB nedsat et Teknisk Udvalg, der består

af fem medlemmer, herunder [REDACTED], og beslutninger i udvalget træffes ved enstemmighed.

Tagpapbranchens Oplysningsråd (TOR) er en erhvervsdrivende organisation, der blev etableret af virksomhederne i DTB i 1981. TOR har samme adresse som DTB. Det er oplyst, at baggrunden for oprettelsen af TOR var en række byggeskandaler i 1970'erne, der satte fokus på kvaliteten af tagpap. TORs primære aktivitet er at udgive TOR-anvisninger og udgivelse af andet informationsmateriale, generel rådgivning og vejledning. TOR ledes af et repræsentantskab bestående af 8-16 medlemmer, som repræsenterer forskellige interessenter i branchen. To af repræsentantskabets medlemmer og TORs næstformand vælges af DTB. Bunch Bygningsfysik ApS har siden 2013 varetaget sekretariatsfunktionen, og sekretariatet ledes af [REDACTED]. TOR er desuden eneanpartshaver i selskabet TOR Godkendt ApS.

TOR Godkendt ApS, der senere er opløst, var et selskab, der varetog den frivillige mærke- og kontrolordning TOR-Godkendt. Ordningen angår tagpapprodukter til tagdækning og undertage og er baseret på TOR-anvisningerne. TOR Godkendt var ledet af [REDACTED], og der var i TOR Godkendt nedsat et godkendelsesudvalg, der bestod af seks medlemmer: tre fra TORs repræsentantskab, to udpeget af DTB og ét medlem, som repræsenterede importørerne. [REDACTED] deltog desuden i udvalgets møder som sekretær for udvalget.

Parterne har oplyst, at TOR-anvisningerne fastsættes af TORs repræsentantskab efter forslag fra DTB's tekniske udvalg. Det er udvalget, der vurderer, hvornår og hvordan anvisningerne bør ændres eller opdateres.

I den periode, som denne sag omhandler, var der en omfattende korrespondance mellem Icopal, NWP, DTB og TOR.

Den 17. november 2010 fremsendte [REDACTED] (Icopal) en mail med emnet "Nu skal I sgu hjælpe mig asap" til [REDACTED] (Icopal) og [REDACTED] (DTB/TOR). Mailen indeholdt et link om konkurrenten Isola og dets produkt, som er en 1-lags løsning. Af mailen fremgår blandt andet:

”Dette produkt møver sig ind på markedet, jeg har lige talt med en af vores store kunder i dag som udtaler at han vil blæse på TOR’s anbefalinger.”

I forlængelse heraf sendte [redacted] (Icopal) og [redacted] (DTB/TOR) i perioden 17. – 18. november 2010 en række mails til hinanden. Af korrespondancen fremgår blandt andet:

”[fra [redacted]] Vi bliver, som du kan se, meget presset på to-lags strategien af Isolac (og Derbigums) markedsføring af 1-lags løsninger. Kan du ikke lave et oplæg til en TOR artikel omkring fordelene ved to-lag til brug i byggeblade mv ??

[fra [redacted]] Jeg prøver at komme med et oplæg.”

Som opfølgning på korrespondancen sendte [redacted] (DTB/TOR) den 21. november 2010 en mail til medlemmerne af Teknisk Udvalg ([redacted] (NWP), [redacted] (Icopal), [redacted] (Icopal) og [redacted] (NWP) med emnet ”2-lags løsninger”. Et udkast til en artikel i TORs nyhedsbrev var vedhæftet mailen. I mailen hedder det bl.a.:

”Kære TU

På opfordring af [redacted] har jeg skrevet vedlagte artikel til TOR-nyt, som jeg beder jer kigge på hurtigt og kommentere. Årsagen er at Isola angriber TOR’s 2 lags specifikationer. Desuden rør foliebranchen også lidt på sig.”

Af mailkorrespondance af 23. januar til 7. februar 2012 mellem [redacted] (NWP) og [redacted] (DTB/TOR) fremgår det bl.a.:

”[Mail fra [redacted] med materiale om Isolac markedsføring] Vi må gøre noget; kommer du med oplæg? Det haster. PFT.

