

Punkt 2
Rådsmødet den 25. maj 2011

D. 25.05.2011
4/0120-0204-
0219/HEF/CARF

**MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på
afsætning af distribution af adresseløse forsendelser**

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

1. Resumé.....	4
2. Indstilling	7
3. Sagsfremstilling.....	9
3.1. Indledning.....	9
3.2. Virksomhederne	13
3.2.1 MCD.....	13
3.2.2. Mediabroker	14
3.2.3. Carat	15
3.2.4. IUM.....	16
3.2.5. OMD.....	16
3.3. Markedsbeskrivelse.....	17
3.3.1. Konsolidators rolle	18
3.3.1.1. MCDs indhentning af tilbud hos Post Danmark	18
3.3.1.2. I kontraktens løbetid.....	19
3.4 Beskrivelse af og dokumentation for centrale forhold i sagen.....	20
3.4.1 Bestemmelser om "kundejerskab" og "rettigheder over kundedatabase" 20	
3.4.1.1. MCD og Mediabroker	21
3.4.1.2. MCD og Carat.....	23
3.4.1.3. MCD og IUM	25
3.4.1.4. MCD og OMD.....	26
3.4.2 Informationsudveksling.....	28
3.4.2.1 MCD og Mediabroker	28
3.4.2.2 MCD og Carat.....	29
3.4.2.3. MCD og IUM	30
3.4.2.4. MCD og OMD	31
3.5. Styrelsens spørgeskemaundersøgelse.....	31
3.6. Parternes hørings svar	32
3.6.1. Hørings svar vedrørende aftaleforholdet.....	33
3.6.1.1. Carats hørings svar vedrørende aftaleforholdet.....	33
3.6.1.2. IUMs hørings svar vedrørende aftaleforholdet.....	34
3.6.1.3. OMDs hørings svar vedrørende aftaleforholdet	34

**ØKONOMI- OG
ERHVERVS MINISTERIET**

3.6.2. Vurderingen af bestemmelserne om "kundeejerskab" og "rettigheder over kundedatabase" burde vurderes i lyset af indkøbssamarbejdet.....	37
3.6.2.1. <i>Mediabrokers hørings svar vedrørende behov for vurdering af indkøbssamarbejdet</i>	37
3.6.2.2. <i>IUMs hørings svar vedrørende behov for vurdering af indkøbssamarbejdet</i>	38
3.6.2.3. <i>OMDs hørings svar vedrørende behov for vurdering af indkøbssamarbejdet</i>	38
3.6.3. Vurderingen af mærkbarhed.....	39
3.6.3.1. <i>Mediabrokers hørings svar vedrørende mærkbarhed</i>	39
3.6.3.2. <i>IUMs hørings svar vedrørende mærkbarhed</i>	40
3.6.3.3. <i>OMDs hørings svar vedrørende mærkbarhed</i>	40
3.6.4. Vurderingen af fritagelsesbestemmelserne	41
3.6.4.1. <i>IUMs hørings svar vedrørende fritagelsesbestemmelserne</i>	41
3.6.4.2. <i>OMDs hørings svar vedrørende fritagelsesbestemmelserne</i>	41
3.6.5. Påbuddet	41
3.6.5.1. <i>MCDs hørings svar vedrørende påbuddet</i>	41
3.6.5.2. <i>Mediabrokers hørings svar vedrørende påbuddet</i>	42
3.6.5.3. <i>Carats hørings svar vedrørende påbuddet</i>	45
3.6.5.4. <i>IUMs hørings svar vedrørende påbuddet</i>	45
3.6.6. Vurderingen af det relevante marked	45
3.6.6.1. <i>OMDs hørings svar vedrørende det relevante marked</i>	45
3.6.6.2. <i>FK Distributions hørings svar vedrørende det relevante marked</i>	50
3.6.7. Vedr. den vertikale gruppefritagelsesforordnings anvendelighed.....	51
3.6.7.1. <i>OMDs hørings svar vedrørende den vertikale gruppefritagelsesforordnings anvendelighed</i>	52
3.6.8. Vurderingen af informationsudvekslingen.....	53
3.6.8.1. <i>OMDs hørings svar vedrørende informationsudvekslingen</i>	53
4. Vurdering	54
4.1. Markedsafgrænsning	54
4.1.1. Det relevante produktmarked	55
4.1.1.1. Særligt vedrørende OMD's indvendinger mod afgrænsningen af det relevante produktmarked	57
4.1.2. Det relevante geografiske marked	60
4.1.3. Parternes afsætning af distribution af adresseløse forsendelser	61
4.1.4. Konklusion vedr. markedsafgrænsning	64
4.2. Samhandelspåvirkning	65
4.3. Konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101	67
4.3.1. Virksomhedsbegrebet.....	67
4.3.1.1. <i>MCD</i>	68
4.3.1.2. <i>Mediabroker</i>	68
4.3.1.3. <i>Carat</i>	68
4.3.1.4. <i>IUM</i>	69
4.3.1.5. <i>OMD</i>	69
4.3.2. Aftalebegrebet	70
4.3.2.1. <i>MCD og Mediabroker</i>	71

4.3.2.2. MCD og Carat.....	74
4.3.2.3. MCD og IUM	76
4.3.2.4. MCD og OMD	77
4.3.3. Til formål eller følge at begrænse konkurrencen	80
4.3.3.1. MCD og Mediabroker	82
4.3.3.2. MCD og Carat.....	84
4.3.3.3. MCD og IUM	85
4.3.3.4. MCD og OMD	87
4.3.4. Mærkbar konkurrencebegrænsning.....	88
4.3.5. Konklusion vedr. § 6	90
4.4. Kommissionens bagatelmeddelelse.....	91
4.5. Er aftalerne om kundedeling omfattet af en fritagelse	92
4.5.1. ”Nødvendige konkurrencebegrænsninger”	94
4.5.1.1. Beskyttelse af kundeoplysninger.....	94
4.5.1.2. Undgå dobbelttælling af slutkunder	95
4.5.1.3. Cool off-periode	95
4.5.1.4. Samlet vurdering af nødvendighedsbetingelsen.....	96
4.5.2. ”Bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling”	96
4.5.3. ”Sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved”.....	96
4.5.4. ”Ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser”	97
4.5.5. Konklusion vedrørende fritagelse	97
4.6. Annullering af bestemmelser	97
4.7. Konklusion	97
5. Afgørelse	98
5.1. MCD og Mediabroker	98
5.2. MCD og Carat	98
5.3. MCD og IUM	99
5.4. MCD og OMD	99

1. Resumé

1. Denne sag drejer sig om en række bestemmelser vedrørende "kundeejerskab" og "rettigheder over kundedatabase" i aftaler indgået mellem:

- Mediacenter Danmark A/S (herefter MCD) på den ene side og på den anden side Mediabroker A/S og GroupM, herunder Maxus Communications A/S, Mediacom A/S, Mindshare A/S, Promedia A/S, Mediacom Danmark A/S samt MEC Denmark A/S (herefter Mediabroker)
- MCD og Carat Danmark A/S (herefter Carat)
- MCD på den ene side og på den anden side Initiative Universal Media A/S og MediaPrint ApS (herefter IUM) og
- MCD og OMD Danmark A/S (herefter OMD)

på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser (tryksager, herunder reklamer mv.) til slutkunder i Danmark. Afsætning omfatter både salg og formidling af distribution af adresseløse forsendelser.

2. I aftaleforholdene mellem MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat og IUM er der blandt andet aftalt:

- et gensidigt forbud mod at tage kontakt til hinandens kunder
- at MCD kun må tage kontakt til en af mediebyureauets kunder, hvis det på forhånd er aftalt mellem MCD og det respektive mediebyureau
- en særlig proces ved konflikt om kunder, herunder bestemmelse om overskudsdeling på den enkelte kunde
- et forbud mod, at MCD kontakter mediebyureauernes kunder indtil 12 måneder efter ophør af samarbejdet.

I det fjerde aftaleforhold – mellem OMD og MCD – er der blandt andet aftalt:

- et forbud mod at MCD tager kontakt til OMDs kunder,
- at MCD kun må tage kontakt til en af OMDs kunder, hvis det på forhånd er aftalt, og
- et forbud mod, at MCD kontakter OMDs kunder indtil 12 måneder efter ophør af samarbejdet.

Det er styrelsens vurdering, at bestemmelserne indebærer aftaler om kundedeling, som begrænser konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1.

3. Sagen er foranlediget af tre klager, som styrelsen modtog i efteråret 2009. Klagerne gik primært på, at der var aftalt kundedeling i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, mellem MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. På baggrund af disse klager foretog styrelsen kontrolundersøgelser hos MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD den 19. januar 2010.

4. Kundedeling er *per se* forbudt i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1. En kundedelingsaftale udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning, fordi kundedelingsaftaler begrænser kundernes valgmuligheder. Derfor kan kundedeling medføre højere priser og lavere kvalitet.

5. I 2007 indgik MCD aftaler med henholdsvis Mediabroker, Carat, IUM og OMD om indkøb af distribution af adresseløse forsendelser. Formålet var at samle deres indkøb af distribution af adresseløse forsendelser, og derved opnå rabat på køb af distribution af adresseløse forsendelser hos Post Danmark.

6. MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD udfører ikke selv distribution af adresseløse forsendelser, men sælger og/eller formidler distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. Slutkunder er primært virksomheder inden for detailhandlen som fx supermarkeder, byggemarkeder, butikskæder mv., der løbende udsender reklamer mv. til unavngivne kunder i et nærmere afgrænset område.

7. Indkøbssamarbejdet mellem MCD og mediebureauerne er etableret efter Konkurrencerådets accept af det tilsagn, som Post Danmark afgav over for Konkurrencerådet i 2005. Tilsagnet indebar, at indkøbsforeninger såvel som konkurrenter fik ret til at få distribueret adresseløse forsendelser efter de samme vilkår som andre storkunder. Præmis 9 i afgørelsen lyder:

"Ligebehandlingen sikres yderligere ved, at de samme kriterier, der gælder for koncerner med hensyn til kvantums- og frekvenstillæg udstrækkes til at gælde konkurrenter og indkøbsforeninger, når de opfylder tilsvarende forretningsbetingelser som gælder for koncerner. Post Danmark har således accepteret, at indkøbsforeninger såvel som konkurrenter har ret til at få uddelt adresseløse forsendelser efter de samme vilkår som andre storkunder."

Konkurrencerådet har ikke ved at acceptere ovenstående tilsagn accepteret, at der i regi af indkøbsforeninger indgås konkurrencebegrænsende aftaler.

8. Som følge af indkøbssamarbejdet indtager MCD en dobbeltrolle i forhold til Mediabroker, Carat, IUM og OMD, idet MCD både:

- indkøber distribution af adresseløse forsendelser hos Post Danmark og videresælger denne til Mediabroker, Carat, IUM og OMD (vertikalt) og
- konkurrerer med Mediabroker, Carat, IUM og OMD ved at afsætte distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder (horisontalt).

9. Det er alene de horisontale forhold, der er genstand for nærværende sag. Styrelsen vurderer således kun den situation, hvor MCD og de enkelte mediebureauer konkurrerer med hinanden i forbindelse med afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder.

10. Det vertikale forhold, dvs. indkøbssamarbejdet mellem MCD og mediebureauerne, er *ikke* genstand for nærværende sag. Styrelsen ser generelt positivt på indkøbssamarbejder og anerkender, at indkøbssamarbejder mellem konkurrenter i visse tilfælde kan gavne konkurrencen.

11. Styrelsen vurderer, at der formentlig kan afgrænses et marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder i Danmark. Da sagen imidlertid omhandler aftaler, der udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning, er en endelig afgrænsning af det relevante marked ikke nødvendig. Uanset at det relevante marked i nærværende sag ikke er afgrænset endeligt, kan det imidlertid ikke være bredere end markedet for distribution af adresseløse forsendelser.

12. I 2009 udgjorde afsætning af distribution af adresseløse forsendelser ca. [...] kr. Samlet set udgjorde MCDs, Mediabrokers, Carats, IUMs og OMDs omsætning på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder i 2009 i kr. [10-20] pct. af den samlede afsætning til slutkunder.

13. Bestemmelserne om "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*" fremgår af en række underskrevne kontrakter og udkast til kontrakter. Dertil kommer, at der er udvekslet kundeoplysninger mellem MCD og hvert af de fire mediebureauer. Efter styrelsens opfattelse har denne udveksling af kundeoplysninger understøttet MCDs og mediebureauernes bestemmelser om "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*."

14. Generelt vil kundeklausuler, som de i sagen omhandlede, der er understøttet af udveksling af kundeoplysninger, betyde, at slutkundernes muligheder for selv at vælge, hvem de vil købe eller få formidlet distribution af adresseløse forsendelser af, begrænses, og at slutkunderne ikke opnår de samme gevinster i form af bedre service, lavere priser, mv., som slutkunderne ville opnå uden de nævnte bestemmelser og informationsudveksling.

15. De enkelte bestemmelser om "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*" har til formål at begrænse konkurrencen mellem MCD og de enkelte mediebyureauer. Bestemmelserne begrænser den konkurrence om slutkunderne, der ville have været mellem MCD og de enkelte mediebyureauer, hvis kundedelingen ikke havde været aftalt.

16. MCD og to af mediebyureauerne (Mediabroker og IUM) har gjort gældende, at de bestemmelser om kundeejerskab mv., som ifølge styrelsen udgør aftaler om kundedeling, og som er genstand for nærværende sag, er nødvendige for at beskytte kundeoplysninger og for at undgå dobbelttælling af slutkunder. Ved undgåelse af dobbelttælling forstås, at MCD som konsolidator skal sikre, at de samme omdelinger ikke tælles med flere gange, jf. krav fra Post Danmark. Styrelsen finder ikke, at beskyttelse af kundeoplysninger og undgåelse af dobbelttælling er saglige grunde for, at den kundedeling, der er aftalt mellem MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat, IUM eller OMD, er nødvendig. Styrelsen finder derfor ikke, at parterne kan opnå en individuel fritagelse for så vidt angår kundedelingen, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3.

17. MCD har meddelt styrelsen den 1. juli 2010, at MCD efter afholdelsen af orienteringsmøde med styrelsen den 29. juni 2010 har annulleret de bestemmelser, der bærer overskriften "*rettigheder over kundedatabase*" med Mediabroker, Carat og IUM med omgående virkning. Uanset at MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat og IUM har annulleret de nævnte bestemmelser, finder Konkurrencerådet det nødvendigt at udstede et fremadrettet påbud over for parterne for at sikre en effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne.

