

Punkt 4: Rådsmøde den 18-12-2013

18-12-2013

12/17093

/KB

EJENDOMSMÆGLERKÆDEN BOLIGONE'S KÆDEKONCEPT

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.	RESUMÉ	3
2.	AFGØRELSE	7
3.	SAGSFREMSTILLING	8
3.1	INDLEDNING.....	8
3.2	VIRKSOMHEDEN.....	9
3.3	MARKEDSBESKRIVELSE.....	10
3.4	BOLIGONE'S KÆDEKONCEPT	11
3.5	HØRINGSSVAR.....	13
4.	VURDERING.....	15
4.1	MARKEDSAFGRÆNSNING.....	15
4.1.1	Det relevante produktmarked.....	15
4.1.2	Det relevante geografiske marked.....	17
4.1.3	Konklusion vedr. markedsafgrænsning.....	19
4.1.4	BoligOne kædens position på det relevante marked.....	19
4.2	SAMHANDELSPÅVIRKNING.....	19
4.2.1	Konklusion vedr. samhandelspåvirkning.....	21
4.3	KONKURRENCELOVENS § 6 (OG § 9)	21
4.3.1	Virksomhedsbegrebet.....	21
4.3.1.1	Delkonklusion vedr. virksomhedsbegrebet.....	22
4.3.2	Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.....	22
4.3.2.1	Delkonklusion vedr. aftalebegrebet.....	23
4.3.3	Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.....	23
4.3.3.1	Delkonklusion vedr. konkurrencebegrænsningskriteriet.....	27
4.3.4	Mærkbar konkurrencebegrænsning.....	27
4.3.4.1	Delkonklusion vedr. mærkbarhedskriteriet	31
4.3.5	Konklusion vedr. § 6 (og § 9)	31
4.4	KONKURRENCELOVENS § 7.....	31
4.4.1	Konklusion vedr. § 7	32
4.5	KONKURRENCELOVENS § 8, STK. 1.....	32
4.5.1	Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1) og 2).....	33
4.5.1.1	Delkonklusion vedr. § 8, stk. 1, nr. 1) og 2).....	34
4.5.2	Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3).....	34
4.5.2.1	Delkonklusion vedr. § 8, stk. 1, nr. 3).....	36
4.5.3	Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 4).....	36

4.5.3.1	Delkonklusion vedr. § 8, stk. 1, nr. 4).....	37
4.5.4	Konklusion vedr. konkurrencelovens § 8, stk. 1.....	37
4.6	SAMLET KONKLUSION.....	37
5.	AFGØRELSE.....	39

1. RESUMÉ

1. Ejendomsmæglerkæden BoligOne har anmeldt sit kædekoncept med anmodning om en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9, subsidiært en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.
2. BoligOne's kædekoncept indeholder et aftalevilkår om, at medlemmerne er forpligtet til at følge en fælles, fast salærtakst for deres ydelser, som er uafhængig af boligens værdi. Fokus for denne sag er, om dette aftalevilkår er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, og – i så tilfælde – om betingelserne for en individuel fritagelse efter § 8, stk. 1, er til stede.
3. BoligOne kæden er et internetbaseret, horisontalt markedsførings samarbejde mellem pt. 23 selvstændige ejendomsmæglere. Kæden er tilknyttet RealMæglerne Holding A/S, der fungerer som kædeselskab for såvel BoligOne som den mere traditionelle mæglerkæde, RealMæglerne.
4. Det relevante marked i sagen er markedet for erhvervsmæssig formidling af fast ejendom. Geografisk er dette marked ikke større end det danske marked, idet spørgsmålet om en eventuel snævrere afgrænsning kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.
5. BoligOne adskiller sig fra de mere traditionelle mæglerkæder på især tre punkter:
 - 1) BoligOne mæglere har ikke forretnings- eller udstillingslokaler,
 - 2) forretningsgrundlaget bygger på et tilbud om fem lovpligtige basisydelser,¹ hvor kunden som udgangspunkt selv står for de øvrige ydelser, der er forbundet med salg af en bolig, herunder fremvisning af boligen, og
 - 3) de fem basisydelser tilbydes til et fast salær, som medlemmerne er forpligtet til at følge (pt. 29.500 kr.). Andre ydelser, herunder fremvisning af boligen, kan tilkøbes, men må ikke tilbydes inden for rammerne af den fastsatte salærtakst.
6. De konceptvilkår, som medlemmerne skal overholde, er beskrevet således:

(...) Da både fast salær og selve beløbet er så vigtige kendetegn for konceptet, skal dette overholdes i medlemsforretningernes prisstruktur og alene fremgå i evt. markedsføring. Foruden de obligatoriske ydelser, kan frivillige ydelser efterfølgende tilbydes efter branchens retningslinjer.

¹ Der er tale om de ydelser, som en ejendomsmægler ifølge § 17 i lov om omsætning af fast ejendom skal levere (værdiansættelse, beregning af brutto- og nettoudgift, beregning af salgsprovenu, udarbejdelse af salgsoptstilling og udarbejdelse af udkast til købsaftale).

Såfremt salæret vurderes for lavt kan det i gruppen diskuteres om det skal sættes op, da det er vigtigt at salæret er fast og ens over hele landet. (...)

(...) Et grundlag for markedsføringen af konceptets faste salær er desuden, at BoligOne mægleren ikke har butiklokaler og derved går fri af faste lokaleomkostninger.

BoligOne har derfor ikke forretnings- eller udstillingslokaler. (...)

(...) Hvis en BoligOne mægler selv viser sine emner frem, falder de økonomiske forudsætninger for konceptet sammen, og selvom det for nogen ville kunne løbe rundt, kan det skabe en generel forventning om, at fremvisning er inkluderet i prisen – hvilket vil ødelægge forretningsgrundlaget for både røde og blå kolleger.²

Hos BoligOne er det derfor sælger selv, der viser sin bolig frem. (...)

7. Hvis man som kædesammenslutning ønsker at kunne indgå aftaler, der ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, er eneste mulighed at ændre kædestrukturen til en fuldt integreret økonomisk enhed – en såkaldt "kapitalkæde". Det forudsætter imidlertid, at medlemmerne opgiver deres økonomiske uafhængighed. I en kapitalkæde har forretningsstederne således én og samme ejer. Dvs. at der består et ansættelsesforhold mellem kædeledelsen og lederne af de enkelte kædeforretninger. Til gengæld kan kæden lovligt indgå aftaler om priser mv., fordi der i så tilfælde er tale om koncerninterne aftaler, jf. konkurrencelovens § 5, stk. 1.
8. BoligOne kæden er et samarbejde mellem selvstændige og økonomisk uafhængige erhvervsdrivende, der i fællesskab har en bestemmende indflydelse på kædens drift. I konkurrencelovens forstand er aftaler og vedtagelser i en sådan kæde derfor aftaler mellem konkurrerende erhvervsvirksomheder, der er omfattet af konkurrencelovens § 6.
9. De omhandlede konceptvilkår er vedtaget af kædens kompetente organer (bestyrelse og generalforsamling) og udgør dermed en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 3.
10. Vilkåret om en fælles, fast salærtakst falder ind under kategorien horisontal prisaftale, og ifølge praksis anses horisontale prisaftaler uden videre for at have et konkurrencebegrænsende formål og dermed for at være i strid med konkurrencelovens § 6.
11. Vilkåret om en fælles, fast salærtakst for fem definerede ydelser udelukker medlemmernes mulighed for at konkurrere på prisen, da de ikke blot er forhindret i at fravige den fastsatte takst, men også er forhindret i at tilbyde deres kunder andre ydelser,

² De "røde kolleger" er andre BoligOne mæglere og de "blå kolleger" er medlemmerne af RealMægler kæden.

som fx fremvisning af boligen, inden for rammerne af den fastsatte takst, dvs. uden ekstrabetaling.

12. Når det – som i dette tilfælde – drejer sig om en horisontal prisaf tale, der har til formål at begrænse konkurrencen, er dette ifølge såvel dansk som EU praksis³ i sig selv tilstrækkeligt til, at konkurrencebegrænsningen anses som en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 (og traktatens artikel 101), uanset om parternes markedsandel er minimal.
13. Dette kan bl.a. udledes af Expedia-dommen⁴ og generaladvokatens forslag til afgørelse af Expedia-sagen,⁵ hvor det tilkendegives, *”at virksomheder, der indgår en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, altid dermed tilsigter en mærkbar begrænsning af konkurrencen, uanset hvor store hver enkel parts markedsandele og omsætning måtte være”*.
14. Heller ikke bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7, stk. 1, finder anvendelse, da disse regler ikke gælder *i tilfælde hvor virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder aftaler, samordner eller vedtager priser, avancer m.v. for salget eller videresalget af varer eller tjenesteydelser*, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 1).
15. Den omhandlede vedtagelse om en fælles, fast salærtakst er dermed omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, hvorfor der ikke kan udstedes en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9.
16. Dette gælder også, selv om parterne fremover måtte indskrænke sig til at aftale og annoncere med en vejledende takst eller en maksimumtakst, således som BoligOne har foreslået i forbindelse med sagens behandling.
17. Når det – som i dette tilfælde – drejer sig om en horisontal prisaf tale, gælder forbuddet i konkurrencelovens § 6 enhver form for prissamordning, herunder også fastsættelse af fælles vejledende eller maksimale takster. Desuden kan en ændring af taksten til en vejledende eller maksimal takst ikke forventes at føre til noget andet resultat, idet der er en nærliggende risiko for, at fastprisaftalen blot vil blive erstattet af en samordnet praksis eller indbyrdes forståelse om at følge den vejledende eller maksimale takst.
18. For så vidt angår muligheden for at opnå en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, skal parterne selv løfte bevisbyrden for, at samtlige fire betingelser i § 8, stk. 1, nr. 1) – 4), er opfyldt. Konceptet skal således 1) indebære effektivitetsgevinster, der 2) kommer forbrugerne til gode, og konceptet må ikke 3) indeholde unød-

³ Jf. fx EU Domstolens dom af 13-12-2012 i sag C-226/11 – Expedia, Konkurrenceankenævnets kendelse af 02-10-2007 i sagen om Møns Bank mfl. og dom fra Retten i Horsens af 04-10-2007 i sag SS 785/2007 – Danske Kroer og Hoteller.

⁴ EU Domstolens dom af 13-12-2012 i sag C-226/11 – Expedia.

⁵ Forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott fremsat 6. september 2012.

vendige begrænsninger eller 4) udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de omhandlede ydelser.

19. Parterne har ikke godtgjort, at betingelserne i § 8, stk. 1, er opfyldt.
20. Med hensyn til betingelserne i § 8, stk. 1, nr. 1) og 2), om effektivitetsgevinster, der kommer forbrugerne til gode, indebærer konceptet bl.a., at virksomhederne er udelukket fra at kunne tilpasse deres priser og ydelser til egne omkostningsforhold, og BoligOne har ikke kunnet fremlægge dokumentation eller på anden vis godtgjort, at konceptet indebærer integration af økonomiske aktiviteter eller værdiskabende forbedringer, der faktisk skaber effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne til gode.
21. Den manglende opfyldelse af betingelserne i § 8, stk. 1, nr. 1) og 2) betyder i sig selv, at betingelsen i § 8, stk. 1, nr. 3), heller ikke er opfyldt, idet der ikke er påvist effektivitetsgevinster, som kan berettige eventuelt nødvendige begrænsninger. Men det kan dog nævnes, at BoligOne heller ikke har godtgjort, at vilkåret om en fælles, fast salærtakst er nødvendigt for at sikre kædens succes. BoligOne har således ikke fremlagt nogen dokumentation for, at fastsættelse og annoncering med en fælles pris er nødvendig for, at forbrugerne overhovedet finder BoligOne attraktiv, og for at BoligOne kan overleve på markedet.
22. Da det som nævnt er en forudsætning for at opnå individuel fritagelse, at samtlige fire betingelser i § 8, stk. 1, er opfyldt, og da BoligOne ikke har godtgjort, at betingelserne i § 8, stk. 1, nr. 1) – 3) er opfyldt, har styrelsen ikke fundet grundlag for foretage en nærmere undersøgelse af, om BoligOne kædens koncept giver BoligOne mæglerne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende ydelser, som forudsat i betingelsen i § 8, stk. 1, nr. 4).
23. Sammenfattende findes BoligOne kædens koncept med vedtagelsen om en fælles, fast salærtakst at være omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, og grundlaget for at give en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, ses ikke at være til stede.