[fra [redacted]] Vores modspil må være en kampagne, hvor vi kører på ansvar og risiko, hvis de selv udfører tagdækningen.

[fra [redacted]] hvor er vi på at angribe Isola og deres 1-lags løsninger til tømremester. Der sker for lidt her.

[mail fra [redacted] med udkast til artikel med titlen ”Tømrefirmaer skal være forsigtige...] Her er mit udkast til artikel til udsendelse fra Dansk Byggeri’s tømmersektion.”

Af mail af 20. september 2012 fra [redacted] (NWP) til [redacted] (NWP) fremgår det bl.a.:

”Specielt nu hvor TOR er gået i flæsket på importører der sælger ulovlige produkter, er det vigtigt at vi selv opfylder kravene både til CE mærkningen og til TOR’s krav.”



Ved mail af 30. november 2012 fremsendte [REDACTED] (NWP) en dagsorden til de øvrige medlemmer af Teknisk Udvalg. Af dagsordenen fremgår bl.a. at TOR 24 skulle revideres.

Af en yderligere mail fra [REDACTED] (NWP) til [REDACTED] (Icopal) og [REDACTED] (DTB/TOR) samt af svarmail fremgår bl.a.:

”I forbindelse med en konkret sag har vi en større Europæisk leverandør der oplyser MDV værdier der minus spredning ikke opfylder TORs krav og det har aldrig været meningen. MDV værdier har altid skulle betragtes som min værdier det har Phønix i hvert fald gjort .... Bør vi ikke overføre den tyske løsning ... Vi det påføre Icopal problemer: ... Hvis vi ikke gør noget har ikke nogen muligheder for repressalier overfor ulødige produkter/producenter.”

[REDACTED] (Icopal) svarede den 2. december 2012 herpå. I svarmailen hedder det bl.a.:

”... vi er af samme mening som du. Tolerancen er/kan være undefinerbar og igen skabe fleksibilitet i tolkningen, så vi skal uanset nok have strammet op. (selv om vi definere tolerancen, så kan leverandøren have en stor spredning.”

Af mailkorrespondance af 16. februar til 25. februar 2013 mellem medlemmer af Teknisk Udvalg ([REDACTED] (DTB/TOR), [REDACTED] (NWP), [REDACTED] (Icopal), [REDACTED] (NWP) og [REDACTED] (Icopal)) fremgår det, at [REDACTED] (DTB/TOR) skrev følgende til de øvrige medlemmer:

”Jeg har revideret afsnittet om dampspærre svarende til det vi aftalte på sidste møde men check det lige. Hvad skal trækstyrken på PF 1900 være??”

[REDACTED] (Icopal) besvarede det med følgende:

”Vi vil foreslå, at trækstyrken sættes til 400 N”.

I mail af 28. september 2013 fra [REDACTED] (DTB/TOR) til Teknisk Udvalg ([REDACTED] (NWP), [REDACTED] (Icopal), [REDACTED] (Icopal) og [REDACTED] (NWP)) med emnet ”TOR godkendelse” fremgår det:

”Her er mit oplæg til godkendelsesbevis for TOR-godkendelser. Ikke alle oplysninger er korrekte og jeg har prøvekørt det med Icopals betegnelser, da det er lettere at skulle ad fra de neutrale betegnelser, da Phønix bruger TOR's betegnelser. Prøv at gøre det færdigt med egne produkter og lad os se om det duer. Der skal selvfølgelig noget layout på senere.

Den 17. marts 2014 sendte [REDACTED] (NWP) en mail til [REDACTED] (NWP) og [REDACTED] (NWP) med emnet ”FYA: Koordinering og mærkning TOR Godkendt”. I mailen hedder det:

”Siden 20/11-13 har jeg orienteret om at ovenstående var undervejs. Jeg vil bede jer sikre, den praktiske implementering på vores egne producerede produkter. [REDACTED]: Antager, du kræver af dine papleverandører, at jeres pap fra XX.YY.14 skal være TOR Godkendt. Du kan selvfølgelig – efter ordningen er gået i luften – ikke lægge navn til andet.”