2. Indstilling

18. Det meddeles:

- Mediacenter Danmark A/S, Mediabroker A/S og GroupM, herunder Maxus Communications A/S, Mediacom A/S, Mindshare A/S, Promedia A/S, Mediacom Danmark A/S samt MEC Denmark A/S,¹ at

¹ Herefter benævnes Mediabroker og GroupM alene som Mediabroker, medmindre det specifikt drejer sig om materiale fra GroupM. GroupM står som medunderskriver på den aftale, der er indgået med MCD, [...]. Mediabroker har i svar på spørgsmål til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beskrevet Mediabrokers og GroupMs concernforhold således: "*Mediabroker er sammen med søsterselskaberne Mediaedge:cia, Mediacom, Maxus og Mindshare helejede datterselskaber af bureau-kæden WPP. Mediebyureauerne ligger under den fælles selskabskonstruktion GroupM. Håndteringen af adresseløse omdelinger varetages af Mediabroker.*" [...] Efterfølgende har Mediabroker forklaret, at GroupM er en overordnet forretningsdivision i koncernen, der samler alle de mediebyureauer, der er ejet af WPP. I Danmark omfatter det selskaberne Maxus, Mediacom, Mindshare, Promedia, Mediacom, MEC og Mediabroker. GroupM er således navnet på den businessline, som alle mediebyureauer i WPP hører under, og som står for en række fællesaktiviteter qua

virksomhederne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i hvert fald siden den 13. november 2007 at have indgået aftaler om *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase."*

- Mediacyber Danmark A/S og Carat Danmark A/S, at virksomhederne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i hvert fald siden den 22. november 2007 at have indgået aftaler om *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase."*
- Mediacyber Danmark A/S, IUM A/S og MediaPrint ApS,² at virksomhederne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i hvert fald siden den 29. juni 2007 at have indgået aftaler om *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase."*
- Mediacyber Danmark A/S og OMD Danmark A/S, at virksomhederne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3 og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i hvert fald siden den 30. oktober 2007 at have indgået aftale om *"kundeejerskab."*

19. Konkurrencerådet påbyder i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4,:

Mediacyber Danmark A/S, Mediabroker A/S og GroupM, herunder Maxus Communications A/S, Mediacyber A/S, Mindshare A/S, Promedia A/S, Mediacyber Danmark A/S samt MEC Denmark A/S:

- at bringe eksisterende aftaler vedrørende *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase"* til ophør,
- fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling,
- senest den 1. juli 2011 at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at den nævnte adfærd er ophørt.

Mediacyber Danmark A/S og Carat Danmark A/S:

- at bringe eksisterende aftaler vedrørende *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase"* til ophør,

mediabureauernes fælles ejerskab. Mediabroker har tilkendegivet, at Mediabroker tillige svarer på vegne af GroupM.

² Herefter benævnes IUM og MediaPrint alene som IUM, medmindre det specifikt drejer sig om materiale fra MediaPrint. Det er IUMs datterselskab MediaPrint, der varetager aftalen med MCD. I kontrakterne med MCD er både angivet IUM og MediaPrint som kontraktpart. MediaPrint har tilkendegivet, at MediaPrint tillige svarer på vegne af IUM.

- fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling,
- senest den 1. juli 2011 at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at den nævnte adfærd er ophørt.

Mediacenter Danmark A/S, IUM A/S og MediaPrint ApS:

- at bringe eksisterende aftaler vedrørende "kundejerskab" og "rettigheder over kundedatabase" til ophør,
- fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling,
- senest den 1. juli 2011 at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at den nævnte adfærd er ophørt.

Mediacenter Danmark A/S og OMD Danmark A/S:

- at bringe eksisterende aftale vedrørende "kundejerskab" til ophør,
- fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling,
- senest den 1. juli 2011 at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at den nævnte adfærd er ophørt.

3. Sagsfremstilling

3.1. Indledning

20. Sagen handler om, hvorvidt der er indgået aftaler om kundedeling mellem følgende parter:

- MCD og Mediabroker³
- MCD og Carat

³ Mediabroker har beskrevet Mediabrokers og GroupMs concernforhold således: "Mediabroker er sammen med søsterselskaberne Mediaedge:cia, Mediacom, Maxus og Mindshare helejede datterselskaber af bureau-kæden WPP. Mediebureauerne ligger under den fælles selskabskonstruktion GroupM. Håndteringen af adresseløse omdelinger varetages af Mediabroker." [...] Efterfølgende har Mediabroker forklaret, at GroupM er en overordnet forretningsdivision i concernen, der samler alle de mediabureauer, der er ejet af WPP. I Danmark omfatter det selskaberne Maxus, Mediacom, Mindshare, Promedia, Mediacom, MEC og Mediabroker. GroupM er således navnet på den businessline, som alle mediabureauer i WPP hører under, og som står for en række fællesaktiviteter qua mediabureauernes fælles ejerskab.

- MCD og IUM
- MCD og OMD

på afsætning⁴ af distribution af adresseløse forsendelser (tryksager, herunder reklamer mv.) til slutkunder, således at slutkundernes valgmuligheder begrænses, og at slutkunderne ikke opnår de samme gevinster, i form af bedre service, lavere priser mv., som slutkunderne ville kunne opnå uden de nævnte bestemmelser og informationsudveksling.

21. De fire aftaleforhold behandles samlet i nærværende sag, idet

- alle aftaleforholdene er en del af samme indkøbssamarbejde,
- MCD er part i alle aftaleforholdene og
- en del af det fundne materiale på kontrolundersøgelserne er enslydende, herunder bestemmelserne om ”kundeejerskab” og ”rettigheder over kundedatabase.”

22. Sagen er opstået på baggrund af tre klager til styrelsen. Klagerne kommer fra to kunder og fra FK Distribution, der distribuerer adresseløse forsendelser.⁵ På baggrund af klagerne gennemførte styrelsen kontrolundersøgelser af MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD den 19. januar 2010.

23. Styrelsen har udsendt meddelelse om betænkeligheder den 25. juni 2010 til ovennævnte parter og efterfølgende afholdt orienteringsmøder med MCD den 29. juni, Mediabroker den 30. juni, Carat den 20. august, IUM den 29. juni og OMD den 30. juni 2010. Styrelsen har endvidere afholdt møde med Mediabroker den 20. april 2010 på begæring fra Mediabroker. Der er stillet skriftlige spørgsmål til parterne den 5. november 2010. Der er endvidere gennemført en mindre spørgeskemaundersøgelse blandt slutkunder, der køber og/eller får formidlet distribution af adresseløse forsendelser i november og december 2010.

24. I 2005 afgav Post Danmark over for Konkurrencerådet et tilsagn,⁶ som indebar, at indkøbsforeninger såvel som konkurrenter fik ret til at få distribueret adresseløse forsendelser efter de samme vilkår som andre storkunder. Præmis 9 i afgørelsen lyder:

⁴ Afsætning dækker både over salg og formidling af distribution af adresseløse forsendelser. Formidling dækker over det forhold, hvor mediebureauet agerer som befuldmægtiget på vegne af den endelige køber.

⁵ FK Distribution er dermed konkurrent men også (potentielt) leverandør til mediebureauerne.

⁶ Rådsmødet den 23. februar 2005 *Post Danmarks fremtidige prissætning*. Tilsagnet blev gjort bindende til og med 31. december 2006.

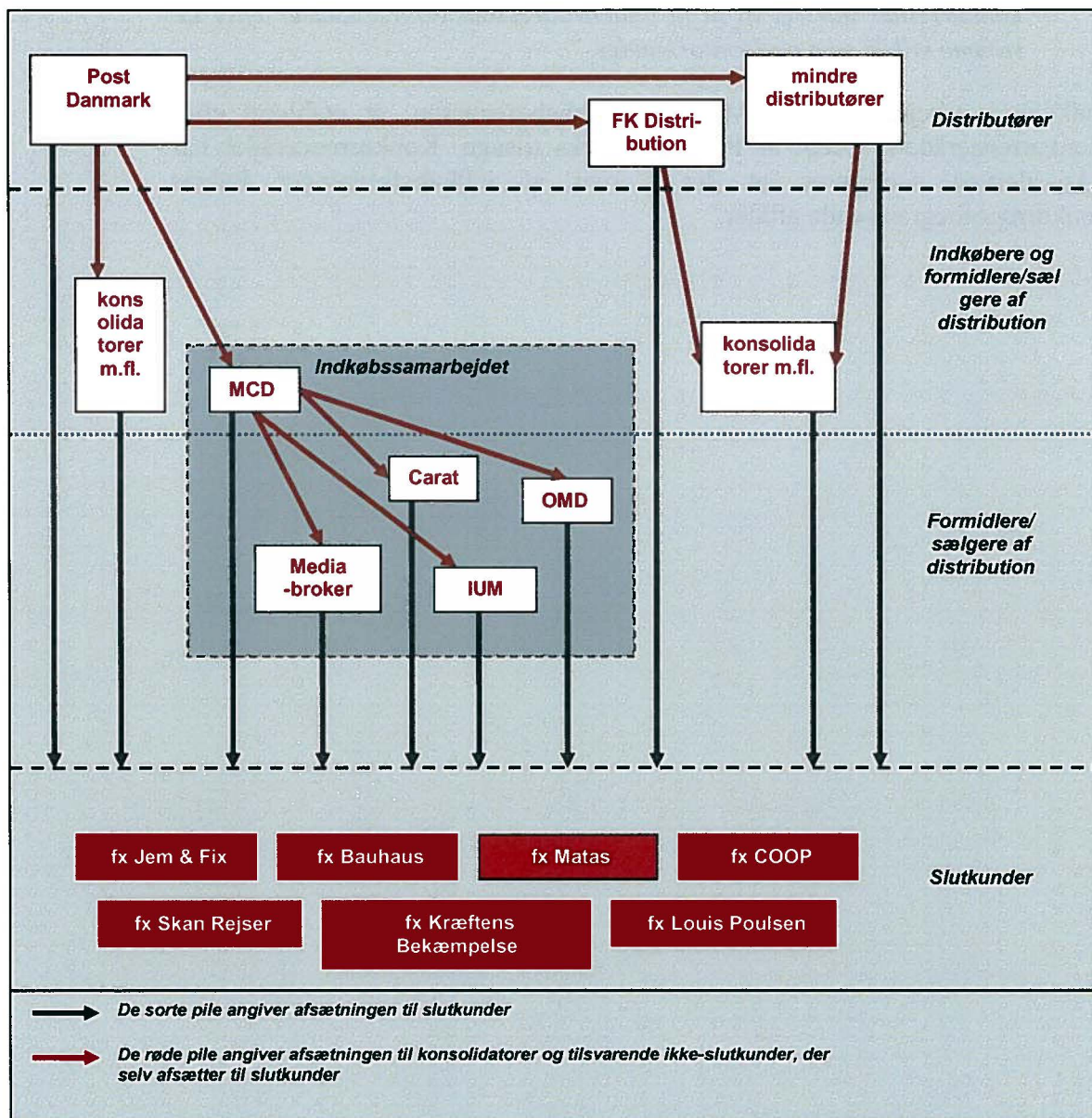
”Ligebehandlingen sikres yderligere ved, at de samme kriterier, der gælder for koncerner med hensyn til kvantums- og frekvenstillæg udstrækkes til at gælde konkurrenter og indkøbsforeninger, når de opfylder tilsvarende forretningsbetingelser som gælder for koncerner. Post Danmark har således accepteret, at indkøbsforeninger såvel som konkurrenter har ret til at få uddelt adresseløse forsendelser efter de samme vilkår som andre storkunder.”

Indkøbssamarbejdet mellem MCD og mediebureauerne⁷ er etableret efter Konkurrencerådets accept af Post Danmarks tilsagn. Konkurrencerådet har ikke derved accepteret, at der i regi af indkøbsforeninger indgås konkurrencebegrænsende aftaler.

⁷ Mediabroker, Carat, IUM og OMD betegner sig selv som full service mediebureauer. I styrelsens rapport ”Reklame i medier” fra september 2002 er følgende angivet som mediebureauernes forretningsområde: 1) at tilrettelægge reservering og booking i medierne af annoncer og reklamer, 2) strategisk rådgivning om valg af medier og optimering af mediesammensætning, herunder varetagelse af forhandlinger og priser og vilkår i forbindelse med annoncekøb, 3) særlige ydelser fx forudgående eller efterfølgende analyser af dækning og effekt mv. Som medlem af Danske Reklame- og Relationsbureauer Brancheforening kan optages ”enhver virksomhed, der beskæftiger sig med kommunikations- og relationsopbygning mellem en virksomhed og dens kunder i form af ren rådgivning og/eller udførelse af konkrete opgaver,” jf. § 2, stk. 1, i foreningens vedtægter.

25. Omsætningsleddene for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser kan illustreres således:

Figur 1: Omsætningsleddene for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder



26. MCDs samarbejde med Mediabroker, Carat, IUM og OMD om indkøb af adresseløse forsendelser er illustreret ved den grå boks i midten af figur 1. Det er struktureret således, at MCD har indgået en kontrakt med Post Danmark om køb af distribution af adresseløse forsendelser og indgået en kontrakt med de enkelte mediebureauer om videresalg af distribution af adresseløse forsendelser.

27. MCD konsoliderer, dvs. samler egne slutkunders volumen med volumen hos de fire mediebyureauers slutkunder. På baggrund af den samlede volumen indkøber MCD distribution af adresseløse forsendelser til en lavere pris pr. styk hos Post Danmark, end hvis MCD og mediebyureauerne skulle købe ind enkeltvis hos Post Danmark.

28. Distributørernes salg til konsolidatorer og tilsvarende ikke-slutkunder er illustreret ved røde pile i figur 1, mens distributørernes og de øvrige aktørers afsætning til slutkunder er illustreret ved sorte pile i figur 1.

29. MCD afsætter både distributionen af adresseløse forsendelser til mediebyureauerne og til slutkunder i konkurrence med mediebyureauerne. MCD er dermed både

- 1) grossist, idet MCD afsætter til Mediabroker, Carat, IUM og OMD, og
- 2) konkurrent til de selv samme mediebyureauer, idet både MCD og mediebyureauerne afsætter distribution af adresseløse forsendelser til slutkunderne.