2. AFGØRELSE

24. Det meddeles BoligOne, at kædens vedtagelse om fastsættelse og annoncering med en fælles, fast salærtakst, som er bindende for kædens medlemmer, udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og at BoligOne's anmodning om en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9 derfor ikke kan imødekommes.
25. Herudover meddeles det BoligOne, at kædens subsidiære anmodning om en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke kan imødekommes, da det ikke er godtgjort, at samtlige betingelser i § 8, stk. 1, nr. 1) – 4), er opfyldt.
26. Konkurrencerådet påbyder i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, BoligOne straks at ophøre med at anvende en fælles salærtakst samt senest 14 dage efter datoen for Konkurrencerådets afgørelse at fjerne ethvert vilkår fra kædens koncept, der forpligter medlemmerne til at følge det faste salær, og at fjerne den fælles annoncerede salærtakst fra kædens hjemmeside.
27. Desuden påbyder Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, BoligOne at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge som overtrædelsen beskrevet i pkt. 24, herunder aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis om fastsættelse af vejledende eller maksimale salærtakster.
28. Endelig påbyder Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, BoligOne senest 14 dage efter datoen for Konkurrencerådets afgørelse at orientere samtlige medlemmer om Konkurrencerådets afgørelse, herunder
 - at den omhandlede vedtagelse om en fælles, fast salærtakst udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og dermed er ugyldig, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5,
 - at medlemmerne frit kan fastsætte deres salær, også for de fem obligatoriske basisydelser, der er kædens varemærke, og
 - at det står medlemmerne frit for at udføre andre ydelser, uden at kræve merbetaling.
29. Dokumentation for at medlemmerne har modtaget orientering om Konkurrencerådets afgørelse skal fremsendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest 3 uger efter datoen for Konkurrencerådets afgørelse.

3. SAGSFREMSTILLING

3.1 INDLEDNING

30. BoligOne kæden har anmodet om en *"bekræftelse på, at BoligOne-kæden som følge af dens størrelse og struktur ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, alternativt en fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1 og 2"*.
31. BoligOne's kædekoncept går i lighed med andre kædesamarbejder mellem selvstændige erhvervsdrivende ud på, at de tilsluttede mæglere udadtil optræder ensartet over for forbrugerne med fælles koncept, design, logo, serviceniveau osv. Disse grundlæggende vilkår for at deltage i kæden er konkurrenceretligt uproblematisk.
32. Men herudover indeholder konceptet et vilkår om, at medlemmerne er forpligtet til at følge en fælles, fast salærtakst for deres ydelser. Fokus for denne sag er derfor, om der er sådanne helt særlige omstændigheder forbundet med BoligOne konceptet, at fastsættelse og annoncering med en fælles salærtakst for fem (og kun fem) definerede ydelser falder uden for forbuddet i konkurrencelovens § 6.
33. Ifølge BoligOne er formålet med den fælles, faste salærtakst, at: *"Prisen skal give et kraftigt signal om, at de ydelser, der normalt betragtes som værende dyre, og som er afhængig af den enkelte ejendoms værdi, med en fornuftig arbejdsindsats kan udføres til en meget lav pris ... Konceptet er derfor meget stærkt konkurrencepræget i forhold til alle andre inden for branchen. I forhold til den eneste tilsvarende kæde [RobinHus] er der tale om en væsentligt lavere pris ..."*.
34. BoligOne har begrundet sin anmodning med, at *"Den konkurrence, der udøves internt i kæden, må vurderes at være ikke-mærkbar (de minimis)"*, og anmodningen om en fritagelse efter konkurrencelovens § 8 begrundes med:
- *"at de mæglerydelse, der etableres gennem BoligOne, ikke kan udføres billigere af nogen anden mæglerkæde eller enkeltmægler,*
 - *at konceptet [er] direkte henvendt til forbrugere med adgang til internet, hvilket sandsynligvis udgør cirka 80 % af samtlige forbrugere,*
 - *at virksomheden ikke er pålagt nogen begrænsning af deres udøvelse i henseende til markedsføring af deres egen virksomhed, og*
 - *at man [ikke]⁶ udelukker konkurrence fra andre gennem den særdeles lave honorering. Det står alle frit for, herunder også den enkelte RealMægler, at konkurrere på økonomiske vilkår, der svarer til eller er billigere end BoligOnes vilkår"*.

⁶ Ordet "ikke" er indsat af styrelsen, der går ud fra, at ordet ved en fejl er faldet ud.

3.2 VIRKSOMHEDEN

35. BoligOne kæden er et internetbaseret, horisontalt markedsføringssamarbejde, der har det som sit varemærke at tilbyde de ifølge loven obligatoriske mæglerydelser til et fast lavt salær, som er uafhængigt af boligens værdi.
36. BoligOne kædens medlemmer er via en partneraftale tilknyttet RealMæglerne Holding A/S, der fungerer som kædeselskab for både den mere traditionelle RealMægler kæde og for BoligOne kæden. Ifølge partneraftalens punkt 3.2 forpligter mæglerne sig til at følge de anvisninger, der fremgår af RealMæglerne Holdings koncepter for internet, markedsføring, annoncering, profilering osv., samt til at deltage i lokale erfagrupper, og mægleren må ikke samtidig være medlem af eller have økonomiske interesser i konkurrerende ejendomsmæglervirksomhed.
37. Der er ikke nogen forskel på den partneraftale, der indgås med RealMæglerne, og den aftale, der indgås med BoligOne, ligesom begge kæder er omfattet af vedtægterne for RealMæglerne Holding A/S. Men på grund af koncepternes forskellighed er der sket en præcisering af de markedsføringsvilkår, der gælder for BoligOne mæglere.
38. BoligOne blev etableret i slutningen af 2007 på initiativ af et antal mæglere, som tidligere havde været tilknyttet den tilsvarende online baserede mæglerkæde RobinHus.
39. BoligOne har i dag 23⁷ medlemmer fordelt over hele landet, idet over halvdelen dog er placeret på Sjælland, primært i det storkøbenhavnske område. 21 BoligOne mæglere driver deres forretning som enkeltmandsvirksomheder, og de to sidste som anpartsselskab. Kæden har ifølge det oplyste en samlet omsætning på mindre end [...] mio. kr., der er fordelt ret ujævnt på de enkelte medlemmer, jf. den store spredning i deres salgsvolumen, der fremgår af nedenstående oversigt:⁸

Placering	Antal salg jan. – okt. 2012	Antal salg 2011
København	[...]	[...]
København	[...]	[...]
København	[...]	[...]
Holte	[...]	[...]
Hørsholm	[...]	[...]
Hørsholm	[...]	[...]
Ballerup	[...]	[...]
Hillerød	[...]	[...]
Skovlunde	[...]	[...]
Mørkøv	[...]	[...]
Taastrup	[...]	[...]
Jyllinge	[...]	[...]

⁷ Under sagsforløbet er 3 BoligOne mæglere udtrådt af kæden, således at tallet i dag er 20.

⁸ Tallene er efterfølgende opdateret på grund af 3 mægleres udtræden af kæden, hvilket dog ikke ændrer ved det overordnede billede af den spredning, der er i BoligOne mæglerens salgsvolumen.

Næstved	[...]	[...]
Holbæk	[...]	[...]
Ringsted	[...]	[...]
Odense	[...]	[...]
Nørresundby	[...]	[...]
Holstebro	[...]	[...]
Tilst	[...]	[...]
Horsens	[...]	[...]
Vejle	[...]	[...]
Them	[...]	[...]
Højer	[...]	[...]

3.3 MARKEDSBESKRIVELSE

40. I 2012 blev der i Danmark handlet ca. 42.300 boliger, og ved udgangen af året var ca. 54.000 boliger annonceret til salg.⁹ Størstedelen af bolighandlerne sker med bistand fra en ejendomsmægler.
41. Ejendomsformidling i Danmark er reguleret i lov om omsætning af fast ejendom (LOFE)¹⁰ samt en række bekendtgørelser udstedt i medfør af denne lov. Ifølge LOFE § 8 må virksomhed som ejendomsformidler kun udøves af registrerede ejendomsmæglere og beskikkede advokater. Ejendomsmægler er en beskyttet titel og må kun anvendes af ejendomsmæglere, der er opført i Erhvervsstyrelsens ejendomsmæglerregister.
42. Som nævnt ovenfor er en ejendomsformidler, der får i opdrag at stå for en ejendomshandel, lovmæssigt forpligtet til at varetage fem nærmere definerede opgaver. Dette følger af LOFE § 17, hvorefter ejendomsformidleren skal 1) værdiansætte ejendommen og aftale den kontantpris med opdragsgivere, som ejendommen skal udbydes til, 2) beregne brutto- og nettoudgift på baggrund af et finansieringsforslag, 3) beregne salgsprovenu (dvs. det beløb, sælger vil få til fri rådighed efter ejendommens salg og handlens berigtigelse), 4) udarbejde en salgsopstilling med de oplysninger om ejendommen, som er nødvendige for en købsbeslutning, og 5) udarbejde udkast til købsaftale.
43. Øvrige ydelser, der normalt er forbundet med ejendomsformidling, som fx annoncering og fremvisning af boligen og berigtigelse af handler mv. er frivillige, dvs. at ejendomsformidleren kan overlade det til sælger selv at stå for disse opgaver.

⁹ Kilde: Boligmarkedsstatistikken, BM020. Boligmarkedsstatistikken, der udgives i fællesskab af Realkreditforeningen, Realkreditrådet, Dansk Ejendomsmæglerforening og Finansrådet, er baseret på indberetninger om udbudte ejendomme på internettet, som er registreret som handlet i statens offentlige registre SVUR, eller det Fælleskommunale Ejendomsstamregister ESR. Tallet dækker parcel- og rækkehuse, ejerlejligheder og fritidshuse, men ikke fx forretningsejendomme eller kommunale ejendomme.

Se <http://realkreditraadet.dk/statistikker/boligmarkedsstatistik/metode.aspx>.

¹⁰ Lbkg. nr. 1717 af 16-12-2010 med senere ændringer.