Den 2. april 2014 sendte [REDACTED] (NWP) en mail til [REDACTED] (DTB/TOR) med emnet ”TOR Godkendt”:

”Hvornår går vi i luften? Hvad venter vi på? NWP og Icopal skal vel være klar inden og have egne pressemeddelelser klar.”

Af intern mail af 10. april 2014 fra [REDACTED] (NWP) med emnet ”TOR GODKENDELSE” fremgår det:

”TOR går nu ud med en decideret ”TOR GODKENDT” mærkning på udenlandsk tagpap – det skal alle vores papper også overholde. Det er selvfølgelig for at stoppe BIGG pap / Damosa pap / Mljama osv.”

Den 23. april 2014 sendte [REDACTED] (DTB/TOR) en mail til [REDACTED] (NWP) og [REDACTED] (Icopal) med emnet ”Spørgsmål vedr. tagpap”. I mailen hedder det:

”Så er der tagpap fra Technicol på Lolland. Hvad gør vi !”

Af internt strategipapir i Icopal med titlen ”Icopal DKT Strategy 2014-2017 30th April 2014” fremgår det bl.a.:

”[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] (NWP) sendte den 7. maj 2014 en mail til [REDACTED] (DTB/TOR) med emnet ”ox overpap”. I mailen hedder det:

”Hvordan skal vi komme efter Hydrotec, Danosa osv nå vi selv foreskriver produkter der er væsentlig ringere?”

Samme dag sendte [REDACTED] (NWP) en mail til medlemmerne i Teknisk Udvalg ([REDACTED] [REDACTED] (Icopal), [REDACTED] (DTB/TOR), [REDACTED] (Icopal), [REDACTED] (NWP) og [REDACTED] (NWP)). Af mailen fremgår bl.a.:

”Ærgerligt at vi som det eneste land i EU ... fortsat kan anvende oxyd overpap på det professionelle marked, Men det må jo glæde Binne og Inta og de små mestre. Hvad gør vi med durabilitykravet i BR og produktstandarden til kuldeegenskaber? Derfor mener jeg ikke den skal med således som vi aftalte på mødet.”

Ved mailkorrespondance af 7.-8. maj 2014 fremsendte Icopal sine rettelser til revisionen af TOR 24. [REDACTED] (DTB/TOR) spurgte i den forbindelse:

”vil det sige at vi genindfører 2 lag oxyd.”

[REDACTED] (NWP) fremsendte svar herpå, hvoraf det fremgår:

”Jeg har lagt pres på [REDACTED] for at få Icopal til at trække forslaget tilbage med den begrundelse at vi skal indføre durability på PF 5000 på måske 25 gr C efter ældning og hvordan kan vi så kritisere produkter som Hydrotech Hvor jeg i retten fremførte den korte levetid. [REDACTED] ville sø-



”et efter min opfattelse totalt useriøst udbud. Kan vi / TOR gøre noget?”

Hertil svarede [REDACTED] (DTB/TOR):

”Vi må henvende os til kommunen og Rambøll.”.

### **Parternes argumenter**

Danske Tagpapfabrikanters Brancheforening, Tagpapbranchens Oplysningsråd, Icopal Danmark ApS og Nordic Waterproofing A/S har i det væsentlige gentaget deres anbringender og har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at Konkurrencerådet har bevisbyrden for, at der foreligger en aftale eller samordnet praksis, og denne bevisbyrde er ikke løftet. Konkurrencerådets synspunkt om, at bevisbyrden kan løftes ved en række sammenfaldende omstændigheder og indicier, skal modificeres, når klagerne kan angive en anden forklaring på de faktiske omstændigheder, jf. EU-Domstolens domme i sagerne T-348/08, præmis 99 og T-380/10, præmis 51 samt Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder artikel 48, stk. 1.

### *Standarder*

TOR-anvisningerne blev skabt i 1980'erne for gennem standarder at genskabe tilliden til tagpap, og de er udtryk for tekniske vejledninger og alment teknisk fælleseje. TOR-anvisningerne har således hverken favoriseret Icopal eller NWP's produkter, og anvisningerne er ikke konkurrencebegrænsende.