30. Der er således både et vertikalt og et horisontalt forhold mellem MCD og mediebyureauerne. Det er alene de horisontale forhold mellem MCD og mediebyureauerne, der er genstand for nærværende sag.

31. Da MCD som konsolidator skal sikre, at de samme omdelinger ikke tælles med flere gange, og da mediebyureauerne og MCD over for Post Danmark skal fremstå som én kunde, jf. krav fra Post Danmark, indsender Mediabroker, Carat, IUM og OMD som led i indkøbssamarbejdet oplysninger om kunder til MCD. Mediabroker, Carat, IUM og OMD indsender oplysningerne i konsolideringsplaner og produktionsplaner. Konsolideringsplanerne indeholder oplysninger om de kunder med tilhørende mængder, som mediebyureauerne forventer at afsætte i løbet af det pågældende år, mens produktionsplaner indeholder detaljerede oplysninger om den enkelte kundes omdelinger. Konsolideringsplaner kan også indeholde de samme detaljerede oplysninger som produktionsplaner. MCD samler alle disse informationer i en database, der ligger hos MCD.

3.2. Virksomhederne

3.2.1 MCD

32. MCD er et helejet datterselskab af JP/Politikens hus A/S, der i 2009 havde en omsætning på ca. 2,2 mia. kr. MCD havde i 2009 en samlet omsætning på ca. 296 mio. kr. og 8 ansatte.⁸ I 2009 havde MCD en omsætning

⁸ Jf. oplysninger fra Greens.

på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser på [...]. kr. til slutkunder.⁹

33. I tilknytning til afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, tilbyder MCD segmentering/målgruppeudvælgelse gennem brug af conzoom data,¹⁰ rådgivning om udsendelsesstrategi/optimering af udsendelse, effektanalyser,¹¹ generel rådgivning om adresseløse forsendelser mv. til slutkunder.¹²

34. Derudover har MCD i 2010 også rådgivet om og afsat distribution af adresseløse tryksager for 25 dagblade. MCD er ligeledes i 2010 begyndt at rådgive om og afsætte distribution gennem en permission baseret tjeneste kaldet SPOT, der er baseret på mail.¹³

35. [...]

36. Ifølge MCD selv er MCD konkurrent til både Post Danmark, FK Distribution og mediebureauerne for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder.¹⁴

3.2.2. Mediabroker

37. Mediabroker er et full service mediebureau,¹⁵ der tilbyder rådgivning, forhandling, indkøb og håndtering af alle medietyper. Derudover rådgiver Mediabroker om kommunikation samt håndtering af markeds- og effektanalyser.¹⁶

38. Ud over afsætning af distribution af adresseløse forsendelser tilbyder Mediabroker segmentering/målgruppeudvælgelse i forbindelse med distribution af adresseløse forsendelser, rådgivning om udsendelsesstrategi/optimering af udsendelse, effektanalyser, generel rådgivning om adresseløse forsendelser mv.

⁹ Jf. oplysninger fra MCD [...]

¹⁰ Conzoom data er et segmenteringsværktøj, der inddeler den danske befolkning i forbrugstyper. Virksomheden finder så den type, der passer bedst med ens kundeprofil. Derefter kan man ved hjælp af conzoom data se, hvor kunderne bor.

¹¹ MCD oplyser, at MCD køber effektanalyser gennem eksterne analysebureauer.

¹² Jf. oplysninger fra MCD [...]

¹³ Jf. oplysninger fra MCD [...]. SPOT er ifølge MCDs hjemmeside en database, hvor medlemmerne kommer fra brugere og læsere i JP/Politikkens univers. Med SPOTmail kan man kommunikere via mail, brev eller sms direkte til en målgruppe, som har sagt ja til henvendelsen.

¹⁴ [...]

¹⁵ Ved et full service mediebureau forstås et mediebureau, der tilbyder rådgivning mv. i relation til en lang række forskellige medier og rådgivning om, hvordan en virksomhed optimerer sine medie- og kommunikationsmæssige løsninger jf. også definitionen i fodnote 7.

¹⁶ Jf. oplysninger fra Mediabroker, [...]

39. Mediabroker har for så vidt angår Mediabrokers og GroupMs koncernforhold anført, at *"Mediabroker er sammen med søsterselskaberne Mediaedge:cia, Mediacom, Maxus og Mindshare helejede datterselskaber af bureau-kæden WPP. Mediebureauerne ligger under den fælles selskabskonstruktion GroupM. Håndteringen af adresseløse omdelinger varetages af Mediabroker."*¹⁷ Efterfølgende har Mediabroker forklaret, at GroupM er en overordnet forretningsdivision i koncernen, der samler alle de mediabureauer, der er ejet af WPP. I Danmark omfatter det selskaberne Maxus, Mediacom, Mindshare, Promedia, Mediacom, MEC og Mediabroker. GroupM er således navnet på den businessline, som alle mediabureauer i WPP hører under, og som står for en række fællesaktiviteter qua mediabureauernes fælles ejerskab.

40. Mediabroker havde i 2009 en omsætning på ca. 190 mio. kr. og 14 ansatte.¹⁸ I 2009 havde Mediabroker en omsætning på [...] kr. på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.¹⁹

41. [...].

3.2.3. Carat

42. Carat er også et full-service mediebureau, der tilbyder medieplanlægning, forhandling og rådgivning inden for alle medier samt ydelser inden for research og strategisk rådgivning.

43. Ud over afsætning af distribution af adresseløse forsendelser tilbyder Carat segmentering/målgruppeudvælgelse i forbindelse med distribution af adresseløse forsendelser, rådgivning om udsendelsesstrategi/optimering af udsendelse, effektanalyser, generel rådgivning om adresseløse forsendelser mv.²⁰

44. Carat havde i 2009 en omsætning på ca. 1 mia. kr. og 77 ansatte.²¹ Carat Danmark A/S er et helejet datterselskab af Aegis Media Danmark A/S, som indgår i Aegis Group plc. Carat havde i 2009 en omsætning på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser på [...] kr.

45. [...]. Direct Home er en selvstændig afdeling, der udelukkende beskæftiger sig med adresseløse forsendelser.²²

¹⁷ [...]

¹⁸ Jf. oplysninger fra Greens.

¹⁹ Jf. oplysninger fra Mediabroker [...]

²⁰ Jf. oplysninger fra Carat [...]

²¹ Jf. oplysninger fra Greens.

²² Jf. oplysninger fra Carat [...]

3.2.4. IUM

46. IUM er også et full service mediebyureau, der tilbyder medierådgivning mv. i relation til en lang række medier og rådgivning om, hvordan en virksomhed optimerer sine medie- og kommunikationsmæssige løsninger.

47. Ud over afsætning af distribution af adresseløse forsendelser tilbyder IUM via MediaPrint segmentering/målgruppeudvælgelse i forbindelse med distribution af adresseløse forsendelser, rådgivning om udsendelsesstrategi/optimering af udsendelse, effektanalyser, generel rådgivning om adresseløse forsendelser mv.

48. IUM er et dansk selskab, som er 100 pct. kontrolleret af kommunikationskoncernen Inter Public Group (IPG). IUM ejer 70 pct. af MediaPrint.

49. IUM havde i 2009 en omsætning på ca. 410 mio. kr. og 61 ansatte. MediaPrint ApS, som varetager indkøbssamarbejdet med MCD, havde i 2008 en omsætning på ca. 63 mio. kr.²³ I 2009 havde MediaPrint en omsætning på [...] kr. på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.²⁴

50. Desuden tilbyder MediaPrint en række andre ydelser såsom tryk, tegnestue mv.²⁵

51. [...].

3.2.5. OMD

52. OMD Danmark A/S er et full service mediebyureau, der tilbyder rådgivning om, hvordan en virksomhed bedst muligt kan optimere sine medie- og kommunikationsmæssige løsninger.²⁶ OMD Danmark A/S er en del af Omnicom Group Inc, som er en global marketings- og kommunikationsvirksomhed.²⁷

53. OMD havde i 2009 en omsætning i Danmark på ca. 770 mio. kr. og 67 ansatte.²⁸ I 2009 omsatte OMD for [...] kr. på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.²⁹

54. Ifølge OMD³⁰ kan OMD bistå kunder, der spørger herom, med at formidle distribution af adresseløse forsendelser. Derudover har OMD oplyst,

²³ Jf. oplysninger fra Greens.

²⁴ Jf. oplysninger fra IUM [...]

²⁵ De øvrige ydelser, som MediaPrint tilbyder, fremgår af [...]

²⁶ Jf. oplysninger fra OMD [...]

²⁷ PHD Copenhagen A/S (herefter PHD) er også et mediebyureau og ligeledes en del af Omnicom Group Inc og et søsterselskab til OMD. PHD er ikke part i nærværende sag.

²⁸ Jf. Greens.

²⁹ Jf. oplysninger fra OMD [...]

³⁰ [...]

at OMD kan bistå kunder med at løse følgende opgaver: 1) segmentering/målgruppeudvælgelse i forbindelse med distribution af adresseløse forsendelser med hjælp af underleverancer fra andre fx distributører af adresseløse forsendelser og MCD, 2) rådgivning om udsendelsesstrategi/optimering af udsendelse, 3) generel rådgivning om adresseløse forsendelser og 4) effektanalyser af udsendelse af adresseløse forsendelser. For så vidt angår de to sidstnævnte ydelser, har OMD oplyst, at disse aldrig har været efterspurgt. OMD har tillige oplyst, at OMD ikke er i besiddelse af de nødvendige værktøjer eller kompetencer til at levere segmentering/målgruppeudvælgelse og generel rådgivning om adresseløse forsendelser.

55. På OMDs hjemmeside under kompetencer fremgår følgende:

*"Vores specialister i Direct forhandler, rådgiver og analyserer effekten af tilbudsaviser og husstandsomdelinger i almindelighed. Direct har fokus på optimering af hele værdikæden ved husstandsomdelinger. Vi fokuserer i særdeleshed på segmentering af modtagerne og målretning af omdelingerne, indkøb af omdelingerne til den laveste pris i markedet, optimering af indholdet i aviserne gennem brug af blandt andet eyetracking og ikke mindst analyse af effekten af tilbudsaviser gennem simple effektanalyser og avancerede salgsmønstre. Gennem optimering af hele værdikæden er Direct med til at forbedre afkastet væsentligt på en af de absolut tungeste poster på marketingbudgettet."*³¹

56. [...].

3.3. Markedsbeskrivelse

57. Den for sagen relevante ydelse er afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, da det er denne ydelse, som parternes konkurrencebegrænsende adfærd er rettet mod.

58. Adresseløse forsendelser er tryksager, herunder reklamer, telefonbøger, mv. samt lokal- og regionalaviser. Adresseløse forsendelser anvendes blandt andet af detailbutikker og -kæder til at markedsføre butikkernes produkter i de områder, hvor butikkerne er beliggende. Målgruppen er et antal husstande, der er beliggende i et bestemt geografisk område.

59. MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD afsætter distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. Slutkunder er typisk virksomheder indenfor detailhandlen som fx supermarkeder, byggemarkeder og butikskæder, men kan også være offentlige myndigheder, mv.

³¹ Jf. OMDs hjemmeside. [...]

60. Der er to store distributører, der distribuerer adresseløse forsendelser: Post Danmark og FK Distribution, og som tilsammen dækker størsteparten af distributionen. Hertil kommer en række mindre distributører.

61. I 2009 udgjorde afsætning af distribution af adresseløse forsendelser ca. [...] kr.³² Samlet set udgjorde MCDs, Mediabrokers, Carats, IUMs og OMDs omsætning på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder i 2009 i kr. [10-20] pct. af den samlede afsætning.³³

3.3.1. Konsolidators rolle

62. Konsolidering af distribution af adresseløse forsendelser går ud på at pulje kundeordrer sammen med henblik på at opnå en lavere pris pr. styk hos distributøren. Konsolidering indebærer, at MCD og mediebureauerne skal fremstå som én kunde over for distributøren, dvs. Post Danmark, og at konsolidator, dvs. MCD, skal sørge for, at de samme omdelinger ikke tælles med flere gange.

63. I afgørelsen fra 2005, hvor Konkurrencerådet accepterede Post Danmarks tilsagn,³⁴ udstrækkes de samme kriterier, der gælder for koncerner med hensyn til kvantums- og frekvenstillæg til også at gælde konkurrenter og indkøbsforeninger, når de opfylder tilsvarende forretningsbetingelser som koncerner.

64. MCD er konsolidator og kontraktpart i forhold til Post Danmark. I den forbindelse varetager MCD flere opgaver, bl.a. forhandlinger og kontraktindgåelse med Post Danmark samt den løbende administration af kontrakten og opfølgning herpå. I forbindelse hermed tilsendes eller indhentes MCD en række oplysninger fra mediebureauerne. MCDs rolle som konsolidator og den dermed forbundne informationsudveksling beskrives i det følgende.

3.3.1.1. MCDs indhentning af tilbud hos Post Danmark

65. Forud for afgivelse af tilbud på distribution af adresseløse forsendelser kræver Post Danmark at kende slutkundens navn samt en række yderligere oplysninger om kundens omdelinger.³⁵ Da MCD og mediebureauerne over for Post Danmark skal fremstå som én kunde, indebærer det, at MCD som konsolidator skal sikre, at de samme omdelinger ikke tælles med to gange.

³² Se tabel 1 s. 62.

³³ Se tabel 4, s. 63.

³⁴ Jf. præmis 9 i Konkurrencerådets afgørelse af 23. februar 2005 *Post Danmarks fremtidige prissætning*.

³⁵ Post Danmark kræver forud for tilbudsafgivelse at kende titlen på omdelingerne. I praksis vil oplysning om titel indeholde oplysning om slutkunde/annoncør. Hvis dette undtagelsesvist ikke skulle være tilfældet, vil Post Danmark bede om oplysning om navnet på slutkunden/annoncøren.

66. Derfor melder mediebureauerne ind til MCD hvilke kunder, som mediebureauerne regner med at indgå kontrakt med om afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i den kommende periode.