44. Ejendomsmæglere tilbyder ofte deres ydelser i samlede "pakker", som kan bestå af de obligatoriske ydelser alene, eller de obligatoriske ydelser kombineret med en eller flere tillægsydelser. Langt de fleste ejendomshandler foregår dog ved, at mægleren står for samtlige ydelser forbundet med salget, og en undersøgelse fra 2009 viste, at det kun var ca. ¼ af ejendomsmæglerne, der tilbød et lavpriskoncept, indeholdende en pakke med de fem basisydelser, hvor sælger bl.a. selv står for fremvisning af boligen.¹¹
45. Som hovedregel beregner ejendomsformidlerne deres salær som en procentuel andel af den realiserede salgspris. Men hvor formidlingen sker som en pakkedøsning, især når der kun er tale om de obligatoriske ydelser, er salæret ofte et fast beløb, der er uafhængigt af boligens værdi.
46. Pr. 24. april 2013 var der registreret 3.070 aktive ejendomsmæglere, der tilsammen har ca. 1.500 forretningssteder i Danmark. Herudover var der pr. samme dato registreret 406 advokater som ejendomsformidlere.¹² Størsteparten af advokaterne er dog udelukkende beskæftiget med køberrådgivning, og det skønnes at antallet af advokater, der aktivt bistår med salg af boliger, er begrænset til omkring 60-80 advokater.¹³ Samlet omsatte ejendomsmæglerbranchen for ca. 4,3 mia. kr. i 2011.¹⁴
47. Størstedelen af de aktive ejendomsmæglere (65-70 pct.) er tilknyttet én af de seks landsdækkende kæder, EDC, Nybolig, Estate, Home, DanBolig og RealMæglerne. BoligOne er som nævnt tilknyttet RealMæglernes kædeselskab, og RobinHus har tilknytning til EDC-Gruppen A/S, der ejer 50 pct. af RobinHus A/S. Herudover findes der en række mindre og typisk mere lokalt prægede mæglerkæder (fx 2V i Københavnsområdet, place2live på Sjælland og BoligFyn på Fyn). Den resterende del af markedet udgøres af kædeuafhængige mæglere med ét eller flere forretningssteder, hvoraf ca. 240 er organiseret i Danske Selvstændige Ejendomsmæglere (DSE).
48. Langt de fleste ejendomsmæglere – såvel kædetilknyttede som kædeuafhængige mæglere, inkl. medlemmer af DSE – er medlem af Dansk Ejendomsmæglerforening, der med 2740 aktive medlemmer i 2012 har en organisationsprocent på ca. 90 pct.¹⁵

3.4 BOLIGONE'S KÆDEKONCEPT

49. BoligOne kæden har i lighed med andre kædesamarbejder et særligt koncept, som medlemmerne skal overholde med henblik på at fremstå som en fælles enhed under ét fælles varemærke.

¹¹ Konkurrencestyrelsen: Bolighandel – Ydelser fra ejendomsmæglere og advokater, 2009. Det bemærkes, at tallet dog var steget betragteligt i forhold til en tidligere undersøgelse fra 2002, hvor kun ca. 10 pct. af mæglerne tilbød en sådan pakke.

¹² Kilde: Erhvervsstyrelsens ejendomsmæglerregister.

¹³ Kilde: Danske Boligadvokater og Konkurrencestyrelsen: Bolighandel – Ydelser fra ejendomsmæglere og advokater, 2009.

¹⁴ Kilde: Danmarks Statistik, Statistikbanken, Generel erhvervsstatistik 2011.

¹⁵ Kilde: www.de.dk/statistik/medlemstal.

50. BoligOne baserer sit koncept på online boligformidling, hvor kunderne selv står for en række ydelser, herunder fremvisning af boligen. BoligOne mæglerne har ikke fysiske forretninger, hvor kunderne kan henvende sig, og de har heller ikke individuelle hjemmesider. Kunderne er i stedet henvist til den fælles BoligOne portal.
51. Som udgangspunkt varetager BoligOne mæglere kun de ydelser, der ifølge loven er obligatoriske at varetage for en ejendomsformidler (værdiansættelse af boligen, beregning af brutto- og nettoudgift, beregning af salgsprovenu, udarbejdelse af salgsopstilling og udarbejdelse af udkast til købsaftale).
52. Disse ydelser tilbydes til et fast salær, der (i modsætning til de fleste mægleres procentvise salær) er uafhængigt af boligens værdi (pt. 29.500 kr.).
53. Kunderne har dog mulighed for at tilkøbe andre ydelser, så som markedsføring og andre salgsfremmende foranstaltninger, berigtigelse af handler eller for den sags skyld fremvisning af boligen mv. Men det forudsættes ifølge BoligOne konceptet, at mæglerne beregner sig ekstra salær for sådanne ydelser.
54. BoligOne's koncept bygger på en forudsætning om, at det er på internettet, at boliger søges og handles. I forhold til de fleste andre mæglerkæders koncepter adskiller BoligOne sig især på tre punkter: 1) BoligOne mæglere har ikke forretnings- eller udstillingslokaler, 2) forretningsgrundlaget er baseret på et tilbud til kunderne om en "grundpakke", hvor kunderne bl.a. selv står for fremvisning af boligen til potentielle købere, og 3) denne grundpakke tilbydes til et fast lavt salær, som medlemmerne er forpligtet til at følge, jf. følgende uddrag af kædens "Præsentation til ny partner":

"Fast salær er hjørnестenen i konceptet. Prisen for de ifølge loven obligatoriske mæglerydelse er hos BoligOne pt. fastlagt til kr. 29.500,- inkl. moms. Det faste salær er konceptets varemærke, og for at få den stærkeste effekt og genkendelse, er salæret gældende over hele landet.

(...)

Da både fast salær og selve beløbet er så vigtige kendetegn for konceptet, skal dette overholdes i medlemsforretningernes prisstruktur og alene fremgå i evt. markedsføring. Foruden de obligatoriske ydelser, kan frivillige ydelser efterfølgende tilbydes efter branchens retningslinjer.

Såfremt salæret vurderes for lavt kan det i gruppen diskuteres om det skal sættes op, da det er vigtigt at salæret er fast og ens over hele landet.

(...) Et grundlag for markedsføringen af konceptets faste salær er desuden, at BoligOne mægleren ikke har butiklokaler og derved går fri af faste lokaleomkostninger.

BoligOne har derfor ikke forretnings- eller udstillingslokaler.

(...)

I BoligOne konceptet viser sælger selv sin bolig frem, hvilket sammen med besparelser på lokaleomkostninger og medarbejderløn gør det muligt at fastholde et attraktivt lavt salær.

Hvis en BoligOne mægler selv viser sine emner frem, falder de økonomiske forudsætninger for konceptet sammen, og selvom det for nogen ville kunne løbe rundt, kan det skabe en generel forventning om, at fremvisning er inkluderet i prisen – hvilket vil ødelægge forretningsgrundlaget for både røde og blå kolleger.¹⁶

Hos BoligOne er det derfor sælger selv, der viser sin bolig frem.

Undtagelser kan forekomme ved dødsboer, handicappede sælgere, udenlandske kunder etc. Derudover kan mægleren indtræde i salgsprocessen efter behov, for at sikre handlens afslutning – evt. ved 2. fremvisning, hvor fokus er på den potentielle køber frem for ejendommen.

Det er her særlig væsentligt for konceptets budskaber, at fremvisninger ikke markedsføres, men alene ses som en ekstraordinær mulighed for at sikre handlen.”

55. Som det fremgår, er den faste salærtakst, der pt. er på 29.500 kr., således et beløb, som man i BoligOne kæden er blevet enige om, og som medlemmerne har forpligtet sig til at følge, ligesom det som udgangspunkt heller ikke er overladt til mæglerne selv at vurdere, om de for samme pris vil inkludere fremvisning af boligen eller andre ydelser.
56. Parterne har oplyst, at BoligOne mæglerne frit kan tilbyde andre ydelser end de obligatoriske, og at de også kan tilbyde at stå for fremvisning af boligen, selv om konceptet som udgangspunkt bygger på, at det er sælger selv, der viser sin bolig frem. Men det er en forudsætning, at mæglerne altid tager ekstra betaling for enhver ydelse, der ligger ud over de 5 ydelser, der er indeholdt i den fastsatte salærtakst.

3.5 HØRINGSSVAR

57. BoligOne har i sit høringssvar af 16. august 2013 stillet sig uforstående over for, at styrelsen i udkastet til afgørelse har karakteriseret vilkåret om en bindende salærtakst som et vilkår, der objektivt set har til formål at begrænse konkurrencen.
58. BoligOne kæden finder, at konceptet med en ens og fast lav pris tværtimod er konkurrencefremmende, og at formålet alene er at fastsætte et kendemærke for BoligOne ydelserne. Det tilkendegives i den forbindelse, at det er den lave faste pris som sådan, der er det afgørende for konceptet, og at: *”Det er bevidst, at der ikke er*

¹⁶ De ”røde kolleger” er andre BoligOne mæglere og de ”blå kolleger” er medlemmerne af RealMægler kæden.

valgt en pris på kr. 30.0000,00 eller på kr. 25.000,00, men et "skævt beløb", som af den grund kan huskes".

59. Herudover tilkendes det i høringssvaret, at: *"Der er næppe tvivl om, at der er områder i Vestdanmark og Sydhavnsøerne med meget lave ejendomspriser, hvor prisen ikke er konkurrencedygtig og dette forhold udligner sig selv, derved at der i så fald ikke kommer BoligOne mæglere. (...) Virksomhedsformen passer primært til de tættere befolkede områder og ikke til de rene landområder/yderområder. (...) Den rotation, der finder sted indenfor BoligOne mæglerne med en relativ stor udskiftning viser, at markedet tilpasser sig, og det er også en form for konkurrence."*
60. Endelig nævnes muligheden for, at BoligOne konceptet ændres til et agenturforhold, såfremt den primære ansøgning om en godkendelse af det eksisterende koncept ikke imødekommes.
61. På et møde med styrelsen den 27. august 2013 har repræsentanterne for BoligOne fået lejlighed til at uddybe deres synspunkter, og styrelsen har under dette møde mundtligt informeret om, hvad der skal til for at godtgøre, at betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt.
62. Efter mødet fik repræsentanterne for BoligOne yderligere tre uger til at fremkomme med nye oplysninger, der skulle støtte en argumentation om, at konceptet indebærer effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne til gode, og at aftalen om en fast og ufravigelig salærtakst er nødvendig for at opnå disse effektivitetsgevinster.
63. Ved mail af 19. september 2013 har BoligOne's advokat gentaget synspunkterne om, at konceptet bygger på det lavest mulige honorar for de lovpligtige ydelser, og at konkurrencepåvirkningen af andre mæglere derfor er betydelig.
64. Herudover har BoligOne fået tilsendt styrelsens endelige udkast til afgørelse med en høringsfrist på tre uger, og ved mail af 26. november 2013 har BoligOne svaret, at man ikke vil afgive yderligere skriftlige indlæg. Mailen var vedhæftet et opdateret bilag, der viser udviklingen i BoligOne mæglerens salg, samt et bilag, der viser omkostningerne ved at være BoligOne mægler.

4. VURDERING

4.1 MARKEDSAFGRÆNSNING

65. For at vurdere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og 3 (og evt. traktatens artikel 101), er det nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.
66. Det følger af konkurrencelovens § 5a, og af Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked¹⁷, at det relevante marked skal afgrænses på baggrund af undersøgelser af efterspørgselssubstitutionen. Desuden kan udbudssubstitutionen tages i betragtning i de situationer, hvor den har samme effektive og direkte virkninger som efterspørgselssubstitution, evt. suppleret med undersøgelser af den potentielle konkurrence.

4.1.1 Det relevante produktmarked

67. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som indbyrdes substituerbare på grund af produkternes eller tjenesteydelsernes egenskaber, pris eller anvendelsesformål.¹⁸
68. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende aftale, samordnede praksis eller vedtagelse vedrører. Dernæst afgrænses, hvilke øvrige produkter eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed.
69. Denne sag vedrører en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, der angår disse virksomheders salg af bestemte ydelser i forbindelse med ejendomshandel, og udgangspunktet for afgrænsningen af produktmarkedet skal derfor tages i de tjenesteydelser, som BoligOne mæglerne beskæftiger sig med, nemlig erhvervsmæssig formidling af fast ejendom.
70. Ifølge LOFE § 8 er adgangen til at udøve erhvervsmæssig formidling af fast ejendom begrænset til ejendomsmæglere og advokater, der er optaget i ejendomsmæglerregistret. Det er således op til sælger selv at forestå salget af sin ejendom, såfremt en registreret ejendomsformidler fravælges, og der er ikke andre erhvervsdrivende, der omgående og uden væsentlige omkostninger vil kunne omstille deres forretning til at varetage ejendomsformidling.
71. Erhvervsmæssig formidling af fast ejendom omfatter en række forskellige ydelser, så som salgsvurdering, markedsføring, herunder udarbejdelse af salgsmateriale og

¹⁷ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03).