Standardiseringsaftaler har hovedsageligt til formål at fastlægge tekniske eller kvalitetsmæssige krav, som blandt andet eksisterende produkter skal leve op til, jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 257. Standardiseringsaftaler har derfor normalt betydelige positive økonomiske virkninger, jf. retningslinjernes punkt 263. Dette gælder også for TOR-anvisningerne, jf. rapporten fra Copenhagen Economics.

TOR-anvisningerne har ikke et konkurrencebegrænsende formål, og TOR-anvisningerne skal derfor analyseres i deres retlige og økonomiske sammenhæng med hensyn til faktisk og sandsynlig virkning for konkurrencen efter følgende principper: 1) Alle konkurrenter på markedet kan deltage i den proces, der fører til fastsættelse af standarden, 2) standardiseringsorganisationen skal have gennem-

sigtighed, så der i god tid kan orienteres om kommende, igangværende og afsluttede standardiseringsarbejde, 3) der skal være effektiv adgang til standarden på rimelige betingelser og uden forskelsbehandling og 4) der gælder særlige principper for så vidt angår standarder, der involverer IPR. Alle disse krav er opfyldt i denne sag. Årsagen til, at de enkelte importører ikke har haft adgang til at deltage i processen skyldes, at der kræves et meget højt fagteknisk niveau for at kunne vurdere, hvordan de enkelte minimumskrav skal fastsættes. Hensynet til en høj faglig standard sammenholdt med hensynet til væsentlig sikkerhed er forhold, der kan bevirke, at ikke alle aktører på markedet kan være med til at fastsætte standarden. Beslutningsprocessen i TOR svarer til fremgangsmåden i offentlige klagenevner, hvor et sekretariat laver et grundigt og gennearbejdet udkast, som forelægges det beslutningsdygtige organ. Dette ændrer ikke på, at det er repræsentantskabet i TOR, der fastsætter TOR-anvisningerne. TOR Godkendt-ordningen blev oprettet som følge af, at myndighederne ikke var parate til at føre kontrol med kvaliteten af det tagpap, der blev leveret til bygherrer, og der var behov for en sådan kontrol. TOR Godkendt-ordningen var åben for alle.

#### *Adfærd over for konkurrenter og øvrige aktører*

Det bestrides, at TOR har forsøgt at miskreditere konkurrenternes 1-lags løsninger ved at bringe en artikel i TOR nyt 1, 2010. Det har ikke været tilsigtet at holde produkter eller producenter ude af markedet. Det har i stedet været formålet at sikre, at de produkter og producenter, der angiver at opfylde kravene i TOR-anvisningerne og/eller lovkrav, også gør det. Det kan ikke være konkurrencestridigt at gøre markedet opmærksom herpå.

Henvendelsen til Odense Kommune skyldtes manglende kongruens i udbudsmaterialet og et forsøg på at få udbyderen til at overholde de almindelige udbudsregler. Der er ikke tale om et forsøg på utilbørlig påvirkning. Heller ikke artiklen i TOR nyt kan anses som et forsøg på at skabe bekymring om tagdækning med tagpap, der ikke følger TOR-anvisningerne.

#### *Til formål/til følge*

Hvis Konkurrenceankenævnet måtte lægge til grund, at der er tale om en samordnet praksis, har denne praksis ikke haft til formål at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet har anvendt en forkert juridisk ramme og målestok i ”til formål”-analysen. Konkurrencerådet har ikke fulgt den ramme og målestok, som generaladvokat Øe har opsummeret i sit forslag til afgørelse af 21. september 2017 i sag C-179/16, Hoffmann-La Roche. Rådet har i stedet

konkluderet, at der foreligger en ”til formål”-begrænsning, inden rådet har undersøgt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvilket er i strid med EU-Domstolens praksis. Analysen af den retlige og økonomiske kontekst er som altovervejende hovedregel en forudsætning for at konkludere, at der er tale om en ”til formål”-begrænsning. Det er kun i helt særlige tilfælde ved de allermest alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne, at EU-Domstolen slækker på kravet til grundigheden i analysen af den retlige og økonomiske kontekst i vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, jf. EU-Domstolens domme af 19. december 2013 i de forenede sager C-239/11 P, Siemens, og af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba. Det er således kun i sager om hardcore karteller, at konkurrencemyndighedernes undersøgelsespligt og bevisbyrde lettes til alene at omfatte en begrænset analyse af den retlige og økonomiske kontekst.