67. Informationerne fra mediebureauerne til MCD kommer i form af produktionsplaner indsat i et konsolideringsark (dvs. samlet ark indeholdende produktionsplaner fra alle de kunder, som mediebureauet melder ind.) MCD sorterer informationerne, således at hvis en kunde med de samme omdelinger er meldt ind 2 gange, tæller MCD kun kunden med én gang, inden der sendes et samlet konsolideringsark til Post Danmark, indeholdende oplysninger om alle de kunder, som mediebureauerne og MCD forventer at afsætte distribution af adresseløse forsendelser til i den kommende periode, og som MCD ønsker, Post Danmark skal afgive tilbud på. Herefter afgiver Post Danmark tilbud til MCD, hvorpå der indgås endelig kontrakt mellem Post Danmark og MCD.

3.3.1.2. I kontraktens løbetid

68. Efter indgåelse af endelig kontrakt med Post Danmark indgår MCD og mediebureauerne typisk kontrakt med de endelige kunder.

69. Mediebureauerne kan også indgå kontrakt med kunder, der ikke er indkalkuleret i kontrakten med Post Danmark.³⁶

70. Efter mediebureauernes kontraktindgåelse med de endelige kunder udveksles der løbende information mellem MCD og det enkelte medie bureau i forbindelse med de specifikke kunder, som mediebureauet har indgået kontrakt med. Behovet for informationsudveksling kan opstå som følge af ændringer i forhold til de indmeldte produktionsplaner og kan fx skyldes, at kunden har indleveret for få adresseløse forsendelser til distribution, eller at der er andre ændringer i forhold til det aftalte. MCD opdaterer dagligt produktionsplanerne for at tage højde for de løbende ændringer.

71. Endelig er det MCD, der er faktureringsenhed i forhold til Post Danmark. MCD fakturerer efterfølgende mediebureauerne. Fakturaerne indeholder flere af de samme kundeoplysninger, som fremgår af produktionsplanerne.

³⁶ Kaldes også ad hoc-kunder.

3.4 Beskrivelse af og dokumentation for centrale forhold i sagen

72. Nedenfor i pkt. 73-121 og i [...] gengives materiale fra kontrolundersøgelserne mellem følgende parter:

- MCD og Mediabroker
- MCD og Carat
- MCD og IUM
- MCD og OMD

73. Fra kontrolundersøgelserne er medtaget en række kontrakter og udkast til kontrakter mellem MCD og mediebureauerne, hvoraf fremgår bestemmelser benævnt "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*" mellem MCD og det enkelte mediebureau. Det fremgår blandt andet af disse bestemmelser, at der er en række kunder, som MCD ikke må tage kontakt til, medmindre MCD og det pågældende mediebureau er enige herom, og at det pågældende mediebureau ikke må kontakte MCDs kunder. Derudover er der i de forskellige aftaleforhold i varierende omfang fundet anden dokumentation, der omhandler håndtering af kunder i forbindelse med afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.

3.4.1 Bestemmelser om "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*"

74. Fra kontrolundersøgelserne er medtaget underskrevne kontrakter, der indeholder bestemmelser om "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*" mellem MCD og henholdsvis Carat og IUM. I aftaleforholdet mellem MCD og Mediabroker er medtaget en underskreven kontrakt, der indeholder en bestemmelse om "*rettigheder over kundedatabase*." Desuden er der for aftaleforholdet mellem MCD og Mediabroker medtaget en række udkast til kontrakter, der indeholder bestemmelser om "*rettigheder over kundedatabase*" og et enkelt udkast til kontrakt, der indeholder bestemmelse om "*kundeejerskab*". For så vidt angår aftaleforholdet mellem MCD og OMD, er der fra kontrolundersøgelserne medtaget en underskreven kontrakt, der indeholder en bestemmelse om "*kundeejerskab*," ligesom der er medtaget udkast til kontrakter, der indeholder bestemmelser om "*rettigheder over kundedatabase*." Da bestemmelserne ikke er helt enslydende i de respektive aftaleforhold, og kontrakternes løbetid mv. er forskellig, gennemgås kontrakterne separat for hvert enkelt aftaleforhold i de følgende afsnit 3.4.1.1.-3.4.1.4.

75. Det fremgår af de seneste indgåede kontrakter mellem MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat og IUM,³⁷ at kontraktens formål og baggrund er enslydende:

"mediacenter danmark har indgået en kundeaftale med Post Danmark om adresseløse forsendelser. Mediacenter danmark videresælger ydelserne i henhold til kundeaftalen til mediebureauer og detailkunder. Bureauet er i henhold til denne aftale berettiget til at videresælge forsendelsen af adresseløse forsendelser til deres kunder."

76. Den underskrevne kontrakt mellem MCD og OMD³⁸ indeholder dog ikke ovenstående passus. Det fremgår i stedet af denne aftale, at *"den enkelte kunde faktureres af [OMD], ligesom forhandlingen med kunden varetages af [OMD]."* Samme formulering anvendes i de først indgåede kontrakter mellem MCD og henholdsvis Carat og IUM.³⁹

77. Aftalens genstand for de senest indgåede kontrakter mellem MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat og IUM,⁴⁰ er beskrevet som:

"Bureauet er berettiget til i aftaleperioden at købe forsendelse af adresseløse forsendelser af mediacenter danmark på grundlag af aftalens vilkår."

78. Dette gælder dog ikke den underskrevne kontrakt mellem MCD og OMD, der ikke har et afsnit, der benævnes *"Aftalens genstand."*

3.4.1.1. MCD og Mediabroker

79. Fra kontrolundersøgelsen hos MCD er medtaget en underskreven kontrakt dateret den 26. maj 2009 om indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser mellem MCD og Mediabroker. Ifølge kontrakten kunne den tidligst opsiges med virkning pr. 31. december 2010.⁴¹ Derudover er der fundet en række udkast til kontrakter, der vedrører perioden forud for den 26. maj 2009.⁴²

80. I den underskrevne kontrakt og i de nævnte udkast til kontrakter findes følgende bestemmelse.⁴³

"Rettigheder over kundedatabase

³⁷ [...]

³⁸ [...]

³⁹ [...]

⁴⁰ [...]

⁴¹ Jf. [...] underskrevet den 26. maj 2009 af [...], på vegne af GroupM Denmark A/S og tillige på vegne af Mediabroker. [...]

⁴² Udkast til kontrakter, der vedrører perioden forud for den 26. maj er vedlagt [...].

⁴³ I [...], der er et udkast til kontrakt, er klausulen i stedet benævnt *"Kunde ejerskab"*.

Bureauet køber ind gennem mediacenter danmark, hvorfor kunderne tilhører bureauet. mediacenter danmark tager ikke kontakt til en kunde formidlet af bureauet, medmindre der er særskilt aftale herom eller det fremgår af denne aftale.

Ved aftalens ophør er mediacenter danmark forpligtet til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, medmindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale er specificeret i bilag A til denne aftale. Omvendt kan bureauet ikke tage kontakt til en af mediacenter danmarks kunder.”⁴⁴

81. I kontrakten underskrevet den 26. maj 2009⁴⁵ er desuden følgende bestemmelse tilføjet:

”Det aftales, at GroupM udarbejder en såkaldt A-liste over kunder, som GroupM selv betjener. Alle andre kunder under GroupM, kan mediacenter danmark bearbejde med henblik på salg af adresseløse forsendelser. Der arbejdes efter følgende procedure:

- 1. Hver gang mcd er i kontakt med en GroupM kunde, kontaktes [...] for at afklare evt. konflikter.*
- 2. I tilfælde af, at der ikke er en konflikt, udarbejder mediacenter danmark tilbud, lukker ordren og deler fortjenesten med GroupM*
- 3. Efterfølgende booking og administration håndteres af mediacenter danmark*

mediacenter danmark holder GroupM løbende underrettet.”

82. Endvidere fremgår det af den underskrevne kontrakt og af kontraktsudkast, at

”De kunder der indgår i puljen er specificeret i Bilag B til denne aftale.”

83. Fra perioden før den 26. maj 2009, dvs. perioden før der foreligger en underskrevet kontrakt, kan der henvises til nedenstående mail:

84. Den 13. november 2007 melder [...] følgende ud internt i GroupM:

[...]: Mail sendt fra [...] til GroupM-bureauer den 13. november 2007:

”Hej alle

⁴⁴ [...]

⁴⁵ [...].

Vi har nu indgået en aftale med Mediecenter DK omkring samarbejde af en fælles portopulje administreret af dem.

Vi har endnu ikke lavet det endelige aftale dokument, men grund tanken er at vi ved at gå sammen, kan få en større og bedre fælles pulje til gavn for både deres og vores kunder. Samtidig skal vi ikke ligge og kæmpe om de samme kunder.

.....”

85. Det fremgår endvidere af internt notat i Mediabroker⁴⁶ dateret samme dato, dvs. 13. november 2007, at ”De lover ikke at sælge aktivt til vores kunder.” Notatet har overskriften ”Udgangspunkt for samarbejde mellem GroupM og Mediecenter Danmark – Deres oplæg.”

86. Derudover kan der i øvrigt henvises til mails [...].⁴⁷ og til parternes udsagn på møder afholdt med styrelsen.⁴⁸

3.4.1.2. MCD og Carat

87. Fra kontrolundersøgelsen hos MCD er medtaget to underskrevne kontrakter om indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser mellem MCD og Carat. Den første kontrakt er underskrevet den 22. november 2007, hvorfra kontrakten løber.⁴⁹ Den anden kontrakt er underskrevet den 19. december 2008 og kunne tidligst opsiges med virkning fra den 31. december 2010.⁵⁰

⁴⁶ [...]

⁴⁷ For perioden før 26. maj 2009 kan henvises til [...]. Sidstnævnte er en korrespondance mellem MCD og Køge Media Center (KMC), der er koncernintern med MCD. Fra perioden efter den 26. maj 2009 kan der henvises til [...]

⁴⁸ [...]

⁴⁹ [...] Ifølge kontrakten kunne aftalen tidligst opsiges med virkning fra 1. januar 2009.

⁵⁰ [...]

88. I den første kontrakt⁵¹ har klausulen følgende ordlyd:

”Kundeejerskab

”Carat køber ind gennem mediacenter danmark – kunderne tilhører Carat, og mediacenter danmark tager ikke kontakt til en af Carat formidlet kunde med mindre dette aftales. Generelt tager mediacenter danmark ikke kontakt til en kunde hos Carat, med mindre andet er aftalt. Ved ophør af aftalen, forpligter mediacenter danmark sig til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens opsigelse, med mindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale er specificeret i bilag A til denne aftale. Bilag A opdateres løbende i kontraktperioden. 12 måneders kundeklausulen for mediacenter danmark vil gælde alle kunder på den opdaterede liste. Det modsatte gør sig også gældende, idet Carat ligeledes forpligter sig til ikke at tage kontakt til en af mediacenter danmarks kunder.”

I den anden kontrakt⁵² findes en stort set identisk klausul, der er benævnt ”Rettigheder over kundedatabase”. Til denne næsten identiske bestemmelse er følgende tilføjet:

”Det aftales, at der fra Carats side udarbejdes en såkaldt A-liste over kunder, som Carat selv betjener. Alle andre kunder under Carat, kan mediacenter danmark bearbejde mhp. salg af adresseløse forsendelser. Der arbejdes efter følgende procedure:

- 1) hver gang mcd er i kontakt med en Carat kunde, kontaktes [...], mhp. at afklare evt. konflikter.*
- 2) I tilfælde af, at der ikke er en konflikt, udarbejder mediacenter danmark tilbud, lukker ordren og deler fortjenesten med Carat*
- 3) Efterfølgende booking og administration håndteres af mediacenter danmark”*

89. Derudover fremgår det af begge kontrakter, at

”De kunder der indgår i puljen er specificeret i bilag B til denne aftale”.

90. Derudover kan henvises til mails vedlagt i [...].⁵³ og til MCDs udsagn på orienteringsmødet med styrelsen.⁵⁴

⁵¹ [...] er underskrevet af både Carat og MCD den 22. november 2007, hvorfra kontrakten løber. [...]

⁵² [...]

⁵³ [...]

⁵⁴ [...]

3.4.1.3. MCD og IUM

91. Fra kontrolundersøgelserne er medtaget to underskrevne kontrakter, der omhandler indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser mellem MCD og IUM.⁵⁵ Den første kontrakt er underskrevet den 29. juni 2007.⁵⁶ Den anden kontrakt er underskrevet den 18. december 2008 og kunne tidligst opsiges med virkning fra den 31. december 2010.

92. Følgende bestemmelse om kundeejerskab fremgår af den første kontrakt underskrevet den 29. juni 2007:⁵⁷

"Kunde ejerskab

IUM/MediaPrint køber ind gennem mediacenter danmark – kunderne tilhører IUM/MediaPrint, og mediacenter danmark tager ikke kontakt til en af IUM/MediaPrint formidlet kunde med mindre dette aftales. Ved ophør af aftalen, forpligter mediacenter danmark sig til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, med mindre andet er aftalt skriftligt. Kunder omfattet af denne kundeaftale er alle kunder hos IUM specificeret i bilag A. Det er IUM/MediaPrint pålagt at opdatere denne liste, således at bilag A kan fremlægges ved hvert kvartalsmøde mellem parterne."

93. Den anden kontrakt, som er underskrevet den 18. december 2008,⁵⁸ indeholder en tilsvarende bestemmelse. Herudover er det tilføjet, at IUM ikke må give tilbud på adresseløs distribution til en af MCDs kunder. Bestemmelsen lyder som følger:

"Rettigheder over kundedatabase

Bureauet køber ind gennem mediacenter danmark, hvorfor kunderne tilhører bureauet. mediacenter danmark tager ikke kontakt til en kunde formidlet af bureauet, medmindre der er særskilt aftale herom eller det fremgår af denne aftale.

Ved aftalens ophør er mediacenter danmark forpligtet til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, med mindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale er specificeret i bilag A til denne aftale. Omvendt kan bureauet ikke give tilbud på adresseløs distribution til en af mediacenter danmarks kunder."

⁵⁵ [...]

⁵⁶ Ifølge kontrakten kunne den tidligst opsiges med virkning fra den 1. januar 2009.

⁵⁷ [...]

⁵⁸ [...]

94. Kontrakten af 18. december 2008 indeholder derudover følgende bestemmelse:

”Det aftales at der fra IUM’s side udarbejdes en såkaldt A-liste over kunder, som IUM selv betjener. Alle andre kunder under IUM, kan mediacenter danmark bearbejde mhp. salg af adresseløse forsendelser. Der arbejdes efter følgende procedure:

- 1) Hver gang mcd er i kontakt med en IUM kunde, kontaktes [...], mhp. at afklare evt. konflikter*
- 2) I tilfælde af at der ikke er en konflikt, udarbejder mediacenter danmark tilbud, lukker ordren, og deler fortjenesten med IUM*
- 3) Efterfølgende booking og administration håndteres af mediacenter danmark”*

95. Derudover fremgår det af begge kontrakter, at

”De kunder, der indgår i puljen er specificeret i bilag B til denne aftale.”