¹⁸ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 7.

fremvisning af bolig, forhandling mellem køber og sælger, udfærdigelse af købsaftale, skødeskrivning m.v. Nogle af disse ydelser er lovpligtige for formidleren (jf. LOFE § 17), mens andre kan vælges til eller fra.

72. Herudover er der i LOFE § 23 et forbud mod, at en ejendomsformidler betinger sig, at ejendomsformidlingen sammenkædes med andre ydelser, som ikke er nødvendige for en korrekt udførelse af formidlingen, og samlet set kan markedet derfor ikke anses for at være bredere end de ydelser, som er nødvendige for og/eller hænger naturligt sammen med gennemførelsen af en ejendomshandel.
73. Hvis en boligejer indgår aftale med en ejendomsmægler om helt eller delvist at varetage salget af boligen, er der ifølge LOFE § 17 bestemte ydelser, som mæglere skal levere (værdiansættelse, beregning af brutto- og nettoudgift, beregning af salgsprovenu samt udarbejdelse af salgsopstilling og af udkast til købsaftale) – de "obligatoriske ydelser". Alle andre ydelser, der er forbundet med salget af en ejendom, er "frivillige ydelser", dvs. at omfanget af, hvor mange af disse ydelser mægleren skal levere, afhænger af den aftale, mægleren indgår med sælger.
74. Da ydelserne enkeltvis betragtet ikke som sådan er indbyrdes substituerbare, kunne det overvejes, om ejendomsformidling skal segmenteres i en række delmarkeder, hvor de obligatoriske ydelser udgør et særskilt marked, og de frivillige ydelser udgør et eller flere separate delmarkeder.
75. Det vil dog ikke være i overensstemmelse med den gældende lov, at en mægler alene indgår aftale om at udføre en eller flere af de frivillige formidlingsydelser, da en aftale om formidling af fast ejendom efter LOFE § 17 altid indebærer en pligt for ejendomsmægleren til som minimum at udføre de fem nævnte obligatoriske ydelser. Dertil kommer, at selv om man i princippet kunne forestille sig, at en forbruger valgte én mægler til at levere de obligatoriske ydelser og en anden eller flere mæglere til at varetage nogle af de øvrige ydelser, så ville dette af både økonomiske og praktiske årsager næppe være realistisk.
76. Det forhold, at nogle mæglere, som fx BoligOne mæglerne, kun markedsfører sig med tilbud om en grundpakke til en fast pris, betyder heller ikke, at kunden er afskåret fra at tilkøbe en eller flere tillægsydelser hos den pågældende mægler, og desuden er enhver autoriseret ejendomsmægler i stand til at varetage alle de ydelser, der naturligt hænger sammen med en bolighandel, og vil omgående – uden særlige omkostninger eller risici – kunne ændre sit koncept til at tilbyde forskellige pakker med netop de ydelser, som kunderne efterspørger.
77. Der kan i den forbindelse henvises til afsnittet om markedsafgrænsning i Kommissionens retningslinjer for vertikale aftaler,¹⁹ hvoraf det bl.a. fremgår:

¹⁹ Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010), punkt 89.

”Hvis leverandørerne generelt sælger et helt sortiment af produkter, kan hele sortimentet udgøre produktmarkedet, hvis kunderne betragter sortimenterne og ikke de enkelte produkter som substitutter.”

78. Der kan desuden henvises til tidligere praksis i sager om ejendomsformidling, hvor rådet har fundet, at ejendomsformidling udgør et samlet produktmarked i kraft af den særlige lovgivning og ydelsernes særlige træk.²⁰
79. For så vidt angår udbudssubstitution er lovgivningen til hinder for, at andre leverandører end godkendte ejendomsformidlere (som reaktion på små, varige ændringer i de relative priser) omgående og uden væsentlige omkostninger vil kunne omstille sig til at tilbyde erhvervsmæssig formidling af fast ejendom.
80. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at der i denne sag kan afgrænses et samlet produktmarked for erhvervsmæssig formidling af fast ejendom, som omfatter alle de ydelser, der udbydes af registrerede ejendomsmæglere og advokater registreret som ejendomsformidlere.

4.1.2 Det relevante geografiske marked

81. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.²¹
82. Ved afgrænsningen af det relevante marked kan der lægges vægt på parametre såsom nationale eller lokale præferencer, forbrugerpræferencer, kundernes købsmønstre, handelsstrømme/eksportmønstre, transportomkostninger, lovgivningsmæssige forhold mv.²²
83. Ifølge LOFE § 25a har udenlandske ejendomsformidlere mulighed for at formidle fast ejendom i Danmark, såfremt de på forhånd er registreret hertil hos Erhvervsstyrelsen. Tilsvarende gælder, at danske ejendomsformidlere også har mulighed for at blive registreret til at formidle fast ejendom i andre europæiske lande.
84. Hovedparten af forbrugerne vil dog næppe anse en udenlandsk ejendomsmægler som et reelt alternativ til en dansk ejendomsmægler, når de skal sælge en ejendom i

²⁰ Jf. fx rådsafgørelse af 08-11-2000 – Fusionen mellem Danske Bank og RealDanmark, rådsafgørelse af 26-05-2004 – Anmeldelse af samarbejdet mellem EDC, BRF og Foreningen Safe, samt rådsafgørelse af 25-01-2012 – Konkurrencebegrænsende samordning i ejendomsmæglerbranchen.

²¹ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 8.

²² Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 29 og 44-50.

Danmark. Tidligere undersøgelser²³ viser, at lokalkendskab er noget, som forbrugerne lægger vægt på ved valg af en ejendomsmægler, idet forbrugerne har præference for en ejendomsmægler, der er nemt tilgængelig, der har erfaring med prisniveau, liggetider osv. fra salg af andre boliger i lokalområdet, der har kendskab til dansk lovgivning, og som læser, skriver og taler dansk.

85. National lovgivning samt forbrugernes præferencer medfører, at det geografiske marked ikke kan anses for større end Danmark. Da lokalkendskab er vigtigt for forbrugerne, kan det derfor overvejes, om markedet bør afgrænses snævrere, dvs. til lokale eller regionale markeder.
86. I tidligere sager²⁴ har Konkurrencerådet fastslået, at markedet for ejendomsformidling måtte anses for fortrinsvist at være lokalt, netop fordi boliger typisk sættes til salg hos en mægler i lokalområdet, og fordi undersøgelser viste, at der var store forskelle i ejendomsmæglernes salærer og rabatter på landsplan, mens der var store ligheder lokalt, og at selv væsentlige forskelle i salærene ikke førte til en tilstrømning af mæglere til højavanceområder.²⁵
87. På den anden side er der en høj grad af overlap mellem lokalområder, der kan gøre det vanskeligt at foretage en afgrænsning af, hvor ét lokalområde begynder og et andet lokalområde ender uden en dybtgående analyse af markedet, og såfremt det ikke er af væsentlig betydning for sagens resultat, er der i sådanne situationer praksis for at lade spørgsmålet stå åbent.
88. Denne sag vedrører en muligt konkurrencebegrænsende vedtagelse mellem 23²⁶ små mæglervirksomheder i BoligOne kæden.
89. BoligOne har argumenteret for, at kædens mæglere ikke er i direkte konkurrence med hinanden på grund af den geografiske afstand imellem dem.
90. Imidlertid er næsten halvdelen af medlemmerne fysisk placeret i det storkøbenhavnske område, og desuden indebærer BoligOne konceptet med vedtagelsen om en ufravigelig salærtakst – ud over at begrænse medlemmernes indbyrdes konkurrence – også en begrænsning af medlemmernes mulighed for at tilpasse sig konkurrencen i forhold til andre ejendomsmæglere uanset deres geografiske placering. Dertil kommer, at der er tale om en online baseret mæglerkæde, hvor de enkelte mægleres

²³ London Economics: Kvantitativ undersøgelse af barrierer for konkurrencefremmende forbrugeradfærd (lavet for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i 2010), Konkurrencestyrelsens undersøgelse af ejendomsmæglerbranchens salærer og rabatter fra 1999 og Konkurrencestyrelsens undersøgelse af bolighandel fra 2004.

²⁴ Fx. Konkurrencerådets afgørelse af 08-11-2000 i fusionen mellem Danske Bank og Real Danmark.

²⁵ Konkurrencestyrelsens undersøgelse af ejendomsmæglerbranchens salærer og rabatter fra 1999 og Bolighandel – Ydelser fra ejendomsmæglere og advokater, 2009.

²⁶ I dag er tallet 20, da 3 mæglere efterfølgende er udtrådt af BoligOne (jf. underbilag B1 til bilag 7).

kontakt med kunderne primært foregår via internet eller telefon, hvilket gør det lokale element mindre udtalt.

91. Det er under alle omstændigheder styrelsens vurdering, at det ikke i sig selv vil have nogen betydning for sagens udfald, om det geografiske marked afgrænses nationalt eller mere snævert til en række lokalmarkeder.
92. De fleste BoligOne mæglere er således placeret inden for et relativt snævert geografisk område (jf. beskrivelsen af BoligOne kæden under afsnit 3.2), og de er dermed indbyrdes konkurrenter, uanset om markedet afgrænses lokalt eller nationalt. Det er derfor ikke nødvendigt at tage endelig stilling til, hvordan det geografiske marked skal defineres.

4.1.3 Konklusion vedr. markedsafgrænsning

93. I denne sag kan det relevante produktmarked afgrænses til markedet for erhvervs-mæssig formidling af fast ejendom. Geografisk kan dette marked ikke anses for større end det danske marked, idet spørgsmålet om en eventuelt snævrere afgrænsning til en række lokalmarkeder kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.1.4 BoligOne kædens position på det relevante marked

94. Den samlede omsætning på det danske marked for erhvervs-mæssig formidling af fast ejendom beløb sig i 2011 til ca. 4,3 mia. kr.²⁷ Ifølge det i anmeldelsen oplyste har medlemmerne af BoligOne kæden en samlet omsætning under [...] mio. kr., hvilket svarer til en andel under [...] pct. af markedet.
95. Den meget lave markedsandels betydning for sagen er behandlet under afsnit 4.3.4 om mærkbarhedskriteriet i konkurrencelovens § 6 og i afsnit 4.4 om bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7.

4.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING

96. Efter forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002,²⁸ som trådte i kraft den 1. maj 2004, skal det undersøges, om en evt. konkurrencebegrænsende aftale mærkbart kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Såfremt dette er tilfældet, er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende Traktatens konkurrenceregler.
97. Udtrykket ”påvirke handelen mellem medlemsstater” er neutralt. Det er ikke en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive på-

²⁷ Kilde: Danmarks Statistik, Statistikbanken, Generel erhvervsstatistik 2011.