Konkurrencerådet har foretaget en alvorlig fejlslutning ved at sætte lighedstegn mellem markedsdeling og adfærd, der er egnet til at afskærme adgangen til markedet. Rådet har i sin afgørelse søgt at udstrække den begrænsede undersøgelsespligt i relation til den analyse af den retlige og økonomiske kontekst, der gælder i kartelsager, til alle ”til formål”-sager, hvilket der ikke er hjemmel til i hverken de danske eller de EU-retlige konkurrenceregler.

Den adfærd, som parterne har udvist, er ikke udtryk for deling af kunder eller territorier, og dermed har Konkurrencerådet ikke grundlag for alene summarisk at inddrage den retlige og økonomiske kontekst. Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at ”til formål” skal fortolkes indskrænkende og være begrænset til aftaler eller samordnet praksis, der erfaringsmæssigt ud fra sin art er så skadelig for konkurrencen, at undersøgelser af deres virkninger er overflødige og dermed unødvendige. Rådet har således forsømt at inddrage og analysere arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer. Det er ikke korrekt, at den omstændighed, at aftalen forfølger andre lovlige formål, ikke har betydning i ”til formål”-vurderingen. Som led i den indgående analyse skal der netop tages hensyn til, om der er en plausibel alternativ forklaring bag aftalen i form af et ønske om at forfølge legitime formål.

Konkurrencerådet har herefter ikke foretaget en tilstrækkelig undersøgelse af den påståede aftales indhold, aftalens formål efter en objektiv vurdering eller set på den retlige og økonomiske sammenhæng, som den påståede aftale indgår i.

*Fritagelse*

Hvis Konkurrenceankenævnet måtte finde, at der er tale om en konkurrencebegrænsende aftale og/eller samordnet praksis, som har haft til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie, gøres det gældende, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, ikke finder anvendelse som følge af de effektiviseringsgevinster, TOR-anvisningerne og TOR Godkendt-ordningen har for den enkelte bruger af tagpap og samfundet generelt, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1-4.

### *Hjemvisning*

Til støtte for den subsidære påstand har parterne gjort gældende, at Konkurrencerådets afgørelse indeholder så mange faktuelle fejl, at sagen i det hele bør hjemvises.

Konkurrencerådet har anført navnlig, at rådet med rette har truffet afgørelse om, at klagerne har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved at have indgået en aftale og/eller en samordnet praksis, som har til formål at begrænse konkurrencen ved at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og produkter samt begrænse produktudbuddet. Det er på baggrund af sagens oplysninger klart, at parterne har indgået en konkurrencebegrænsende aftale, og at dette er dokumenteret i overensstemmelse med de beviskrav, der gælder herfor.

TOR-anvisningerne er ikke påkrævet efter national eller europæisk lovgivning for, at produkterne lovligt kan markedsføres i Danmark. Trafik- og Byggestyrelsen har i forlængelse heraf vurderet, at det ikke er nødvendigt at stille krav til egenskaber udover de, der følger af den europæiske harmoniserede standard og national lovgivning.

Rådets afgørelse er baseret på en stor mængde materiale, der tegner et klart og tydeligt billede af, at klagerne på en række punkter har haft en samstemmende vilje/koordineret deres adfærd på markedet med henblik på at afskærme markedet for konkurrerende virksomheder og produkter samt begrænse deres eget produktudbud.

Det er DTB's tekniske udvalg, der alene består af repræsentanter for Icopal og NWP samt direktøren for DTB og sekretariatschefen i TOR, [REDACTED], som reelt koordinerer og fastsætter indholdet af standarden, og klagerne har tilrettelagt processen således, at standarden fastsættes uden indflydelse fra konkurrenter og andre aktører. Hertil kommer, at klagerne har inddraget

kommercielle overvejelser ved fastsættelsen af standarderne med henblik på at afskære konkurrenter fra markedet. Det er i sådan en situation uden betydning, om koordineringen også måtte være motiveret af et ønske om at sikre en høj kvalitet af produkterne.