96. Derudover kan henvises til mail vedlagt i [...] ⁵⁹ samt til parternes udsagn på orienteringsmøderne med styrelsen. ⁶⁰

3.4.1.4. MCD og OMD

97. Fra kontrolundersøgelserne er medtaget en underskrevet kontrakt ⁶¹ og to udkast til kontrakter, ⁶² der omhandler indkøb og videreformidling af distribution af adresseløse forsendelser mellem MCD og OMD. Den underskrevne kontrakt gælder fra den 30. oktober 2007. Kontrakten kunne tidligst opsiges med virkning fra den 1. januar 2009. De to kontrakter, der ikke er underskrevne, vedrører henholdsvis perioden 2009-2010 og 2010. ⁶³

98. Følgende bestemmelse om kundeejerskab fremgår af kontrakten underskrevet den 30. oktober 2007:

”Kunde ejerskab

Omicom Media Group køber ind gennem mediacenter danmark - kunderne tilhører Omicom Media Group, og mediacenter danmark tager ikke kontakt til en af Omicom Media Group formidlet kunde med mindre dette aftales.

⁵⁹ [...]

⁶⁰ [...]

⁶¹ [...] Kontrakten er underskrevet af [...] og [...].

⁶² [...]

⁶³ De to øvrige kontrakter er ikke helt enslydende, blandt andet er opsigelsesvarslet 6 måneder, [...], mens det er 1 år i [...].

Ved ophør af aftalen, forpligter mediacenter danmark sig til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, med mindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale er specificeret i bilag A til denne aftale. Bilag A opdateres løbende i kontraktperioden. 12 måneders kundeklausulen for mediacenter danmark vil gælde alle kunder på den opdatere liste.”

99. En lignende bestemmelse findes i udkastet til kontrakt for 2010 og udkast til kontrakt for 2009-2010 med den tilføjelse, at bureauet ikke kan tage kontakt til en af MCDs kunder:

”Rettigheder over kundedatabase

Bureauet køber ind gennem mediacenter danmark, hvorfor kunderne tilhører bureauet. mediacenter danmark tager ikke kontakt til en kunde formidlet af bureauet, medmindre der er særskilt aftale herom eller det fremgår af denne aftale.

Ved aftalens ophør er mediacenter danmark forpligtet til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, med mindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale er specificeret i bilag A til denne aftale. Omvendt kan bureauet ikke tage kontakt til en af mediacenter danmarks kunder.”⁶⁴

100. Det fremgår både af den underskrevne kontrakt og af de to kontraktudkast, at

”De kunder der indgår i puljen er specificeret i bilag B til denne aftale”.

101. Derudover er der fundet en mail sendt fra MCD til OMD, der omhandler en specifik kunde - se nedenstående:

[...]: Mail sendt fra [...], MCD, til [...] fra OMD, dateret 19. februar 2009:

*”Hej [...]
Så har jeg gravet lidt i den, og historikken er som følger:
Vi modtager en henvendelse fra [...] på vores adresseloes@mcd.dk
Der bliver taget kontakt til kunden fra en af mine sælgere, [...]. Kunden oplyser, at han har fået vores navn via en mail sendt til [...].
De holder møde, og der udarbejdes efterfølgende tilbud

Kunden vender tilbage og siger han er gået i dialog med OMD – hvilket jeg på det tidspunkt gøres opmærksom på. Aftaler med [...] at han ikke skal være*

⁶⁴ Jf. [...] Udkastet er ifølge sin ordlyd gældende for perioden 2009-2010.

proaktiv på kunden og ikke ændre i tilbudet. Kunden vender tilbage og siger vi er for dyre – får at vide at der ikke er mere at gøre.

[...] vender tilbage og siger at vi får ordren på trods af pris, men fordi han har fået en umiddelbar respons og rådgivning omkring hans distribution.

Vedkender det er en underlig sag – lad mig høre hvad du synes.

Mener den er håndteret korrekt her fra

Hilsen

[...]"

102. Derudover kan der henvises til MCDs udsagn på orienteringsmødet med styrelsen.⁶⁵

3.4.2 Informationsudveksling

3.4.2.1 MCD og Mediabroker

103. Ud over den mailkorrespondance mellem MCD og Mediabroker, der er vedlagt i [...],⁶⁶ kan fremhæves følgende:

104. Det fremgår af den underskrevne kontrakt samt af de udkast til kontrakter, der vedrører perioden før 26. maj 2009,⁶⁷ under punktet samarbejdsorganisation, at der skal afholdes kvartalsmøder, hvor blandt andet *"status og budgettering på kunder, fremadrettet"* og *"koordinering af igangværende sager og potentielle kunder"* gennemgås.⁶⁸

105. Det fremgår også af internt notat hos Mediabroker benævnt *"Mediacenter Danmark – 19032009"* under pkt. *"1) Fastsætte tid og indhold for møder resten af året..."*, at opsamling på markedssituation og aktuel kundeportefølje er på som punkt på listen.⁶⁹ Det fremgår endvidere af endnu et internt notat hos Mediabroker, der har overskriften *"Samarbejde med Mediacenter DK"*,⁷⁰ at *"kundekontakt herunder kundedeling"* er på som emne.

106. Desuden er der fundet en mail fra MCD til Mediabroker, hvoraf det fremgår, at [...] har *"...talt med [...],⁷¹ og vil på et møde i morgen prøve at*

⁶⁵ [...]

⁶⁶ [...]

⁶⁷ [...]

⁶⁸ Det fremgår også af [...], at Mediabroker og MCD planlægger at mødes for at gennemgå de kundemæssige forhold.

⁶⁹ [...]

⁷⁰ [...]

⁷¹ [...].

trække de sager ud hvor der kan være konflikter, således at jeg kan sende en samlet liste ud til alle onsdag... ”⁷²

107. Dertil kommer den udveksling af kundeoplysninger, der foregår via Mediabrokers indsendelse af konsolideringsplaner og produktionsplaner, som er beskrevet i pkt. 31 i afsnit 3.1.⁷³

3.4.2.2 MCD og Carat

108. Fra kontrolundersøgelsen hos MCD er medtaget to kundelister med navne på Carats kunder.

109. Den ene kundeliste er sendt fra Aegis Media Danmark⁷⁴ til MCD⁷⁵ den 26. november 2007, og indeholder navnene på 873 virksomheder/institutioner. Listen er ledsaget af følgende mail:

[...]: Mail fra [...], Aegis Media Danmark, til [...], MCD, dateret den 26. november 2007:

”Hej [...]

Som lovet sender jeg en liste over Carat, Vizeum og Direct Homes⁷⁶ kunder. Og som nævnt og skrevet, er den fortrolig og skal behandles med diskretion.

Ligeledes har jeg vedhæftet vores konsolideringsark.

En oversigt over diverse særtilfælde og specielle forhold skal jeg nok vende tilbage med i løbet af ugen. Jeg håber, at det er ok?

Med venlig hilsen/Best regards

[...]”

110. Den anden kundeliste, der er medtaget fra kontrolundersøgelsen hos MCD, betegnes *”hands_off_kunder 2008”⁷⁷* og indeholder 1.773 kundenavne. Ud for 909 af kundenavnene er Carat noteret, og ud for de resterende 864 kundenavne er henholdsvis IUM, OMD, PHD⁷⁸ og [...] ⁷⁹ anført.

111. Det fremgår derudover af begge kontrakter indgået mellem MCD og Carat om indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser, at

⁷² [...]

⁷³ Der er blandt andet fundet to konsolideringsplaner for GroupM hos MCD. [...]

⁷⁴ Aegis Media Danmark er Carats moderselskab.

⁷⁵ [...]

⁷⁶ Direct Home er en afdeling i Carat.

⁷⁷ [...].

⁷⁸ PHD er et helejet datterselskab af Omnicom Media Group og dermed et søsterselskab til OMD.

⁷⁹ [...].

der skal afholdes kvartalsmøder, hvor *"status og budgettering på kunder, fremadrettet"* er et af emnerne. I den anden kontrakt er punktet *"koordinering af igangværende sager og potentielle kunder"* tilføjet.

112. Desuden er der fundet en mail fra MCD til Mediabroker, hvoraf det fremgår, at [...] har *"...talt med [...],⁸⁰ og vil på et møde i morgen prøve at trække de sager ud hvor der kan være konflikter, således at jeg kan sende en samlet liste ud til alle onsdag."*⁸¹

113. Dertil kommer den udveksling af kundeoplysninger, der foregår via Carats indsendelse af konsolideringsplaner og produktionsplaner,⁸² som er beskrevet i pkt. 31 i afsnit 3.1.

3.4.2.3. MCD og IUM

114. Der er fra kontrolundersøgelsen medtaget en liste hos MCD med navne på 482 virksomheder, der betegnes som *"bruttokundeliste IUM og MP14."*⁸³

115. Derudover er der medtaget en liste hos MCD over virksomheder/institutioner, der betegnes som *"hands_off_kunder 2008,"*⁸⁴ og som indeholder 1.773 kundenavne. IUM er noteret ud for 578 af kundenavnene på listen, mens henholdsvis Carat, OMD, PHD⁸⁵ og [...] er anført ud fra de øvrige 1.195 kundenavne på listen.

116. Der er ingen af disse lister, der betegnes som bilag A eller bilag B, som nævnt i kontrakterne. Bilag A nævnes dog i en intern mail i IUM.⁸⁷

117. Det fremgår af begge kontrakter, at der skal afholdes kvartalsmøder, hvor *"status og budgettering på kunder, fremadrettet"* og *"koordinering af igangværende sager og potentielle kunder"* gennemgås.⁸⁸

118. Derudover er der den udveksling af kundeoplysninger, der foregår via IUMs indsendelse af konsolideringsplaner og produktionsplaner til MCD, som er beskrevet i pkt. 31 i afsnit 3.1,⁸⁹ samt fremgår af en mail fra IUM til MCD om konsolideringsplan fra IUM.⁹⁰

⁸⁰ [...].

⁸¹ [...].

⁸² [...].

⁸³ [...].

⁸⁴ [...].

⁸⁵ PHD er et helejet datterselskab af Omnicom Media Group og dermed et søsterselskab til OMD.

⁸⁶ [...].

⁸⁷ [...].

⁸⁸ Se også [...], hvoraf det fremgår, at [...]og [...] har alle kvartalsmøder i kalenderen.

⁸⁹ [...].

⁹⁰ [...].

3.4.2.4. MCD og OMD

119. Der er fra kontrolundersøgelsen medtaget en liste hos MCD, der betegnes ”hands_off_kunder 2008.”⁹¹ Listen er dateret den 16. juni 2008 og indeholder 1.773 kundenavne. OMD er anført ud for 187 kundenavne, mens PHD⁹² er anført ud for 37 kundenavne. Ud fra de resterende 1.549 kundenavne er henholdsvis Carat, IUM og [...] ⁹³ anført.

120. Det fremgår af den underskrevne kontrakt og af de to udkast til kontrakter, at der skal afholdes kvartalsmøder, hvor blandt andet ”status og budgettering på kunder, fremadrettet” og ”koordinering af igangværende sager og potentielle kunder” skal gennemgås.

121. Dertil kommer den udveksling af kundeoplysninger, der foregår via OMDs indsendelse af konsolideringsplaner og produktionsplaner, som er beskrevet i pkt. 31 i afsnit 3.1.⁹⁴

3.5. Styrelsens spørgeskemaundersøgelse

122. Styrelsen har gennemført en spørgeskemaundersøgelse blandt virksomheder, der køber eller får formidlet distribution af adresseløse forsendelser. Undersøgelsens formål har været at afdække, hvorvidt MCD og full service mediebyureauerne Mediabroker, Carat, OMD og IUM kan antages at tilhøre samme omsætningsled.

123. Undersøgelsen viser bl.a., at de vigtigste parametre for slutkunderne ved køb af distribution af adresseløse forsendelser er pris og kvalitet. Undersøgelsen viser også, at det er mindre vigtigt for slutkunderne, om de kan købe distribution af adresseløse forsendelser sammen med tillægsydelser⁹⁵ eller andre medieydelser.⁹⁶

124. Alle de virksomheder, der har besvaret spørgeskemaet, var/er interesserede i at købe distribution af virksomheder, der ikke tilbyder andre ydelser end selve distributionen af adresseløse forsendelser. Dermed understøtter undersøgelsen Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens antagelse om, at MCD og full service mediebyureauerne opererer på det samme omsætningsled, jf. afsnit 4.1.1.1.

⁹¹ [...]

⁹² PHD er et helejet datterselskab af Omnicom Media Group og dermed et søsterselskab til OMD.

⁹³ [...].

⁹⁴ Det fremgår fx af [...], at der skal indsendes produktionsplaner til MCD inden 1. december 2010.

⁹⁵ Fx segmentering/målgruppeudvælgelse i forbindelse med distribution af adresseløse forsendelser, rådgivning om udsendelsesstrategi/optimering af udsendelse af adresseløse, effektanalyser af udsendelse af adresseløse, generel rådgivning om adresseløse mv.

⁹⁶ Fx ydelser, der vedrører andre medier og distribution heraf, strategisk rådgivning om valg af medier mv.

125. Spørgeskemaundersøgelsen i sin helhed fremgår af [...].

3.6. Parternes høringssvar

126. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget høringssvar fra alle parterne samt fra FK Distribution.⁹⁷

127. I afsnit 3.6. Parternes høringssvar er medtaget de væsentligste indvendinger fra høringssvarene. Det fremgår under gennemgangen af de enkelte punkter, hvem af parterne, der har gjort indvendingen gældende.

128. Parterne har gjort følgende gældende:

(1) at der enten ikke foreligger en (horisontal) kundedelingsaftale, eller at der ikke foreligger en alvorlig konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, jf. afsnit 3.6.1.

(2) at bestemmelserne om ”kundeejerskab” og ”rettigheder over kundedatabase” burde vurderes i lyset af indkøbssamarbejdet, jf. afsnit 3.6.2.