²⁸ Jf. Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102).

virket, når en evt. konkurrencebegrænsende aftale fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.²⁹

98. En adfærd, som vedrører import eller eksport til andre medlemsstater eller aktiviteter i flere medlemsstater, vil som regel uden videre blive anset for at påvirke handelen mellem medlemsstater. Hvis en aftale omvendt kun vedrører det nationale marked eller en del heraf, finder EU's konkurrenceregler kun anvendelse, hvis aftalen hindrer adgangen til en betydelig andel af det nationale marked.³⁰ Aftalen skal således have markedsafskærmende virkninger.
99. Kommissionen har opstillet en formodningsregel, hvorefter en aftale i princippet ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart, hvis parterne ikke på nogen af de relevante markeder har en samlet markedsandel over 5 pct., og de deltagende virksomheder, der er omfattet af aftalen, ikke har en samlet årlig omsætning inden for EU på over 40 mio. euro, svarende til ca. 300 mio. kr. (den såkaldte NAAT-regel).³¹
100. I den konkrete sag har BoligOne kædens medlemsvirksomheder en samlet omsætning på under [...] mio. kr., hvilket svarer til en markedsandel på under [...] pct. Det vil sige at NAAT-reglens betingelser er opfyldt, og der er heller ikke andre faktorer, der antyder, at vedtagelsen mellem BoligOne mæglerne vil være i stand til at påvirke samhandelen.
101. Der kan i den forbindelse også henvises til samhandelsmeddelelsens punkt 50, hvor der bl.a. refereres til Kommissionens bagatelmeddelelse.³² I denne meddelelse er det anført, at aftaler mellem små og mellemstore virksomheder normalt ikke vil kunne påvirke handelen mellem medlemsstater, fordi sådanne virksomheder typisk opererer lokalt eller højst regionalt. BoligOne kædens medlemmer er alle små og mellemstore virksomheder, som opererer lokalt/regionalt.
102. Dertil kommer, at BoligOne kædens koncept, herunder vedtagelsen om en fælles salærtakst, ikke har nogen afskærmende virkning for udenlandske virksomheders adgang til det danske marked for formidling af fast ejendom.

²⁹ Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102) (2004/C 101/07).

³⁰ Jf. Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102) (2004/C 101/07), punkt 84 og 90.

³¹ NAAT står for "No Appreciable Affect on Trade", jf. punkt 50-52 i samhandelsmeddelelsen.

³² Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1 (nu artikel 101, stk. 1) i traktaten om oprettelse af det Europæiske Fællesskab (2001).

4.2.1 Konklusion vedr. samhandelspåvirkning

103. Det er styrelsens vurdering, at den omhandlede vedtagelse i BoligOne's kædekoncept ikke påvirker handelen mellem medlemsstaterne mærkbart. Forholdene skal derfor behandles efter konkurrencelovens §§ 6, 8 og 9 og ikke efter Traktatens konkurrenceregler.
104. Praksis omkring anvendelse af Traktatens artikel 101 vil dog blive inddraget i vurderingen af sagen.

4.3 KONKURRENCELOVENS § 6 (OG § 9)

105. BoligOne har først og fremmest anmodet om en erklæring om, at kæden ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6 – dvs. en ikke-indgrebs erklæring efter konkurrencelovens § 9.
106. En ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9 kan kun udstedes, hvis en *"aftale, vedtagelse eller samordnet praksis ikke efter de forhold, som Konkurrencerådet har kendskab til, falder ind under forbuddet i § 6, stk. 1"*.
107. Der skal derfor først tages stilling til, om BoligOnes konceptvilkår om en fælles, fast salærtakst er omfattet af konkurrencelovens § 6.
108. Konkurrencelovens § 6 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.
109. Det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6.
110. Der er som udgangspunkt 4 betingelser, der skal være opfyldt, for at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse. Der skal være tale om (i) erhvervsvirksomheder eller en sammenslutning af virksomheder, der (ii) indgår en aftale eller en vedtagelse eller udøver en samordnet praksis, som (iii) har til formål eller følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart.
111. Ved vurdering af, om disse 4 betingelser er opfyldt, skal både national praksis og fællesskabspraksis inddrages.

4.3.1 Virksomhedsbegrebet

112. Virksomhedsbegrebet i konkurrenceloven skal fortolkes bredt, jf. lovens § 2, stk. 1, hvorefter loven omfatter *"enhver form for erhvervsvirksomhed"*. Det er desuden præciseret i forarbejderne til loven, at begrebet omfatter *"enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester"*.³³

³³ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653.

113. Denne fortolkning er i overensstemmelse med EU praksis, hvor Domstolen har fastslået: *"Begrebet erhvervsvirksomhed omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde"*.³⁴
114. Konkurrenceloven omfatter i henhold til lovens § 6, stk. 3, også sammenslutninger af virksomheder, herunder kædesammenslutninger, brancheorganisationer samt andre former for organiserede samarbejdsrelationer, fx interessegrupper og udvalg mv., hvor virksomheder samles og udveksler synspunkter, og den valgte retlige form er uden betydning for, om en sammenslutning er omfattet af bestemmelsen.³⁵
115. BoligOne kædens medlemmer er alle selvstændige virksomheder inden for erhvervmæssig formidling af fast ejendom, der har organiseret sig i et horisontalt markedsførings samarbejde. BoligOne kæden udgør dermed en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand.

4.3.1.1 Delkonklusion vedr. virksomhedsbegrebet

116. BoligOne kæden er et organiseret markedsførings samarbejde mellem en række selvstændige erhvervsvirksomheder og udgør dermed en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand.

4.3.2 Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

117. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb, og det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter såvel mundtlige og skriftlige aftaler som udtrykkelige og stiltiende aftaler. Det afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde.
118. 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.³⁶
119. Forbuddet i konkurrencelovens § 6 omfatter også *vedtagelser* inden for en sammenslutning af virksomheder, jf. § 6, stk. 3. Begrebet vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder, der heller ikke behøver at være juridisk bindende for sammenslutningens medlemmer, kan efter forarbejderne til konkurrenceloven omfatte vedtægter, beslutninger og henstillinger.³⁷ I lovbemærkningerne er det endvidere præciseret, at der skal være tale om en vedtagelse, der er truffet inden for en sammenslutning af virksomheder ved dens kompetente organer.

³⁴ Jf. EF-Domstolens dom af 23. april 1991 i sag C-41/90 Höfner & Elser, præmis 21.

³⁵ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, Tillæg A, side 3658.

³⁶ Jf. eksempelvis Retten i Første Instans' dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, *Rørkartel*, præmis 199-200.

³⁷ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3658.

120. BoligOne kædens aftalegrundlag er baseret på partneraftalen, som mæglerne indgår med kædeselskabet, RealMæglerne Holding A/S, og på kædeselskabets vedtægter. Ifølge dette aftalegrundlag forpligter medlemmerne sig til at følge de anvisninger, som udstikkes af sammenslutningens kompetente organer, dvs. bestyrelsen og i sidste ende generalforsamlingen, der er kædens øverste myndighed.
121. Beslutningen om, at det faste og bindende salær er hjørnестenen i BoligOne konceptet, er vedtaget af kædens kompetente organer (bestyrelse og generalforsamling), og de enkelte mægleres accept af at overholde dette vilkår er en forudsætning for at blive optaget som medlem af BoligOne kæden.
122. Det vil sige, at hver enkelt mægler har udtrykt deres samstemmende vilje til at indrette deres adfærd i overensstemmelse med det fastlagte koncept, herunder vilkåret om den faste og bindende salærtakst.

4.3.2.1 Delkonklusion vedr. aftalebegrebet

123. Vilkaeret om den faste og bindende salærtakst udgør en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, som hver enkelt mægler har samtykket i at overholde, hvormed det er omfattet af konkurrencelovens aftalebegreb.

4.3.3 Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen

124. En aftale mv. omfattes kun af forbuddet i konkurrencelovens § 6, hvis aftalen, vedtagelsen eller den samordnede praksis direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.
125. Kriteriet for, at en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis har *til formål* at begrænse konkurrencen, er, at den ifølge selve sin natur skal være egnet til at have eller få en mærkbart negativ virkning for konkurrencen på markedet. Denne vurdering skal foretages på baggrund af flere forskellige faktorer og er i princippet uafhængig af aftaleparternes markedsstyrke og deres subjektive formål med aftalen. Disse faktorer omfatter navnlig aftalens indhold og dens objektive formål. Men det kan også være nødvendigt at se på, hvilken sammenhæng den gælder i, og parternes faktiske adfærd på markedet.³⁸
126. Særligt alvorlige konkurrencebegrænsninger betragtes uden videre at være så skadelige for konkurrencen, at de har et konkurrencebegrænsende formål. For horisontale aftalers vedkommende omfatter konkurrencebegrænsende formål bl.a. prisaftaler,

³⁸ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 22, der henviser til forenede sager 29/83 og 30/83 CRAM og Rheinzink, præmis 26, og forenede sager 96/82 mfl. ANSEAU-NAVEWA, præmis 23-25.

begrænsning af produktion, markeds- og kundedeling samt virksomheders udveksling af oplysninger om deres fremtidige adfærd vedrørende priser og mængder.³⁹

127. Hvis det kan fastslås, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det ikke nødvendigt at tage hensyn til dens konkrete virkninger.⁴⁰
128. Men hvis det ikke kan påvises, at en aftale ud fra sin natur eller ud fra den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, har et konkurrencebegrænsende formål, skal det undersøges, om den har mærkbart konkurrencebegrænsende følger. ⁴¹
129. I det følgende vurderes det, om vedtagelsen i BoligOne kæden om at fastsætte og annoncere med en fælles salærtakst, som er bindende for kædens medlemmer, har til formål og/eller til følge i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, at begrænse konkurrencen på det danske marked for erhvervsmæssig formidling af fast ejendom.
130. Det følger udtrykkeligt af konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1, at en aftale, der består i at fastsætte købs- eller salgspriser, er forbudt, og efter fast praksis anses prisaftaler for i sig selv at være egnede til at begrænse konkurrencen og dermed have et konkurrencebegrænsende formål.⁴² Tilsvarende fremgår det af Kommissionens retningslinjer for vurderingen af markedsføringsaftaler,⁴³ at aftaler, der samordner fx serviceudbyderes prispolitik, med stor sandsynlighed vil have et konkurrencebegrænsende formål:

"Aftaler, der kun omfatter fælles afsætning, har generelt til formål at samordne konkurrerende producenters eller serviceudbyderes prispolitik. Sådanne aftaler kan ikke blot udelukke priskonkurrencen med hensyn til substitutionsprodukter, men kan også begrænse parternes produktleverancer i

³⁹ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 23, samt Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 72, 73 og 74.

⁴⁰ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 20, der henviser til sag C-49/92 P, Anic Partecipazioni, præmis 99, samt Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 24, der bl.a. henviser til de forenede sager C-501/06 P mfl., GlaxoSmithKline, sag C-209/01, BIDS, præmis 16, og sag C-8/08 P, T-Mobile Netherlands.

⁴¹ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 24, og Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 27, første punktum.

⁴² Jf. bl.a. EU Domstolens dom i sag 8/72 – Vereniging van Cementhandelaren, dom fra Retten i Horsens af 04-10-2007 i sag SS 785/2007 – Danske Kroer og Hoteller, og Konkurrenceankenævnets kendelse af 07-11-2005 – Wewers Belægningssten A/S og A/S Ikast Betonvarefabrik.

⁴³ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, afsnit 6, punkt 234.

forhold til et ordrefordelingssystem. Derfor vil sådanne aftaler sandsynligvis have et konkurrencebegrænsende formål.”