Konkurrencereglerne hviler på et grundprincip om, at enhver virksomhed uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet, jf. eksempelvis EU-Domstolens dom i sag C-8/8, T-Mobile, præmis 32-33. Denne uafhængighed udelukker kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt, der er egnet til enten at have indflydelse på en eksisterende eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller over for en konkurrent at afsløre den adfærd, som virksomheden selv har bestemt sig for at udvise, eller som virksomheden overvejer at udvise, når sådanne kontakter har til formål (eller følge) at påvirke konkurrencen, jf. EU-Domstolens dom i sag C-74/14, Eturas, præmis 27.

En aftale har til formål at begrænse konkurrencen, hvis en undersøgelse af navnlig rækkevidden af aftalens indhold, de formål aftalen efter en objektiv vurdering tilsigter at opfylde, samt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade. Undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng for visse aftaler, herunder aftaler om pris, markedsdeling og begrænsninger af produktudbud, kan begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. EU-Domstolens dom i sag C-373/14 P, Toshiba, præmis 28ff. Parternes markedsafskærmende adfærd har samme potentiale for konkurrencebegrænsning som en egentlig markedsdelingsaftale, ligesom adfærden reelt svarer til markedsdeling, når parterne eksempelvis søger at begrænse konkurrerende virksomheder og produkters adgang til markedet med henblik på at reservere markedet til sig selv, jf. EU-Domstolens dom i sag C-125/07, ERG, præmis 141. Der er således ingen forskel på aftaler, som afskærmer for konkurrencen fra andre konkurrenter, og aftaler, der afskærmer for konkurrencen mellem parterne. En bredere restriktiv aftale om at anvende standarder til at afskærme markeder ved at udelukke aktuelle eller potentielle konkurrenter har til formål at begrænse konkurrencen, jf. Kommissionens retningslinjer punkt 273. Aftaler om begrænsning af produktudbuddet må ligeledes anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

En undersøgelse og analyse af aftalens indhold, formål og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, viser, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Da aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, påhviler det ikke rådet at påvise, om klagerens adfærd har haft

konkurrencebegrænsende følger. Når det er konstateret, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er det heller ikke nødvendigt at undersøge, om der måtte være en anden plausibel forklaring på adfærden, jf. EU-Domstolens dom i sag C-239/11 P, Siemens.

Klagernes aftale opfylder ikke betingelserne i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3. De påberåbte effektiviseringsgevinster er alene knyttet til selve eksistensen af TOR-anvisningerne og TOR Godkendt, men ikke til den bredere restriktive aftale, der er genstand for rådets afgørelse i denne sag. Bevisbyrden for, at samtlige kumulative betingelser for en individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt, påhviler klagerne, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

### **Resultat og begrundelse**

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, forbyder virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart. Dette forbud gælder efter konkurrencelovens § 6, stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

#### *Aftale/vedtagelse/samordnet praksis i forbindelse med produktstandarder*

Det er ubestridt, at der i TOR blev fastsat branchestandarder, som går ud over kravene efter bygge-loven, bygningsreglementet og byggevareforordningen (CE-mærkningsordningen).

I Kommissionens meddelelse af 14. januar 2011 om retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (Kommissionens horisontale retningslinjer) punkt 263 fremgår det blandt andet, at standardiseringsaftaler normalt har betydelige positive økonomiske virkninger, herunder ved at fremme udviklingen af nye og bedre produkter. Standarder skærper derfor normalt konkurrencen og mindsker produktions- og salgskostninger og gavner dermed både økonomien som helhed og forbrugernes økonomiske interesser.

Branchestandarder anses således som udgangspunkt ikke for konkurrencebegrænsende.

Samtidig fremgår det af Kommissionens horisontale retningslinjer punkt 264, at fastsættelse af standarder dog under visse omstændigheder kan få konkurrencebegrænsende virkninger, herunder

ved begrænsning af priskonkurrencen, begrænsning eller kontrol af produktion, innovation m.v. og udelukkelse eller forskelsbehandling af visse virksomheder ved at hindre effektiv adgang til standarden.