(3) at der ikke foreligger en mærkbar begrænsning af konkurrencen, jf. afsnit 3.6.3.

(4) at indkøbssamarbejdet kan fritages efter fritagelsesbestemmelserne, henholdsvis at indkøbssamarbejdet slet ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, hvorefter fritagelsesbestemmelserne derfor heller ikke finder anvendelse jf. afsnit 3.6.4.

(5) at påbuddet er indholdsløst, for uklart, for vidtrækkende og vil forhindre ethvert fremtidigt samarbejde, jf. afsnit 3.6.5.

129. OMD har afgivet et væsentligt mere omfattende høringssvar end de øvrige parter, hvor OMD udover flere af de ovenfor anførte indvendinger også gør gældende:

(1) Dels at der er foretaget en forkert afgrænsning af det relevante marked, og at OMD slet ikke er aktør på det relevante marked, jf. afsnit 3.6.6.

(2) At forholdet og dermed aftalen mellem OMD og MCD, såfremt OMD accepterer styrelsens hypotese om, at MCD og OMD er konkurrenter, er omfattet af den vertikale gruppefritagelse, jf. afsnit 3.6.7.

⁹⁷ Post Danmark har valgt ikke at afgive høringssvar.

(3) At styrelsens vurdering af informationsudvekslingen er mangelfuld, jf. afsnit 3.6.8.

130. Endelig forventer OMD fornyet partshøring ”såfremt styrelsen fastholder at inddrage OMD i sagen,” idet OMD mener, ”at styrelsens fremstilling er baseret på en ukorrekt beskrivelse af markedet, en ukorrekt angivelse af det relevante marked, en misforstået vurdering af virkningerne i markedet, en ukorrekt vurdering af det foreliggende aftalegrundlag og en deraf ukorrekt konklusion.” OMD mener i øvrigt, at ”det har således formodningen mod sig, at der kan være identitet mellem det notat, som OMD har modtaget i partshøring, og det notat, som styrelsen må forventes at skulle forelægge for Konkurrencerådet.”

131. Udover at høre parterne har styrelsen i nærværende sag ligeledes valgt at høre Post Danmark og FK Distribution om afsnit 3.1. Indledning, afsnit 3.2. Virksomhederne, afsnit 3.3. Markedsbeskrivelse, og afsnit 4.1. Markedsafgrænsning, jf. reglerne om meroffentlighed. Post Danmark er blevet hørt, fordi parterne, for så vidt angår de aftaler, der er behandlet i nærværende sag, har afsat Post Danmarks distribution af adresseløse forsendelser, og i øvrigt fordi Post Danmark er en af de to væsentligste distributører af adresseløse forsendelser. FK Distribution er blevet hørt, fordi FK Distribution er den anden af de to væsentligste distributører af adresseløse forsendelser.

132. FK Distribution har blandt andet indvendinger mod, at styrelsen ikke har redegjort for mellemmandsleddet som et selvstændigt marked i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked.

133. FK Distributions kommentarer til vurderingen af det relevante marked gennemgås nedenfor under afsnit 3.6.6.

134. Høringssvarene og styrelsens kommentarer for så vidt angår de ovenfor anførte punkter gennemgås nedenfor. Desuden har parterne haft konkrete bemærkninger til de enkelte afsnit i sagsfremstillingen og vurderingen, som er indarbejdet på de relevante steder i den udstrækning, som styrelsen er enig i parternes bemærkninger.

3.6.1. Høringssvar vedrørende aftaleforholdet

135. Carat, IUM og OMD har haft indvendinger mod, at der skulle foreligge en kundedelingsaftale med MCD.

3.6.1.1. Carats høringssvar⁹⁸ vedrørende aftaleforholdet

136. Carat anfører bl.a. at ”det kan ikke anerkendes, at der foreligger en kundedelingsaftale mellem MCD og Carat Danmark A/S. Den aftale parterne

⁹⁸ Carat har den 3. marts 2011 fremsendt sit høringssvar på det materiale, som blev sendt i høring hos parterne den 9. februar 2011. [...]

har indgået med virkning fra den 22. november 2007 har primært til formål at regulere indkøbssamarbejdet.”

137. Styrelsen skal her henvise til rådsnotatets afsnit 4.3.2., 4.3.2.2., 4.3.3. og 4.3.3.2., samt den heri refererede praksis m.m., der understøtter styrelsens vurdering af den mellem Carat og MCD indgåede kundedelingsaftale.

3.6.1.2. IUMs høringssvar⁹⁹ vedrørende aftaleforholdet

138. IUM har blandt andet gjort gældende:

at ”aftale[n] mellem MCD og IUM og det mellem samme parter etablerede samarbejde har ikke haft til formål eller til følge at begrænse konkurrencen – i det mindste ikke i et omfang, så det kan betegnes som en ”hardcore” konkurrencebegrænsning.”

139. I denne forbindelse anfører IUM bl.a., *”at ikke enhver loyal beskyttelse af samarbejdspartneres respektive kunder kan betragtes som kundedeling, der uden videre vil være så skadelig for konkurrencen, at den har et konkurrencebegrænsende formål.”*

140. Styrelsen skal bemærke, at en loyal beskyttelse af samarbejdspartneres respektive kunder, hvor samarbejdspartnerne er konkurrenter, netop udgør kundedeling. Kundedelingsaftaler mellem konkurrenter er aftaler, der efter sin art har til formål at begrænse den effektive konkurrence. En kundedelingsaftale er derfor en ”hardcore” konkurrencebegrænsning. Styrelsen er derfor ikke enig i IUMs kommentar.

141. For så vidt angår pkt. 397 i rådsnotatet bestrider IUM, *”at bestemmelsen i kundeklausulen skulle sætte en normal konkurrencesituation mellem parterne ud af kraft.”*

142. Styrelsen skal bemærke, at ved at MCD og IUM deler kunderne imellem sig fratages disse kunder valget mellem, om vedkommende vil købe eller få formidlet distribution af adresseløse forsendelser gennem MCD eller gennem IUM. Dermed fratages disse kunder den gevinst, der kan være i form af bedre service, lavere priser mv., som kunden ville kunne opnå uden de nævnte bestemmelser.

3.6.1.3. OMDs høringssvar¹⁰⁰ vedrørende aftaleforholdet

143. For så vidt angår styrelsens vurdering af kundedelingsaftalerne, gør OMD blandt andet følgende gældende

⁹⁹ IUM har den 1. marts 2011 fremsendt sit høringssvar på det materiale, som blev sendt i høring hos parterne den 9. februar 2011. [...]

¹⁰⁰ OMD har den 4. marts 2011 fremsendt sit høringssvar på det materiale, som blev sendt i høring hos parterne den 9. februar 2011. [...]

- (1) Der er ikke tale om kundedeling
- (2) Styrelsen har ikke tilstrækkeligt bevis
- (3) OMD kender ikke MCDs kunder, og MCD kender ikke OMDs kunder, medmindre kundeoplysningerne fremgår af de oplysninger, som skal tilsendes Post Danmark.

Ad. (1) Der er ikke tale om kundedeling

144. OMD mener overordnet set ikke, at OMD og MCD er konkurrenter. Dette er styrelsen ikke enig i, da såvel OMD som MCD afsætter den distribution af adresseløse forsendelser, som MCD indkøber hos Post Danmark, til slutkunderne for distribution af adresseløse forsendelser.

145. OMD henviser i sit høringssvar til,¹⁰¹ at styrelsen i pkt. 350 har anført, at der foreligger en kundedelingsaftale under henvisning til MCDs udsagn på orienteringsmødet d. 29.6.2010. OMD mener, at styrelsen har bragt MCD "i den vildfarelse," at MCD er konkurrent til OMD. Den samme opfattelse har OMD ikke i forhold til MCDs udlægning af formålet med kundeejerskabsbestemmelsen. OMD anfører således, at "MCD netop udtaler, at bestemmelsen om kundeejerskab er et udtryk for, at mediebureauet formidler bureauets egne klienter til MCD og i den forbindelse skal oplyse om klientens identitet. Det er helt åbenbart, at et mediebureau i den forbindelse skal sikre sin egen kundebase mod aktivt salg fra konsolidatoren. I modsat fald vil konsolidatoren risikere, at mediebureauet ikke vil gøre brug af konsolidatoren, og dermed vil konsolidatorens forretningsgrundlag ikke være til stede."

146. Styrelsen skal bemærke, at det ikke er tilladt i horisontale aftaleforhold at begrænse aktivt salg.

147. OMD anfører, at styrelsen i pkt. 347 har anført, at "MCD og OMD har indgået en kontrakt vedrørende videresalg af distribution af adresseløse forsendelser."¹⁰² Dette mener OMD er en forkert opfattelse af faktum. OMD mener derimod alene, at "OMD optræder som kunde hos MCD på vegne af OMDs klienter."¹⁰³

148. Styrelsen bemærker, at det fremgår af kontrakten underskrevet 30. oktober 2007, at "den enkelte kunde faktureres af [OMD], ligesom forhandlingen med kunden varetages af [OMD]." Idet OMD fakturerer sine kunder i forhold til den gennem MCD indkøbte distribution af adresseløse forsendelser, og idet OMD i denne forbindelse varetager forhandlingen med sine kunder, finder styrelsen, at formålet med aftaleforholdet er, at OMD skal

¹⁰¹ [...]

¹⁰² [...]

¹⁰³ [...]

videresælge eller videreformidle den gennem MCD indkøbte distribution af adresseløse forsendelser.

149. I øvrigt bemærker styrelsen, at det er uden betydning for sagen, at OMD over for MCD optræder på vegne af OMDs klienter jf. rådsnotatets pkt. 310.

150. Det forhold, at parterne har aftalt en kundeklausul, uanset at den ikke er gensidig, understøtter, at OMD og MCD er konkurrenter og afsætter til de samme kunder. Styrelsen er derfor ikke enig i OMDs argument om, at der ikke foreligger en (horisontal) kundedelingsaftale, jf. også rådsnotatets pkt. 219.

151. Endvidere henviser OMD til U.2008.2665V, hvor landsretten konkluderede, at en kundeklausul mellem konkurrenter ikke var konkurrencebegrænsende og dermed heller ikke ugyldig. Styrelsen skal bemærke, at den sag, som OMD henviser til, angår en aftale om en underleverance mellem to konkurrenter til en af den ene konkurrents kunder. Der er i nærværende sag ikke tale om et sådant underleveranceforhold, hvorfor den refererede dom ikke finder anvendelse på forholdet mellem OMD og MCD.

152. Endelig har OMD anført, at OMD har fastholdt den aftale, der er underskrevet den 30. oktober 2007.

Ad. (2) Styrelsen har ikke tilstrækkeligt bevis

153. OMD anfører, at styrelsen ved alene at anvende "*én mail og én underskrevet kontrakt*" samt "*to kontraktudkast*" ikke har ført tilstrækkeligt bevis for, at OMD skulle have indgået en kundedelingsaftale med MCD.

154. Det fremgår af praksis, at én aftale eller én skrivelse¹⁰⁴ eller sågar ét møde¹⁰⁵ kan udgøre tilstrækkeligt bevis, for at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale eller en konkurrencebegrænsende samordnet adfærd, jf. også pkt. 314 i rådsnotatet og den heri citerede praksis. Styrelsen vurderer derfor, at der er tilstrækkeligt bevis for, at der er indgået en kundedelingsaftale mellem OMD og MCD.

¹⁰⁴ Se udover den i pkt. 314 refererede praksis bl.a. Rettens dom i sag T-43/92, *Dunlop Slazenger International mod Kommissionen*, pr. 40-51.

¹⁰⁵ Se således bl.a. Domstolens dom i forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P: *Aalborg Portland A/S m.fl.*, pr. 81ff.

Ad. (3) OMD kender ikke MCDs kunder og MCD kender ikke OMDs kunder medmindre kundeoplysningerne fremgår af de oplysninger som skal tilsendes PDK

155. OMD anfører bl.a. ”at OMD notorisk ikke har kendskab til MCDs kunder.”¹⁰⁶ Styrelsen finder forholdet irrelevant, idet også ensidig kundedeling mellem konkurrenter ikke er tilladt.

156. OMD anfører endvidere bl.a., ”at MCD ikke er bekendt med OMDs kunder, med mindre dette fremgår af de oplysninger, som Post Danmark kræver indsendt, og som MCD derfor også skal have tilsendt.”¹⁰⁷ Styrelsen finder, at det er sagen uvedkommende, at udvekslingen af kundeoplysningerne finder sted, fordi Post Danmark kræver disse oplysninger. Det afgørende er, at MCD er konkurrent til OMD, hvorfor det kan være problematisk, at MCD modtager OMDs kundeoplysninger, der er strategisk vigtige oplysninger, og at denne udveksling finder sted, når OMD og MCD samtidig har indgået en kundeklausul. Derudover har styrelsen fundet en kundeliste hos MCD, hvor OMD er noteret ud for 187 af kundenavnene, hvorfor dette understøtter, at MCD har haft kendskab til kunder hos OMD.

3.6.2. Vurderingen af bestemmelserne om ”kundeejerskab” og ”rettigheder over kundedatabase” burde vurderes i lyset af indkøbssamarbejdet

157. Alle parterne, bortset fra MCD og Carat, har anført, at parternes bilaterale kundedelingsaftaler burde vurderes i lyset af indkøbssamarbejdet.

158. OMD har anført, at styrelsen ikke har vurderet OMDs aftale med MCD i den rette retlige og økonomiske sammenhæng, herunder i lyset af indkøbssamarbejdet.

3.6.2.1. Mediabrokers høringssvar¹⁰⁸ vedrørende behov for vurdering af indkøbssamarbejdet

159. Mediabroker har anført:

”Det er Mediabrokers opfattelse, at udkastet til rådsnotatet ikke i tilstrækkelig grad beskriver kundeklausulerne i den bredere sammenhæng, de indgår i. Rådsnotatet fokuserer for ensidigt og teoretisk på det forhold, at deltagerne i indkøbssamarbejdet har indgået aftaler vedrørende kundedeling, der per definition har til formål at begrænse konkurrencen.

¹⁰⁶ [...]

¹⁰⁷ [...]

¹⁰⁸ Mediabroker har den 7. marts 2011 fremsendt sit høringssvar på det materiale, som blev sendt i høring hos parterne den 9. februar 2011. [...]