131. Ifølge BoligOne kædens aftalegrundlag er det faste (i modsætning til et procentuelt) salær konceptets varemærke, og det angivne formål med et fælles fast salær er at skabe den stærkeste effekt og genkendelse af varemærket hos forbrugerne.
132. BoligOne har i anmeldelsen anført, at formålet er at: *”Prisen skal give et kraftigt signal om, at de ydelser, der normalt betragtes som værende dyre, og som er afhængig af den enkelte ejendoms værdi, med en fornuftig arbejdsindsats kan udføres til en meget lav pris (...) Konceptet er derfor meget stærkt konkurrencepræget i forhold til alle andre inden for branchen. I forhold til den eneste tilsvarende kæde [RobinHus] er der tale om en væsentligt lavere pris (...).”*
133. Herudover har BoligOne i såvel høringsvaret som det efterfølgende møde med styrelsen gjort gældende, at vilkåret om en fast og ufravigelig salærtakst har en konkurrencefremmende karakter, og at vilkåret alene har til formål at fastsætte et kendetegn for Bolig-One ydelserne i forhold til andre ejendomsmæglere.
134. Det er imidlertid ikke parternes subjektive formål med aftalen, der er afgørende for, om den har et konkurrencebegrænsende formål. Ifølge praksis betragtes horisontale prisaftaler uden videre at være så skadelige for konkurrencen, at de objektivt set har til formål at begrænse konkurrencen.⁴⁴
135. Uanset, at det måtte være parternes subjektive formål at sende et signal om, at kædens medlemmer kan levere en ydelse til en konkurrencedygtig pris, er der ikke desto mindre tale om en vedtagelse, der ikke blot ensretter virksomhedernes salærer, men som også forhindrer dem i at træffe egne kommercielle beslutninger ud fra egne omkostningsforhold og egen vurdering af, hvad markedet kan bære. Bl.a. er BoligOne mæglerne forhindret i at inkludere andre ydelser – herunder fremvisning af boligen – til den pris, de har fastsat for de fem obligatoriske ydelser. Hvis BoligOne mæglerne vil tilbyde fremvisning af boligen eller andre ydelser er de således forpligtet til at beregne sig ekstra salær for ydelsen.
136. Det er derfor styrelsens vurdering, at vedtagelsen om en fælles salærtakst, som medlemmerne er forpligtet til at følge, har som sit objektive formål at begrænse konkurrencen.
137. I anmeldelsen er den fælles salærtakst – i modsætning til det, der fremgår af selve konceptet, og i modsætning til, hvad der fremgår af BoligOne portalen – angivet som *maksimumpris*, og altså ikke som en bindende takst: *”Den enkelte mægler føler sig, for at kunne opfylde konceptet, forpligtet til en maksimumpris på kr. 29.500”*. Desuden har BoligOne efterfølgende tilkendegivet følgende: *”Hvis vi kan gennemføre en godkendelse af konceptet ved at ændre fast pris til en max. pris, er vi indstillet på det.*

⁴⁴ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 21.

Det medfører, at BoligOne-mæglerne i det interne forhold, og når konkurrencesituationen gør det ønskeligt, har mulighed for at nedsætte prisen.”

138. Det, at prisen fastsættes og annonceres som en maksimumpris (eller for den sags skyld som en vejledende pris), ændrer imidlertid ikke i sig selv ved vurderingen af, at en horisontal aftale om fastsættelse og annoncering med en fælles takst har til formål at begrænse konkurrencen.
139. Ganske vist vil kædens fastsættelse af taksten som en vejledende takst eller en maksimumtakst betyde, at kædedeltagerne er frit stillet med hensyn til at fravige taksten. Men når det – som i dette tilfælde – drejer sig om en horisontal prisaf tale, gælder forbuddet i konkurrencelovens § 6 under alle omstændigheder enhver form for prissamordning, herunder også fastsættelse af fælles vejledende eller maksimale takster.⁴⁵
140. Det skyldes, at priser, der fastsættes i fællesskab af konkurrerende virksomheder har en tendens til at blive lagt på det højest mulige niveau, så også den mindst effektive i fællesskabet kan overleve, og i relation til denne sag ikke mindst, at sådanne priser – uanset deres vejledende karakter – har en tendens til at blive lige så normerende for prisdannelsen som bindende priser.⁴⁶
141. Det er i den forbindelse også af betydning, at BoligOne er en servicekæde – og ikke en detailkæde. Selv om det forudsættes, at den bindende takst, som foreslået af BoligOne, ændres til en maksimumtakst, vil det give anledning til væsentligt større betænkeligheder, end tilfældet er, når en detailkæde fastsætter maksimumpriser til brug for fælles tilbudskampagner.
142. Det skyldes bl.a., a) at der er en væsentlig forskel på varer og ydelser, idet varerne er identiske, uanset hvilken forretning der sælger dem, mens kvaliteten i serviceydelser kan variere meget fra virksomhed til virksomhed, og b) at der på ydelsesområdet er større risiko for neutralisering af priskonkurrencen, da der inden for de enkelte erhverv udbydes relativt få ydelser i modsætning til fx detailhandelens sortimenter på ofte mange tusind varer.⁴⁷ Det bemærkes i den forbindelse, at selv om BoligOne konceptet er koncentreret om fem afgrænsede og veldefinerede ydelser, kan der alligevel være forskel på kvalitet og effektivitet i mæglernes udførelse af ydelserne.
143. Dertil kommer, at det er tvivlsomt, om det forhold, at salærtaksten eventuelt fremover fastsættes og angives som ”vejledende” eller ”maksimal” reelt vil føre til noget andet resultat end en aftale som den, der i øjeblikket er indgået mellem BoligOne mæglerne, hvor salærtaksten fremstår som bindende for kædens medlemmer.

⁴⁵ Jf. bl.a. Kommissionsbeslutning af 16-09-1998 – Trans-Atlantic Conference Agreement og EU Domstolens dom i sag 8/72 – Vereniging van Cementhandelaren.

⁴⁶ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3659.

⁴⁷ Der kan i den forbindelse henvises til analysen af de frivillige kæders konkurrenceforhold, jf. ”Rapport om frivillige kæder”, godkendt af Konkurrencerådet den 25-05-2005.

144. I tilfælde, hvor en virksomhedssammenslutnings aftale om faste priser ændres til en aftale om fælles annoncering med en vejledende pris, er der således en indbygget risiko for, at den tidligere faste og bindende takst blot erstattes af en aftale eller indbyrdes forståelse mellem virksomhederne om at følge den vejledende takst.
145. Der kan i den forbindelse henvises til EU Domstolens udtalelse i Cementhandelarsagen: *Såfremt en ordning med bindende salgspriser klart strider mod nævnte bestemmelse [artikel 101, stk. 1], er dette lige så meget tilfældet med en ordning med "vejledende priser". Det kan nemlig ikke antages, at de bestemmelser i aftalen, som angår fastsættelse af "vejledende priser", er uden enhver betydning. Fastsættelsen af en pris påvirker nemlig, selv om den blot er vejledende, den frie konkurrence ved at gøre det muligt for samtlige deltagere med en rimelig grad af sikkerhed at forudsige, hvilken prispolitik deres konkurrenter vil følge".⁴⁸*

4.3.3.1 Delkonklusion vedr. konkurrencebegrænsningskriteriet

146. Det er styrelsens vurdering, at BoligOne kædens vedtagelse om en fælles og bindende salærtakst har til formål at begrænse konkurrencen, og at dette også er tilfældet, uanset om kæden ændrer konceptet, så den fælles fastsatte takst annonceres som en vejledende eller en maksimal takst.

4.3.4 Mærkbar konkurrencebegrænsning

147. Det er endvidere en betingelse for anvendelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Det vil sige, at en konkurrencebegrænsende aftale, vedtagelse eller samordnet praksis skal være egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang.
148. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar, beror dels på en kvantitativ og dels på en kvalitativ vurdering.
149. Det kvantitative mærkbarhedskrav afhænger af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele og følger af konkurrencelovens § 7, jf. gennemgangen nedenfor under afsnit 4.4.
150. Det kvalitative mærkbarhedskrav følger af såvel dansk praksis som EU-praksis og betyder, at en aftale skal være egnet til at have en vis påvirkning af konkurrencen på det pågældende marked.
151. Den kvalitative mærkbarhed vil især afhænge af konkurrencebegrænsningens art, herunder om samarbejdet efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen. En alvorlig konkurrencebegrænsning vil være mere egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart end en mindre grov overtrædelse.

⁴⁸ Dommens præmis 19-21.

152. Hvis en aftale ikke i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, skal der være en rimelig grad af sandsynlighed for, at den har tilsvarende negative virkninger for konkurrenceparametrene på markedet, og i modsætning til aftaler, der har konkurrencebegrænsning som formål, spiller det i den sammenhæng en rolle, om aftaleparterne i kraft af deres markedsstyrke kan anvende aftalen til at påvirke konkurrencen i negativ retning.
153. Men når det som i denne sag drejer sig om en horisontal aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, ses kravet om kvalitativ mærkbarhed reelt ikke at være eksisterende.
154. Der kan i den forbindelse henvises til EU Domstolens dom samt generaladvokatens forslag til afgørelse i Expedia-sagen.⁴⁹
155. I dommens præmis 37 udtaler EU Domstolen, *”at en aftale, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen”* [styrelsens understregning].
156. Dommen er en afgørelse af et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt en national konkurrencemyndighed kunne gribe ind over for aftaler, der havde til formål at begrænse konkurrencen, hvis parternes markedsandele lå under tærskelværdierne i Kommissionens bagatelmeddelelse.⁵⁰
157. I forslaget til afgørelse udtaler generaladvokaten under afsnittet om *Den manglende betydning af tærskler for bagatelmarkedsandele ved bedømmelsen af aftaler mellem virksomheder med konkurrencebegrænsende formål*:
158. *”(...) Aftaler med konkurrencebegrænsende formål betragtes generelt som skadelige for samfundet. De kan kun vanskeligt anses for mindre forseelser. Det må tværtimod lægges til grund, at virksomheder, der indgår en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, altid dermed tilsigter en mærkbar begrænsning af konkurrencen, uanset hvor store hver enkelt parts markedsandele og omsætning måtte være. (...) Det giver ikke kun i juridisk forstand, men også konkurrencepolitisk god mening at undlade at anvende tærsklerne for bagatelmarkedsandele på aftaler med konkurrencebegrænsende formål (...) Ellers ville virksomheder, hvis markedsandele ligger under bagatelmeddelelsens tærskler, ligefrem blive opfordret til at afstå fra effektiv konkurrence med hinanden og slutte sig sammen i karteller i strid med det indre markeds grundlæggende principper (...).”*⁵¹

⁴⁹ EU Domstolens dom af 13-12-2012 i sag C 226/11 – Expedia, og forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott fremsat den 6. september 2012.

⁵⁰ På baggrund af Expedia dommen har Kommissionen iværksat en revision af bagatelmeddelelsen med henblik på at tydeliggøre, at til-formåls-begrænsninger ikke kan anses for de minimis, og at en til-formåls-begrænsning altid vil blive anset for at udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning.

⁵¹ Forslagets præmis 50 og 52.

159. Det skal dog understreges, at horisontale prisaftaler allerede i dag falder uden for Kommissionens bagatelmeddelelse, der udtrykkeligt undtager visse aftalevilkår, der har til formål at begrænse konkurrencen, fra de tilfælde, hvor Kommissionen finder, at der ikke er tale om mærkbar konkurrencebegrænsning på grund af parternes lave markedsandel.⁵²

160. Ifølge Kommissionens bagatelmeddelelse gælder bagatelreglerne således ikke for horisontalt fastsatte begrænsninger,

”der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål:

a) at fastsætte priser for salg af produkter⁵³ til tredjemand

(...)”

161. Også dansk praksis støtter, at der ved horisontalt fastsatte ”til formåls begrænsninger” ikke stilles krav om mærkbarhed, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse i sagen om Møns Bank mfl.⁵⁴

”Uanset Lokalbankernes position i det sydsjællandske område er det imidlertid åbenbart, at deres samarbejde ikke på nogen måde kan få en betydning for konkurrencen, som giver grundlag for at anse samarbejdet for et kartel i klassisk forstand.