TOR er en erhvervsdrivende organisation, der er stiftet og primært finansieres af medlemmerne i DTB, som har samme adresse som TOR. DTB er en brancheorganisation for danske producenter af tagpap. Medlemmerne af DTB har siden 1987 alene været Icopal og NWP, der er de to største aktører på markedet for salg af tagpap i Danmark. Den daglige drift af DTB varetages af et sekretariat, som ledes af [REDACTED], der tillige er medlem af foreningens tekniske udvalg, sekretariatschef i TOR og direktør i TOR Godkendt ApS. Det er TORs repræsentantskab, der træffer den endelige afgørelse om ændring af TOR-anvisningerne, men beslutningen træffes på grundlag af forslag fra DTB's tekniske udvalg, der udelukkende består af repræsentanter fra Icopal og NWP samt [REDACTED].

Konkurrenceankenævnet finder på den baggrund, at selskaberne Icopal og NWP, der ligeledes er repræsenteret i TORs repræsentantskab, har haft en afgørende indflydelse på udformningen af standarderne.

Vedrørende udformningen og brugen af standarderne finder Konkurrenceankenævnet, at disse oprindeligt havde til formål at varetage tekniske kvalitetshensyn, og at standarderne fortsat varetager sådanne hensyn. På den anden side finder Konkurrenceankenævnet det også godtgjort, at der ved fastsættelsen af standarderne og systemet omkring TOR Godkendt i et vist omfang er taget hensyn til de deltagende parters kommercielle interesser, herunder forholdet til andre konkurrenter, hvorved standarderne er blevet brugt til at give Icopal og NWP en vis konkurrencemæssig fordel. Konkurrenceankenævnet har i denne forbindelse blandt andet lagt vægt på de fremlagte mailkorrespondancer og interne strategipapirer.

Det skal herefter vurderes, om dette er sket på en måde og/eller i et omfang, der krænker konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF art. 101, stk. 1.

#### *Til formål/til følge*

For at falde ind under forbuddene i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, skal en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis have *til formål eller til følge* at hindre, be-

grænse eller fordreje konkurrencen. Der er tale om alternative kriterier, og efter EU-Domstolens faste praksis er det nødvendigt først og fremmest at tage stilling til aftalens egentlige formål, jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba, præmis 24. Hvis aftalen ikke har et konkurrencebegrænsende formål, er det nødvendigt at undersøge dens virkninger for konkurrencen. I den foreliggende sag er Konkurrencerådets afgørelse alene støttet på ”til formål”-kriteriet.

Vurderingen af ”til formål”-kriteriet baserer sig grundlæggende på, om de objektive karakteristika ved aftalen mv. kan siges at være egnede til at begrænse konkurrencen. Den subjektive hensigt er ikke afgørende, men kan dog ifølge EU-Domstolens praksis tages i betragtning, jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag 67/13 P, CB, præmis 54, og dom af 19. marts 2015 i sag C-286/13 P, Dole, præmis 118.

I tilfælde, hvor aftaler mv. allerede efter deres art anses for at være så skadelige for de normale konkurrencevilkår, at de må siges at have konkurrencebegrænsning til formål, og det derfor ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger (følger), kan myndighederne begrænse analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng til, hvad der er strengt nødvendigt, jf. Toshiba-dommens præmis 25-29.

I blandt andet Toshiba-dommen har EU-Domstolen fastslået, at aftaler om opdeling af markeder i sig selv har et konkurrencebegrænsende formål. EU-Domstolen har i sin dom af 23. januar 2018 i sag C-179/16, Hoffmann-La Roche, ligeledes fastslået, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, og at kun en begrænset kontekstanalyse derfor er nødvendig i tilfælde, hvor to virksomheder efter aftale søger at opnå markedsafskærmning ved at fremsætte urigtige eller vildledende oplysninger om egne eller andres produkter.

Konkurrencerådet har ved sin afgørelse lagt til grund, at klagernes aftale mv. har haft *til formål* at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie og udelukke konkurrenter fra dette marked og at begrænse de deltagende selskabers eget produktudbud. Rådet har således vurderet, at parternes aftale mv. efter sit *indhold* og de *formål*, som hermed tilsigtes opfyldt, i sig selv har konkurrencebegrænsning ”til formål”, således at der ikke kræves nogen nærmere analyse af den retlige og økonomiske *sammenhæng* eller af, om deltagernes aftale mv. har haft nogen mærkbar konkurrencebegrænsning *til følge*.