Der er imidlertid ikke tale om et tilfælde af klassisk kundedeling i denne sag. Som beskrevet ovenfor har indkøbsforeningens overordnede formål været, ud fra de vilkår der er fastsat af Post Danmark, at skabe størst mulig konkurrence på markedet til fordel for både store og små kunder. Og det er på denne baggrund kundeklausulerne bør ses i lyset af.”

160. Styrelsen behandler ikke kundedelingsaftalerne som en del af indkøbssamarbejdet, idet styrelsen ikke finder, at parterne har ført bevis for, at disse er nødvendige for et indkøbssamarbejde, jf. afsnit 4.5.1. i rådsnotatet.

161. Styrelsen vurderer derfor, at selvom aftalerne om kundedeling blev vurderet som led i indkøbssamarbejdet, dvs. som et samlet hele, ville det ikke ændre på styrelsens konklusion. Styrelsen er derfor ikke enig i bemærkningerne på dette punkt.

3.6.2.2. IUMs høringssvar vedrørende behov for vurdering af indkøbssamarbejdet

162. Det fremgår af IUMs kommentarer vedr. hhv. aftalen¹⁰⁹ og fritagelsesbestemmelserne¹¹⁰, at IUM er af den opfattelse, at aftalerne om kundedeling bør vurderes i lyset af indkøbssamarbejdet.

163. Se hertil styrelsens bemærkninger i pkt. 160 og pkt. 161. Styrelsen er derfor ikke enig i IUMs bemærkninger på dette punkt.

3.6.2.3. OMDs høringssvar vedrørende behov for vurdering af indkøbssamarbejdet

164. OMD anfører bl.a.,¹¹¹ at aftalen skal vurderes ud fra den gældende regulering om indkøbssamarbejder. OMD anfører at ”*eftersom der er tale om en konstruktion sammenlignelig med et indkøbssamarbejde, skal aftalen vurderes ud fra gældende regulering om indkøbssamarbejder.*”

165. Se hertil styrelsens bemærkninger i pkt. 160 og pkt. 161. Styrelsen er derfor ikke enig i OMDs bemærkninger på dette punkt.

166. OMD anfører desuden, at styrelsen ikke har vurderet OMDs aftale med MCD i den rette retlige og økonomiske sammenhæng. I forbindelse med OMDs indvendinger mod styrelsens afgrænsning af det relevante marked har OMD anført, at ”*Uagtet hvad styrelsens undersøgelser af ændringerne i markedet vil vise, så skal strukturen i markedet undersøges og beskrives. Som det fremgår ovenfor, er strukturen i markedet relevant, idet aftaleforholdet skal analyseres i aftalens retlige og økonomiske kontekst.*”

¹⁰⁹ [...]

¹¹⁰ [...]

¹¹¹ [...]

167. Det fremgår videre af afsnit 3 i OMDs høringssvar, at en vurdering af aftalen i dens rette retlige og økonomiske kontekst vil medføre, at markedet ikke er korrekt afgrænset, at OMD ikke er på samme omsætningsled som MCD, og at OMDs og MCDs aftale er omfattet af reglerne om parallel distribution.

168. Da styrelsen ikke er enig i OMDs indvendinger mod markedsafgrænsningen, herunder at det er nødvendigt at afgrænse markedet endeligt, og at OMD ikke er på samme omsætningsled som MCD, jf. afsnit 3.6.6.1., samt at OMDs og MCDs aftale skulle være omfattet af reglerne om parallel distribution, jf. afsnit 3.6.7., er styrelsen ikke enig i, at styrelsen ikke har vurderet aftalen mellem OMD og MCD i sin rette retlige og økonomiske sammenhæng.

3.6.3. Vurderingen af mærkbarhed

169. Mediabroker, IUM og OMD har indvendinger mod styrelsens vurdering af mærkbarheden.

3.6.3.1. Mediabrokers høringssvar vedrørende mærkbarhed

170. For så vidt angår styrelsens vurdering af kundedelingsaftalerne anfører Mediabroker, at *"det er [...] Mediabrokers opfattelse, at udstrækningen af de omhandlede kundeklausuler er af begrænset omfang. [...] Mediabroker har ikke modtaget oplysninger om MCDs kunder og har heller ikke følt sig begrænset i forhold til at gå aktivt efter MCDs kunder."*

171. Uddybende forklarer Mediabroker, at det begrænsede omfang kan henføres til, at markedet *"er kendetegnet ved en høj grad af kundemobilitet,"* og hvor *"kunderne er professionelle virksomheder, der shopper rundt mellem de enkelte aktører afhængig af, hvem der kan tilbyde de bedste priser og ydelser."*

172. Styrelsen skal bemærke, at det ved alvorlige konkurrencebegrænsninger så som kundedeling mellem konkurrenter ikke er afgørende, i hvilket omfang en kundedelingsaftale anvendes. Ved alvorlige konkurrencebegrænsninger, gælder der ikke et kvantitativt mærkbarhedskriterium. I forhold til det kvalitative mærkbarhedskriterium udtalte Konkurrenceankenævnet i *Lokalbank-sagen: "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."*¹¹² MCDs og mediebyureauernes samlede

¹¹² Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007 *"Møns Bank, Lokalbanken i Nordsjælland, Skælskør Bank, Lollands Bank, Vordingborg Bank, Totalbanken og DiBa Bank mod Konkurrencestyrelsen,"* pkt. 6.9.

markedsandel, jf. pkt. 417 i rådsnotatet, understøtter, at kriteriet om mærkbarhed er opfyldt i nærværende sag.

3.6.3.2. IUMs høringssvar vedrørende mærkbarhed

173. IUM anfører i sit høringssvar, at *"den i udkastet omtalte aftale mellem MCD og IUM og det mellem samme parter etablerede samarbejde har ikke mærkbart begrænset konkurrencen og kravet om den kvalitative mærkbarhed er ikke opfyldt."*

174. Dette udsagn er baseret på, at IUM ikke mener, at der i nærværende sag foreligger en aftale om kundedeling, der har til formål at begrænse konkurrencen.

175. Styrelsen er ikke enig i dette udsagn, idet styrelsen finder, at IUM og MCD har indgået en aftale om kundedeling, der efter sin art har til formål at begrænse den effektive konkurrence. For sådanne konkurrencebegrænsninger er der, som det fremgår af rådsnotatets afsnit 4.3.4, en formodning for mærkbarhed. For så vidt angår det kvalitative mærkbarhedskrav findes dette opfyldt, også selvom aftalen kun måtte have været anvendt i begrænset omfang.

176. Der gælder ikke et kvantitativt mærkbarhedskrav for aftaler, der efter sin art har til formål at begrænse konkurrencen, jf. pkt. 422 - 424 i rådsnotatet.

3.6.3.3. OMDs høringssvar vedrørende mærkbarhed

177. For så vidt angår styrelsens vurdering af mærkbarhed, har OMD anført,¹¹³ at styrelsens konklusion vedrørende mærkbarhed *"er baseret på en forkert opfattelse af det relevante marked, en forkert opfattelse af aktørernes rolle i markedet samt en forkert og utilstrækkelig analyse af aftaleforholdet mellem aktørerne i markedet."*

178. Styrelsen bemærker, at OMDs indvendinger mod styrelsens vurdering af mærkbarhed hovedsageligt er baseret på, at OMD ikke er enig i styrelsens vurdering af det relevante marked. Derfor kommenterer styrelsen på denne indvending i afsnit 3.6.6.1., der vedrører OMDs høringssvar vedrørende det relevante marked.

179. Derudover skal styrelsen for så vidt angår OMDs kommentar om, at der ikke kan foreligge mærkbarhed med en samlet markedsandel på 10-20 procent, hvor de to store konkurrenter er meget større, henvise til den praksis, der er refereret i rådsnotatets pkt. 172 og pkt. 417. Med henvisning til denne praksis vedrørende kvalitativ mærkbarhed er styrelsen ikke enig i denne indvending.

¹¹³ [...]

3.6.4. Vurderingen af fritagelsesbestemmelserne

180. Af parterne er det alene IUM og OMD, der har indvendinger mod styrelsens vurdering af fritagelsesbestemmelserne.

3.6.4.1. IUMs høringssvar vedrørende fritagelsesbestemmelserne

181. IUM har anført en række argumenter for, at indkøbssamarbejdet via MCD skulle opfylde fritagelsesbetingelserne i henholdsvis konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3. Styrelsen er ikke enig i disse argumenter, da styrelsen ikke har vurderet indkøbssamarbejdet, men derimod bestemmelserne om "kundeejerskab" og "rettigheder over kundedatabase," som styrelsen finder, udgør aftaler om kundedeling.

3.5.4.2. OMDs høringssvar vedrørende fritagelsesbestemmelserne

182. OMD har i afsnit 4.4., s. 23, i sit høringssvar anført følgende, at det er "illusorisk og irrelevant at undersøge mulige grunde til, at aftaleforholdet skal fritages efter konkurrencelovens § 8," idet OMD mener, at "samarbejdsaftalen mellem OMD og MCD ikke er konkurrencebegrænsende."

183. Styrelsen bemærker, at det ikke er indkøbssamarbejdet, som er genstand for nærværende sag, men derimod aftalen om kundedeling.

3.6.5. Påbuddet

184. Både MCD, Carat og Mediabroker har tilkendegivet, at de mener, at påbuddet allerede er opfyldt, fordi bestemmelserne om "rettigheder over kundedatabase" er annulleret. Derfor mener MCD, Carat og Mediabroker, at påbuddets første pind er indholdsløs, og at det er uvist, hvorledes dokumentationskravet skal opfyldes.

185. Dertil kommer, at IUM og Mediabroker¹¹⁴ har anført, at påbuddet er for vidtrækkende. OMD har ingen kommentarer til udformningen af påbuddet, formentlig fordi OMD er af den opfattelse, at OMD ikke har overtrådt konkurrencereglerne.

3.6.5.1. MCDs høringssvar¹¹⁵ vedrørende påbuddet

186. For så vidt angår styrelsens vurdering af kundedelingsaftalerne anfører MCD, at MCD "forstår [...] ikke, at der i udkastet til afgørelse lægges op til et påbud om "at bringe eksisterende aftaler vedrørende "kundeejerskab" og "rettigheder over kundedatabase" til ophør, idet dette - som bekendt - skete primo juli 2010." Denne kommentar er baseret på, at MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat og IUM har "indgået skriftlig aftale om annullation af det

¹¹⁴[...]

¹¹⁵ MCD har den 3. marts 2011 fremsendt sit høringssvar på det materiale, som blev sendt i høring hos parterne den 9. februar 2011. [...] Derudover har MCD efter høringsfristens udløb sendt 4 skrivelser, der primært omhandler indvendinger mod udformningen af påbuddets 2. pind. [...]

kapitel i aftalerne, som vedrører "kundejerskab" og "rettigheder over kundedatabase,"¹¹⁶ og at MCD har tilsendt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen dokumentation herfor.

187. Styrelsen skal bemærke, at uanset at MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat og IUM har annulleret de nævnte bestemmelser, finder Konkurrencerådet det nødvendigt at udstede et fremadrettet påbud over for parterne for at sikre en effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne.

188. MCD anfører for så vidt angår 2. pind i påbuddet, *"at den valgte formulering efter min opfattelse er for bred og ubestemt, og bør konkretiseres, idet ikke enhver udveksling af oplysninger om kunder "muliggør deling af kunder" og dermed kan være konkurrencebegrænsende.*

189. I forlængelse af MCDs bemærkninger til påbuddets 2. pind har styrelsen præciseret påbuddets 2. pind fra *"at undlade fremover at deltage i enhver aktivitet, som muliggør deling af kunder, herunder undlade at udveksle oplysninger om kunder,"* til *"fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling."*

190. MCD har efterfølgende meddelt,¹¹⁶ at såfremt påbuddet også medfører, at mediebureauerne ikke længere kan indsende konsolideringsplaner og produktionsplaner via MCD, er det MCDs opfattelse, *"at der er en fundamental uoverensstemmelse mellem Styrelsens holdning til indkøbssamarbejdet mellem konkurrenter i henhold til afgørelsen fra 2005 – og den udsendte pressemeddelelse herom – og til den holdning, som Styrelsen i dag tilkendegiver om, at konkurrenters samlede indlevering af produktionsplaner er i strid med konkurrencelovens § 6"*.

191. Styrelsen bemærker, at det er aftaler om kundedeling, der er genstanden for nærværende sag, og ikke indkøbssamarbejdet. Styrelsen skal hertil bemærke, at det fremgår af pkt. 7 og 24 i rådsnotatet, at Konkurrencerådet ikke ved at acceptere Post Danmarks tilsagn i 2005 har accepteret, at der i regi af indkøbsforeninger indgås konkurrencebegrænsende aftaler. Det fremgår ikke af Konkurrencerådets accept af Post Danmarks tilsagn, at konkurrenters samlede indlevering af produktionsplaner skal ske igennem en af konkurrenterne. Ifølge styrelsens opfattelse er der derfor ikke uoverensstemmelse mellem Konkurrencerådets accept af Post Danmarks tilsagn i 2005 og de af styrelsen formulerede påbud i nærværende sag. Endvidere bemærker styrelsen, at påbuddet ikke forhindrer MCD i at foretage konsolidering, blot ikke *"...på en måde, der muliggør kundedeling."*

3.6.5.2. Mediabrokers høringssvar vedrørende påbuddet

192. Mediabroker anfører bl.a., at

¹¹⁶ MCD har indsendt 3 skrivelser efter høringsfristens udløb.

"Det første påbud om at bringe eksisterende aftaler vedrørende "kundeejerskab" og "rettigheder over kundedatabase" til ophør forekommer umiddelbar unødvendigt.

Styrelsen anfører selv i udkastet (punkt 17), at MCD allerede den 1. juli 2010 meddelte styrelsen, at disse bestemmelser var blevet annulleret med øjeblikkelig virkning. Mediabroker har endvidere til orientering fremsendt kopi af den nye aftale mellem MCD og Mediabroker, hvoraf det fremgår, at aftalebestemmelserne heller ikke indgår i det nye skriftlige aftalegrundlag mellem MCD og Mediabroker.

Der eksisterer således ikke længere aftaler mellem parterne vedrørende "kundeejerskab" og "rettigheder over kundedatabase" - hverken skriftligt, mundtligt eller stiltiende - hvorfor det fremstår uklart, hvad parterne skal foretage sig yderligere for at dokumentere, at dette påbud er opfyldt.