Der er heller ikke grundlag for at anse aftalerne om filialetablering i samarbejdsparternes hovedsædebyer og om kundeopsøgning for egentlige markeds-delingsaftaler – dertil spiller de landsdækkende banker og andre lokalbanker en alt for stor rolle på markedet, også selv om det anskues med hensyntagen til samarbejdets særlige position i det sydsjællandske.

Der er ikke i den påklagede afgørelse fornødent faktisk belæg for at antage, at samarbejdet mellem Lokalbankerne har haft konkurrencebegrænsende virkninger. Der er ikke i det fremkomne materiale og de på grundlag heraf af Konkurrencestyrelsen foretagne analyser og beregninger fornødent grundlag for at antage, at samarbejdet har medført højere priser og ineffektivitet i form af højere omkostninger.

Efter en samlet bedømmelse af samarbejdets karakter – en aftale om ikke at etablere sig i hinandens hovedsædebyer i forbindelse med en aftale om ikke aktivt at gå efter hinandens kunder i kombination med udveksling af informationer af relevans for den enkelte lokalbanks optræden på markedet –

⁵² Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1 (nu artikel 101, stk. 1), pkt. 11 sammenholdt med pkt. 7-9.

⁵³ Med ”produkter” menes såvel varer som tjenesteydelser.

⁵⁴ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007, Møns Bank m.fl.

kan Ankenævnet tiltræde, at samarbejdet, selv om det ikke er i nærheden af et klassisk kartel eller en egentlig markedsdeling, må anses at have konkurrencebegrænsning som formål, og at kravet om mærkbarhed ud fra de bag forbudet i § 6, stk. 1, liggende hensyn må anses for opfyldt. Lovens forbud må forstås således, at der efter karakteren af det foreliggende samarbejde ikke, hvad mærkbarhed angår, skal andet og mere til end det foreliggende markeds særlige kendetegn og samarbejdets særlige stilling på en del af markedet for at anse samarbejdet for en ulovlig konkurrencebegrænsning.” [Styrelsens understregning].

162. Også ifølge domstolspraksis er det anerkendt, at det er karakteren af overtrædelsen, der er afgørende for, om en given konkurrencebegrænsning er kvalitativt mærkbar.
163. Der kan i den forbindelse henvises til dom fra Retten i Horsens i sagen mod foreningen Danske Kroer & Hoteller,⁵⁵ som omhandlede et forbud i foreningens vedtægter mod, at medlemmerne annoncerede med priser, der lå under foreningens mindstepriser. Forsvarerne havde i denne sag gjort gældende, at vedtægterne faldt uden for forbuddet i konkurrencelovens § 6, særligt fordi medlemmernes geografiske spredning efter forsvarernes opfattelse bevirkede, at det kun var få af de 89 medlemmer, der kunne anses for at være konkurrenter. Retten fandt imidlertid, "... at vedtagelsen på grund af den potentielle konkurrencebegrænsende effekt må ligestilles med en egentlig horisontal prisvedtagelse ...", og at: "... Det af forsvarerne anførte om afgrænsning af det relevante marked og mærkbarhed kan efter vedtagelsens karakter ikke tillægges betydning for sagens afgørelse".
164. I sagen om Møns Bank mfl. havde parterne en markedsandel på ca. [...] pct., og i sagen om fælles priser for medlemmerne af Danske Kroer & Hoteller havde parterne en markedsandel på ca. [...] pct. Ganske vist ligger BoligOne mæglerens markedsandel endnu lavere, nemlig ca. [...] pct., men der er tale om et aftalevilkår, der består i at "fastsætte priser for salg af produkter til tredjemand", dvs. et aftalevilkår, der har til formål at begrænse konkurrencen.
165. Som det fremgår af den nævnte praksis fra både EU domstolen, Konkurrenceankenævnet og Retten i Horsens er det konkurrencebegrænsningens art og egnethed – og ikke parternes markedsstyrke – der er afgørende for, om kravet om mærkbarhed i konkurrencelovens § 6 er opfyldt.
166. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at BoligOne's vedtagelse om at fastsætte og annoncere med en fælles, fast salærtakst, udgør en aftale, som har et konkurrencebegrænsende formål, og som efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen.

⁵⁵ Dom af 4. oktober 2007, SS 785/2007.

4.3.4.1 Delkonklusion vedr. mærkbarhedskriteriet

167. Det er styrelsens vurdering, at vedtagelsen om en fælles, fast salærtakst har til formål at begrænse konkurrencen, og da der er tale om en horisontal prisaf tale, er dette i sig selv tilstrækkeligt til at opfylde kravet om mærkbarhed.

4.3.5 Konklusion vedr. § 6 (og § 9)

168. Det er styrelsens vurdering,
- at BoligOne kæden, der er et markedsføringssamarbejde mellem en række selvstændige erhvervsvirksomheder, udgør en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand,
 - at vilkåret om den faste og bindende salærtakst udgør en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, hvormed det er omfattet af konkurrencelovens aftalebegreb,
 - at vedtagelsen om en fast og bindende salærtakst har til formål at begrænse konkurrencen,
 - at konkurrencebegrænsningen efter sin art og egnethed udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning, og
 - at der på den baggrund ikke kan udstedes en erklæring om ikke-indgreb efter konkurrencelovens § 9.

4.4 KONKURRENCELOVENS § 7

169. Det følger af konkurrencelovens § 7, stk. 1, at visse konkurrencebegrænsende aftaler er undtaget fra forbuddet i § 6, hvis de deltagende virksomheder har

- 1) *en samlet omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct. eller*
- 2) *en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr.*

170. Imidlertid gælder bagatelreglen ikke for aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der angår priser, afsætningskontrol eller kundedeling. Dette fremgår af undtagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 1) – 3):

” Stk. 2. Undtagelserne i stk. 1 gælder ikke tilfælde, hvor virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder aftaler, samordner eller vedtager

- 1) *priser, avancer m.v. for salg eller videresalg af varer eller tjenesteydelser,*
- 2) *begrænsninger af produktion eller salg,*
- 3) *opdeling af markeder eller kunder, eller*

...”

171. Det betyder, at for denne type konkurrencebegrænsende aftaler mv. gælder forbuddet i konkurrencelovens § 6 uanset parternes omsætning og markedsandel.

4.4.1 Konklusion vedr. § 7

172. Det er styrelsens vurdering, at BoligOne kædens vedtagelse om en fælles, fast salærtakst ikke er omfattet af bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7, stk. 1, på grund af undtagelsesbestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 1).

4.5 KONKURRENCELOVENS § 8, STK. 1

173. En aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, som omfattes af forbuddet i konkurrencelovens § 6, kan fritages, hvis den opfylder de fire betingelser, der er angivet i konkurrencelovens § 8, stk. 1.

174. De fire – kumulative – betingelser er, at den pågældende aftale, vedtagelse eller samordnede praksis:

- 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.*

175. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne i § 8, stk. 1, er opfyldt.⁵⁶

176. Ifølge anmeldelsen fra BoligOne kæden er anmodningen om en individuel fritagelse begrundet i,

- *at de mæglerydelser, der etableres gennem BoligOne, ikke kan udføres billigere af nogen anden mæglerkæde eller enkeltmægler,*
- *at konceptet [er] direkte henvendt til forbrugere med adgang til internet, hvilket sandsynligvis udgør cirka 80 % af samtlige forbrugere,*
- *at virksomheden ikke er pålagt nogen begrænsning af deres udøvelse i henseende til markedsføring af deres egen virksomhed, og*

⁵⁶ Jf. bemærkningerne til L 63, forslag til lov om ændring af konkurrenceloven, FT 2004/2005, 1. samling, tillæg A 1638, og artikel 2, andet punktum, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102).

- at man [ikke]⁵⁷ udelukker konkurrence fra andre gennem den særdeles lave honorering. Det står alle frit for, herunder også den enkelte RealMægler, at konkurrere på økonomiske vilkår, der svarer til eller er billigere end BoligOnes vilkår.

4.5.1 Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1) og 2)

177. BoligOne's argument om, at kædens mæglerydelser ikke kan udføres billigere af andre mæglere, og at konceptet er rettet mod forbrugere med adgang til internettet, er efter styrelsens opfattelse ikke i sig selv tilstrækkeligt til at påvise, at konceptet fører til effektivitetsgevinster, der kommer forbrugerne til gode.
178. Ved vurderingen af, om et givet samarbejde har effektivitetsgevinster, sondres der mellem omkostningsbesparelser og effektivitetsgevinster af kvalitativ, værdiskabende art (fx nye eller forbedrede produkter eller større variation i produktudbuddet),⁵⁸ og ifølge Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler, "*må effektivitetsgevinsterne ikke være besparelser, der kun skyldes afskaffelse af konkurrence-relaterede omkostninger, men skal skyldes integration af økonomiske aktiviteter*".⁵⁹
179. Som eksempler på effektivitetsgevinster, der sandsynligvis kommer forbrugerne til gode i forbindelse med markedsføringsaftaler nævner Kommissionen
- markedsføringsaftaler, der gør parterne "*i stand til at tilbyde en ny kundekategori bedre service i større omfang (hvilket de ikke ville have kunnet hver for sig)*", og
 - markedsføringsaftaler, der indebærer "*større valgmuligheder, bedre service og reduktion af søgeomkostninger, hvilket gavner forbrugerne og sandsynligvis vil opveje aftalens konkurrencebegrænsende virkninger*".⁶⁰
180. BoligOne kæden er baseret på et lavpriskoncept, hvor en fælles lav og eksplicit pris skal fungere som markedsføringstiltag til at tiltrække potentielle kunder. Den fælles lave pris skal således øge branding-værdien af kæden, så den kan konkurrere mere effektivt med andre veletablerede kæder, som allerede har skabt sig en solid position i forbrugernes bevidsthed og på markedet.
181. BoligOne har imidlertid ikke fremlagt dokumentation for eller på anden vis godtgjort, at konceptet indebærer integration af økonomiske aktiviteter eller værdiskabende forbedringer som nævnt i Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler.⁶¹

⁵⁷ Ordet "ikke" er indsat af styrelsen, der går ud fra, at ordet ved en fejl er faldet ud.

⁵⁸ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 59.

⁵⁹ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i TEUF på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 247.

⁶⁰ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i TEUF på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 253 og 254.

⁶¹ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3), punkt 59 og 247.

182. Dertil kommer, at eventuelle effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne til gode, modarbejdes af, at virksomhederne er udelukket fra at tilpasse deres priser og ydelser til egne omkostningsforhold, jf. fx kædens præsentation af konceptet til nye medlemmer: *"Hvis en BoligOne mægler selv viser sine emner frem, falder de økonomiske forudsætninger for konceptet sammen, og selvom det for nogen ville kunne løbe rundt, kan det skabe en generel forventning om, at fremvisning er inkluderet i prisen – hvilket vil ødelægge forretningsgrundlaget for både røde og blå kolleger"*.