Det er Konkurrencerådets opfattelse, at der ikke er afgørende forskel på aftaler, som afskærmer konkurrencen fra andre udbydere, og aftaler, der afskærmer konkurrencen mellem parterne. Rådet har derfor vurderet, at parternes adfærd i denne sag har et potentiale for skadelige konkurrencevirkninger svarende til en egentlig markedsdelingsaftale, dvs. udgør en særlig alvorlig (hardcore) overtrædelse af konkurrencereglerne. Det er endvidere rådets opfattelse, at de omhandlede standarder er blevet anvendt som led i en bredere restriktiv aftale, der blandt andet ved hjælp af miskreditering og vildledning har taget sigte på at udelukke konkurrenter og lægge pres på udenforstående aftagere, hvorved der har foreligget et konkurrencebegrænsende *formål* som omhandlet i konkurrencereglerne og Kommissionens horisontale retningslinjer punkt 273.

Konkurrenceankenævnet skal hertil bemærke, at tekniske standarder som udgangspunkt ikke anses for at være konkurrencebegrænsende, men ifølge Kommissionens retningslinjer tværtimod normalt vil have positive økonomiske virkninger. En brancheforenings vedtagelse af en standard indebærer i sagens natur altid en vis form for koordineret adfærd, som således ikke nødvendigvis i sig selv er skadelig for konkurrencen. Det gælder også parternes forventelige og legitime tilpasning af deres produkter til TOR-ordningens anvisninger, hvilken tilpasning ikke i sig selv kan sidestilles med en ulovlig begrænsning af parternes produktudbud.

En standardiseringsaftale kan derfor kun anses for at krænke konkurrencereglerne, dersom det dokumenteres, at standarden anvendes som led i en bredere aftale, der samlet set vurderes efter sin art at være egnet til at begrænse de normale konkurrencevilkår, eller som har skade på konkurrencen til følge.

Selvom der ved fastsættelsen af standarderne og TOR Godkendt i et vist omfang er taget kommercielle hensyn, finder Konkurrenceankenævnet, at det ikke er tilstrækkelig godtgjort, at det styrende hensyn bag standarderne og/eller TOR Godkendt har været at afskærme konkurrenter fra markedet eller begrænse produktudbuddet, eller at standarderne i sig selv har været egnet til mærkbart at have (endsige har haft) en sådan effekt.

Konkurrenceankenævnet finder således ikke, at standarderne og/eller TOR Godkendt i sig selv kan betragtes som tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at anse en nærmere kontekstanalyse for overflødig. Konkurrenceankenævnet har i denne forbindelse blandt andet lagt vægt på, at standar-

derne har haft og stadig har et kvalitetssikrende formål, at den beskrevne adfærd ikke kan sidestilles med en egentlig markedsdeling, og at der ikke findes på afgørende måde at være sket miskreditering af konkurrenternes produkter eller anden form for påvirkning af markedet, som på grund af sin utilbørlige og/eller vildledende karakter går ud over, hvad der må tåles i en åben konkurrence og/eller faglig debat samt som led i promoveringen af TOR-ordningen.

Konkurrenceankenævnet finder på denne baggrund, at Konkurrencerådets analyse af den økonomiske og retlige sammenhæng, der er begrænset til, hvad rådet anser for strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, ikke er tilstrækkelig. Konkurrencerådet har således ikke med den fornødne sikkerhed godtgjort, at der foreligger en ”til formål”-overtrædelse.

Konkurrenceankenævnet hjemviser derfor sagen til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

#### **Herefter bestemmes**

Sagen hjemvises til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

Palle Bo Madsen

John Christensen

Rasmus Kristian Feldthusen

Birgitte Sloth

Jon Stokholm

Genpartens rigtighed bekræftes

**Sign. af Erhvervsstyrelsen**

Dorthe Hylleberg

kontorfuldmægtig