183. Ved vurderingen af om horisontale aftaler indebærer effektivitetsgevinster skal der desuden lægges vægt på, om samarbejdet omfatter en kombination af komplementære kompetencer, jf. Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler:

*"Når horisontale samarbejdsaftaler ikke omfatter en kombination af komplementære kompetencer eller aktiver, er det mindre sandsynligt, at de vil medføre effektivitetsgevinster, som gavner forbrugerne. Sådanne aftaler kan betyde, at visse omkostninger ikke skal afholdes af begge parter, f.eks. fordi en række faste omkostninger kan elimineres. Det er dog normalt mindre sandsynligt, at besparelser med hensyn til faste omkostninger vil gavne forbrugerne, end det er tilfældet med f.eks. besparelser med hensyn til variable omkostninger eller marginalomkostninger."*⁶²

184. I den konkrete sag kan kædesamarbejdet mellem en række selvstændige ejendomsmæglere ikke antages at omfatte en kombination af komplementære kompetencer eller aktiver, og styrelsen finder ikke, at der er tilstrækkelig dokumentation for, at konceptet faktisk skaber effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne til gode.

4.5.1.1 Delkonklusion vedr. § 8, stk. 1, nr. 1) og 2)

185. Det er styrelsens vurdering, at BoligOne ikke har godgjort, at konceptet, der især er baseret på en fælles, fast salærtakst for de fem (og kun de fem) obligatoriske ydelser, indebærer en sådan integration af økonomiske aktiviteter, at der derigennem skabes effektivitetsgevinster, der kommer forbrugerne til gode. Betingelserne for en individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1) og 2) kan dermed ikke anses for opfyldt.

4.5.2 Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3)

186. Den manglende opfyldelse af betingelserne i § 8, stk. 1, nr. 1) og 2) betyder i sig selv, at betingelsen i § 8, stk. 1, nr. 3), heller ikke er opfyldt, idet der ikke er påvist effektivitetsgevinster, som kan berettigge eventuelt nødvendige begrænsninger.

⁶² Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i TEUF på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 52.

187. For god ordens skyld har styrelsen dog alligevel foretaget en selvstændig vurdering af, om betingelsen ville være opfyldt, såfremt der havde kunnet påvises effektivitetsgevinster.
188. BoligOne har anført, at kædekonceptet ikke pålægger virksomhederne begrænsninger som er unødvendige for at opnå de omhandlede effektivitetsgevinster, fordi *"virksomheden ikke er pålagt nogen begrænsning af deres udøvelse i henseende til markedsføring af deres egen virksomhed"*.
189. Styrelsen skal hertil bemærke, at BoligOne mæglerne netop er pålagt en begrænsning i henseende til markedsføring af deres virksomhed, idet konceptet indeholder et vilkår om, at mæglerne er forpligtet til at følge den i fællesskab fastsatte og annoncerede salærtakst og heller ikke selv må vurdere, om de for samme pris vil inkludere fremvisning af boligen eller andre ydelser, jf. fx præsentation af BoligOne konceptet til nye medlemmer: *"Da både fast salær og selve beløbet er så vigtige kendetegn for konceptet, skal dette overholdes i medlemsforretningernes prisstruktur og alene fremgå i evt. markedsføring."*
190. Ifølge Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler, vil aftaler om prisfastsættelse i forbindelse med et markedsførings samarbejde kun kunne anses som nødvendige, hvis prisfastsættelsen er *"nødvendig for integreringen af andre marketingfunktioner, og denne integrering vil skabe betydelige effektivitetsgevinster"*.⁶³
191. Det vil fx sige, om prisfastsættelse kan anses for nødvendigt for at fremme salget af de omhandlede ydelser under det fælles mærke og dermed sikre konceptets succes og de deraf følgende effektivitetsgevinster.
192. Som eksempler på helt ekstraordinære omstændigheder, hvor prisfastsættelse kan anses for nødvendig for at opnå effektivitetsgevinster, der kommer forbrugerne til gode, nævner Kommissionen tre eksempler på horisontale markedsføringsaftaler: 1) når et horisontalt markedsførings samarbejde er nødvendigt for at kunne trænge ind på et marked, 2) når et horisontalt markedsførings samarbejde er nødvendigt for at kunne tilbyde en ny kundekategori en mere omfattende service under et enkelt varemærke, og 3) under særlige omstændigheder, når der er tale om et horisontalt markedsførings samarbejde, der består i salg fra fælles webportaler, hvor kunderne fx ikke ved, hos hvem de køber produktet.⁶⁴ BoligOne konceptet falder ikke ind under nogen af de nævnte eksempler.
193. På den ene side kan der ganske vist argumenteres for, at BoligOne's koncept, der er baseret på at tiltrække kunderne gennem et tilbud om de 5 obligatoriske mægler ydelser til et fast lavt beløb, er et koncept, hvor forbrugerne ved henvendelse på

⁶³ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i TEUF på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 246.

⁶⁴ Jf. Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i TEUF på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 252-254.

BoligOne portalen måske har en forventning om at kunne orientere sig om prisniveauet som sammenligningsgrundlag i deres valg af mægler.

194. Dette kunne tale for, at konceptets succes og de eventuelle effektivitetsgevinster derved er afhængigt af, at kæden i det mindste kan reklamere med en takst, som kunderne kan regne med som den maksimale takst, der skal betales for ydelsen, og at fastsættelse og annoncering med en fælles (maksimum)takst derfor er nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne ved konceptet.
195. Imidlertid er der her tale om en bindende salærtakst, og som nævnt under afsnit 4.5.1 har der ikke kunnet påvises effektivitetsgevinster, og BoligOne har heller ikke kunnet fremlægge nogen dokumentation for, at fastsættelse og annoncering med en fælles, ufravigelig pris er nødvendig for, at forbrugerne overhovedet finder BoligOne attraktiv, og for at BoligOne kan overleve på markedet.
196. Der kan desuden henvises til Konkurrencestyrelsens undersøgelse af bolighandel fra 2009,⁶⁵ der viste, at også andre mæglere (ca. 23 pct. af branchen), herunder mæglere inden for de store kæder, er begyndt at tilbyde en tilsvarende "pakke" (de 5 obligatoriske ydelser) til et fast (i modsætning til procentuelt) salær. I så henseende er det eneste, der adskiller BoligOne mæglerne fra medlemmerne af andre mæglerkæder, at de ikke har et fysisk forretningssted. Dette er ikke i sig selv et argument for, at fastsættelse og annoncering med fælles priser er nødvendigt, og BoligOne har heller ikke på anden vis godtgjort, at vilkåret om en fælles salærtakst er nødvendigt.
197. Endelig er det værd at være opmærksom på, at BoligOne forsat vil kunne markedsføre sig på, at deres ydelser er baseret på et fast lavt salær, der er uafhængigt af boligens værdi, og potentielle kunder vil kunne henvende sig til den relevante mægler for at få oplyst beløbets størrelse. Dette svarer desuden til, hvad forbrugerne gør, når de går ind på de mere traditionelle mæglerkæders hjemmesider.

4.5.2.1 Delkonklusion vedr. § 8, stk. 1, nr. 3)

198. Det er styrelsens vurdering, at BoligOne ikke har godtgjort, at nødvendighedskriteriet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3) er opfyldt, og at der i øvrigt er flere væsentlige argumenter, der taler imod, at fastsættelse og annoncering med en fælles salærtakst er nødvendig for BoligOne konceptets succes og de eventuelle effektivitetsgevinster derved.

4.5.3 Konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 4)

199. BoligOne har som argument for, at denne betingelse er opfyldt, anført at det står andre mæglere frit at konkurrere på økonomiske vilkår, der svarer til eller er billigere end BoligOne's vilkår.

⁶⁵ Bolighandel – Ydelser fra ejendomsmæglere og advokater, Konkurrencestyrelsen 2009.

200. Da det som nævnt er en forudsætning for at opnå individuel fritagelse, at samtlige fire betingelser i § 8, stk. 1, er opfyldt, og da BoligOne ikke har godtgjort, at betingelserne i § 8, stk. 1, nr. 1) – 3) er opfyldt, har styrelsen ikke fundet grundlag for at foretage en nærmere undersøgelse af, om BoligOne kædens koncept giver BoligOne mæglerne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende ydelser, som forudsat i betingelsen i § 8, stk. 1, nr. 4).

4.5.3.1 Delkonklusion vedr. § 8, stk. 1, nr. 4)

201. Det er styrelsens vurdering, at spørgsmålet om opfyldelse af betingelsen for en individuel fritagelse § 8, stk. 1, nr. 4), kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.5.4 Konklusion vedr. konkurrencelovens § 8, stk. 1

202. BoligOne's anmodning om en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, kan ikke imødekommes, idet parterne ikke har godtgjort, at konceptet skaber effektivitetsgevinster, der kommer forbrugerne til gode (§ 8, stk. 1, nr. 1) og 2)), eller at fastsættelse og annoncering med en fælles, fast salærtakst er nødvendig for at sikre konceptets succes og eventuelle effektivitetsgevinster derved (§ 8, stk. 1, nr. 3)). Da i hvert fald tre ud af de fire betingelser i § 8, stk. 1, ikke er opfyldt kan der ikke gives en individuel fritagelse til BoligOne kædens koncept.

4.6 SAMLET KONKLUSION

203. Det er styrelsens samlede konklusion,
- at det relevante produktmarked kan afgrænses til markedet for erhvervmæssig formidling af fast ejendom;
 - at det relevante geografiske marked kan afgrænses nationalt, idet spørgsmålet om en eventuel snævrere afgrænsning kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald;
 - at BoligOne kæden er et markedsførings samarbejde mellem en række selvstændige virksomheder og dermed udgør en sammenslutning af virksomheder i konkurrencelovens forstand;
 - at vilkåret om den faste og bindende salærtakst udgør en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, hvormed det er omfattet af konkurrencelovens aftalebegreb;
 - at vedtagelsen om en fast og bindende salærtakst har til formål at begrænse konkurrencen;
 - at konkurrencebegrænsningen efter sin art og egnethed udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning;
 - at vedtagelsen om en fast og bindende salærtakst er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, og at BoligOne's anmodning om en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9 derfor ikke kan imødekommes;
 - at vedtagelsen om en fast og bindende salærtakst ikke er omfattet af bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7, stk. 1, på grund af undtagelsesbestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 1);

- at BoligOne's anmodning om en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke kan imødekommes, da parterne ikke har godtgjort, at samtlige fire betingelser i § 8, stk. 1, er opfyldt.

5. AFGØRELSE

204. Det meddeles BoligOne, at kædens vedtagelse om fastsættelse og annoncering med en fælles, fast salærtakst, som er bindende for kædens medlemmer, udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og at BoligOne's anmodning om en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9 derfor ikke kan imødekommes.
205. Herudover meddeles det BoligOne, at kædens subsidiære anmodning om en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke kan imødekommes, da det ikke er godtgjort, at betingelserne i § 8, stk. 1, nr. 1) – 4), er opfyldt.
206. Konkurrencerådet påbyder i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, BoligOne straks at ophøre med at anvende en fælles salærtakst samt senest 14 dage efter datoen for Konkurrencerådets afgørelse at fjerne ethvert vilkår fra kædens koncept, der forpligter medlemmerne til at følge det faste salær, og at fjerne den fælles annoncerede salærtakst fra kædens hjemmeside.
207. Desuden påbyder Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, BoligOne at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge som overtrædelsen beskrevet i pkt. 204, herunder aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis om fastsættelse af fælles vejledende eller maksimale salærtakster.
208. Endelig påbyder Konkurrencerådet i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, BoligOne senest 14 dage efter datoen for Konkurrencerådets afgørelse at orientere samtlige medlemmer om Konkurrencerådets afgørelse, herunder
- at den omhandlede vedtagelse om en fælles, fast salærtakst udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og dermed er ugyldig, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5, og
 - at medlemmerne frit kan fastsætte deres salær, også for de fem obligatoriske basisydelse, der er kædens varemærke.
 - Dokumentation for at medlemmerne har modtaget orientering om Konkurrencerådets afgørelse skal fremsendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest 3 uger efter datoen for Konkurrencerådets afgørelse.