193. For så vidt angår Mediabrokers indvending om, at påbuddets 1. pind er overflødig, skal styrelsen her henvise til styrelsens bemærkninger i rådsnotatets pkt. 187.

194. For så vidt angår indvendingen om, at det er uklart, hvad parterne skal foretage sig yderligere for at dokumentere, at påbuddet er opfyldt, kan styrelsen oplyse, at påbuddet kan opfyldes ved, at parterne indsender en erklæring til styrelsen, hvor parterne erklærer, at der ikke længere foreligger aftaler om kundedeling mellem parterne, og hvori parterne dokumenterer de tiltag, som parterne har iværksat for at sikre, at MCD fortsat kan foretage konsolidering, uden at der udveksles kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling. Dvs. i erklæringen kan parterne dokumentere, hvorledes de har taget højde for at efterleve påbuddet.

195. Mediabroker anfører desuden at *"Det er Mediabrokers opfattelse, at styrelsens indstilling til påbud ikke er tilstrækkeligt præcist formuleret"* og endvidere, at

"For så vidt angår det andet påbud om at "undlade fremover at deltage i enhver aktivitet, som muliggør deling af kunder, herunder undlade at udveksle oplysninger om kunder", er det Mediabrokers opfattelse, at dette påbud er så uklart, at det ikke umiddelbart er muligt for Mediabroker at udlede, hvilken nærmere adfærd styrelsen påbyder parterne at ophøre med. Dermed fremstår det også uklart, hvordan parterne skal kunne dokumentere, at den nævnte adfærd er ophørt.

Det fremstår således ikke helt klart, om påbuddet reelt indebærer, at parterne ikke længere må fortsætte indkøbssamarbejdet med MCD som konsolidator. Såfremt dette er tilfældet, bør dette fremgå klart af påbuddet.

196. I forlængelse af bemærkningerne til påbuddets 2. pind har styrelsen præciseret påbuddets 2. pind fra *"at undlade fremover at deltage i enhver aktivitet, som muliggør deling af kunder, herunder undlade at udveksle oplysninger om kunder,"* til *"fremover at undlade kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling."*

197. Endvidere bemærker styrelsen, at indkøbssamarbejdet ikke er genstand for nærværende sag, og at det er op til parterne at indrette indkøbssamarbejdet i overensstemmelse med gældende ret. Derfor skal styrelsen ikke i påbuddet tage stilling til, om parterne kan fortsætte indkøbssamarbejdet med MCD som konsolidator.

198. Mediabroker anfører endvidere, at

"Mediabroker ønsker dog at gøre opmærksom på, at et påbud af et sådant omfang forekommer unødigt vidtgående henset til (i) indkøbsforeningens overordnede konkurrencefremmende formål, (ii) baggrunden for indgåelsen af kundeklausulerne, (iii) kundeklausulernes begrænsede udstrækning og effekt, (iv) parternes annullation af kundeklausulerne og (v) den risiko, der vil være forbundet med et påbud af et sådant omfang.

...

Sammenfattende er det således Mediabrokers opfattelse, at styrelsen i sin alt for ensidige og teoretiske fokus på kundeklausulernes - isolerede set - konkurrencebegrænsende formål går langt videre, end hvad der er nødvendigt og konkurrenceretligt forsvarligt."

199. Styrelsen skal, for så vidt angår Mediabrokers kommentar under (i) bemærke, at indkøbssamarbejdet ikke er genstand for nærværende sag, og at styrelsen vurderer, at styrelsens vurdering ikke ville være anderledes, såfremt aftalerne om kundedeling var vurderet som led i indkøbssamarbejdet, idet styrelsen ikke finder, at disse er nødvendige, jf. afsnit 4.5.1. i rådsnotatet, under (ii) bemærke, at parternes subjektive hensigt med indgåelsen af aftaler om kundedeling ikke nødvendigvis skal medtages i vurderingen, jf. også pkt. 359 i rådsnotatet, under (iii) bemærke, at aftaler om kundedeling falder ind under konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101 uanset om disse alene måtte have været anvendt i begrænset omfang jf. pkt. 315 i rådsnotatet, under (iv) henviser til pkt. 187 i rådsnotatet og under (v) bemærke, at styrelsen har præciseret påbuddets 2. pind jf. pkt. 196.

200. For så vidt angår påbuddets opfyldelse (dokumentationskravet) henvises til styrelsens kommentarer i pkt. 194 i rådsnotatet.

3.6.5.3. Carats hørings svar vedrørende påbuddet

201. Carat anfører at *"aftalens afsnit, der bærer overskriften "Rettigheder over kundedatabase"* er blevet annulleret, og for så vidt angår, at styrelsen i rådsnotatet har anført, at *"styrelsen har derimod ikke modtaget oplysninger om, at udvekslingen af kundeoplysninger er ophørt"* anfører Carat, at det er vanskeligt at dokumentere noget, der er ophørt og ikke finder sted. Carats advokat oplyser, at det over for ham er oplyst og bekræftet, at udvekslingen af kundeoplysninger er ophørt samtidig med tillæg til aftalen. Selvom Carat ikke kan erkende at have overtrådt konkurrencelovens § 6/TEUF art. 101, så har parterne aftalt, at Carat accepterer at ændre adfærd i forbindelse med indkøbssamarbejdet. Derfor forekommer påbuddet i pkt. 464 ifølge Carat overflødig.

202. Styrelsen skal, for så vidt angår Carats indvendig om, at påbuddet er overflødig, henvise til styrelsens bemærkninger i pkt. 187 i rådsnotatet. For så vidt angår dokumentationskravet kan styrelsen henvise til styrelsens bemærkninger i pkt. 194 i rådsnotatet.

203. Desuden anfører Carat, at såvel påbuddets 2. og 3. punkt er for upræcist og generelt (indholdsløst) formuleret. Dette gør imidlertid ikke noget ifølge Carat, *"idet parterne som sagt har ændret forretningsmønster og alene udveksler produktionsplaner med angivelse af kundenavne."*

204. Styrelsen skal her henvise til pkt. 196, hvoraf det fremgår, at styrelsen har præciseret 2. pind i påbuddet.

3.6.5.4. IUMs hørings svar vedrørende påbuddet

205. IUM anfører i sit hørings svar, at såfremt påbuddet i dens nuværende form opretholdes, vil Konkurrencerådet sanktionere strengere og mere vidtrækkende end nødvendigt. Andet punkt i påbuddet vil ifølge IUM udelukke ethvert fremtidigt samarbejde mellem IUM og MCD. Efter IUMs opfattelse er det nødvendigt at kunne udveksle en vis grad af oplysninger om kunderne. Styrelsen skal her henvise til pkt. 196 i rådsnotatet, hvoraf det fremgår, at styrelsen har præciseret 2. pind i påbuddet.

3.6.6. Vurderingen af det relevante marked

206. Af parterne er det alene OMD, der har indvendinger mod styrelsens vurdering af det relevante marked.

3.6.6.1. OMDs hørings svar vedrørende det relevante marked

207. OMDs indvendinger mod styrelsens vurdering af det relevante marked er to-leddet, idet OMD anfægter (i) styrelsens afgrænsning af det relevante marked, og (ii) styrelsens konstatering af, at OMD er i samme omsætningsled som MCD.

Ad. (i) Styrelsens afgrænsning af det relevante marked

208. OMD anfører, at styrelsen ikke har afgrænset et ”marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.” I sit høringssvar har OMD bl.a. indledningsvist anført, at afgrænsningen af det relevante marked skal ”gennemføres i lyset af Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked og Kommissionens meddelelser om henholdsvis de vertikale og horisontale retningslinjer.” I forlængelse heraf anfører OMD, at ”styrelsen har ikke gennemført denne analyse, men i stedet henvist til, at undersøgelsen ikke er nødvendig, da sagen omhandler en alvorlig konkurrencebegrænsning.

209. OMD anfører, at en sådan analyse er nødvendig, og citerer i denne forbindelse præmis 136 i Rettens dom i Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services m.fl. mod Kommissionen*, hvoraf det følger, at ”Retten skal, inden den behandler parternes argumenter vedrørende rigtigheden af Kommissionens analyse af konkurrencebegrænsningerne, indledningsvis bemærke, at vurderingen af en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, [101, stk. 1] skal tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de tjenesteydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer[...],¹¹⁷ medmindre der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger [...]”

210. OMD mener, at denne del af præmis 136 i *European Night Services-dommen* understøtter, at styrelsen skal foretage en endelig og uddybende afgrænsning af det relevante marked i nærværende sag. OMD har imidlertid udeladt resten af denne præmis, hvor Retten forklarer, at ”åbenlyse konkurrencebegrænsninger” eksempelvis er ”prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol.”¹¹⁸ Styrelsen er ikke enig i OMDs argument, idet det netop fremgår af præmis 136, at det ikke er nødvendigt at foretage en endelig markedsafgrænsning, hvor ”der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger, som f.eks. prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol.” Styrelsen har henvist til *European Night Services-sagen* i rådsnotatets pkt. 243.

211. OMD henviser endvidere til, at det skulle fremgå af *Planglas-dommen*, Forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA m.fl. mod Kommissionen*, at styrelsen ikke kan undlade at foretage en endelig afgrænsning af det relevante marked, med mindre der foreligger en åbenlys konkurrencebegrænsning. Styrelsen fastholder, at der i nærværende sag

¹¹⁷ Retten henviser i denne forbindelse til sag C-234/89, *Delimitis-dommen*, sag C-250/92 *DLG-dommen*, præmis 31, sag C-399/93, *Oude Luttikhuis m.fl.*, præmis 10; samt sag T-77/94, *VGB m.fl. mod Kommissionen*, præmis 140.

¹¹⁸ Retten henviser hér til sin dom i sag T-148/89, *Tréfilunion mod Kommissionen*, præmis 109.

foreligger en åbenlys konkurrencebegrænsning i form af horisontal kundedeling, hvorfor styrelsen kan undlade at foretage en endelig markedsafgrænsning. I øvrigt finder styrelsen ikke, at *Planglas-dommen* kan anvendes i nærværende sag, da denne sag også involverede overtrædelser, der ikke var ”åbenlyse konkurrencebegrænsninger.”

212. Styrelsen har derfor undladt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante marked.

213. OMD mener i øvrigt ikke, at der kan afgrænses et marked for afsætning af adresseløse forsendelser, idet ”*afsætningsmarkeder skal [...] anskues i forhold til en adfærds virkninger down stream.*”¹¹⁹ Styrelsen er enig i, at dette afsætningsmarked skal afgrænses ud fra dets virkninger down stream. I overensstemmelse med denne betragtning og i overensstemmelse med pkt. 7 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked har styrelsen taget udgangspunkt i netop kunderne, og kunderne efterspørger distribution af adresseløse forsendelser fra såvel distributørerne som fra MCD og mediebureauerne.

214. I forbindelse med indvendingerne mod at afgrænse et marked for afsætningen af distribution af adresseløse forsendelser anfører OMD, at ”*den omsætning, som faktureres via en slutkunder gennem et mediebyureau til en konsolidator, er den nøjagtig samme omsætning, som figurerer i distributørens opgørelser. Styrelsens tilgang gør således markedet betydeligt større, end det reelt er. Styrelsens hypotese vil reelt føre til, at alle virksomheder i princippet vil være i konkurrence med hinanden.*”¹²⁰ Hertil skal styrelsen bemærke, at styrelsen har fratrukket den distribution, der afsættes gennem MCD og mediebureauerne, fra den distribution, som Post Danmark afsætter direkte til slutkunderne.

215. Ifølge OMD er det relevante marked ”*markedet for distribution af adresseløse forsendelser,*” jf. hidtidig praksis. OMD har dog i sit høringssvar anført, at styrelsen burde foretage en ny egentlig vurdering af det relevante marked, idet OMD anfører, at der er sket ændringer på dette marked. OMD anfører også, at hvis der var tale om et egentligt afsætningsmarked, så ville markedet være meget bredere, idet der i så fald ville være mange flere aktører.

216. Styrelsen foretager ikke en endelig afgrænsning af det relevante marked henset til, at der foreligger en alvorlig konkurrencebegrænsning. Det er dog styrelsens vurdering, at der formentligt kan afgrænses et marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Det skyldes for det første, at slutkunderne efterspørger distribution af adresseløse forsendelser. For det andet at MCD og mediebureauerne, i lighed med distributørerne selv og andre aktører, tilbyder distribution af adresseløse forsendelser. Dette uanset at MCD

¹¹⁹ [...]

¹²⁰ [...]

og mediebureauerne ikke selv udfører distributionen. For det tredje fordi styrelsen lægger til grund, at distribution af adresseløse forsendelser i overensstemmelse med hidtidig praksis kan afgrænses som et selvstændigt marked. Uanset at markedet ikke er afgrænset endeligt, finder styrelsen, af de netop anførte grunde, at det relevante marked i nærværende sag ikke kan være bredere end det tidligere afgrænsede marked for distribution af adresseløse forsendelser, der geografisk er afgrænset til Danmark,¹²¹ jf. også afsnit 4.1. i rådsnotatet.

217. Desuden gør OMD gældende, at *"i 2009 har OMD's formidling været knyttet til en samlet omsætning på DKK [...] Såfremt mærkbarheden skal vurderes, må udgangspunktet skulle tages i disse DKK [...] i forhold til den samlede omsætning i markedet."*¹²² Ved vurderingen af mærkbarhed i relation til horisontale aftaler, ser man på aftaleparternes samlede markedsandel.¹²³ I nærværende sag foreligger der et sæt parallelle aftaler mellem én leverandør, dvs. MCD, og fire forskellige mediebureauer, der alle er konkurrenter for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Ved vurderingen af mærkbarhed skal der derfor tages udgangspunkt i markedsandelen i dette parallelle net af aftaler. Styrelsen vurderer, jf. pkt. 417-420 i rådsnotatet, at det parallelle net af aftaler er egnede til at påvirke konkurrencen mærkbart. Selv hvis der alene tages udgangspunkt i OMDs aftale med MCD, vil også denne aftale i sig selv kunne påvirke konkurrencen mærkbart, idet OMDs og MCDs samlede markedsandel overstiger de markedsandelstærskler, der er vurderet i den praksis, der refereres til i afsnit 4.3.4.

Ad. (ii) Styrelsens konstatering af, at OMD er i samme omsætningsled som MCD

218. OMD anfører, at OMD ikke er i samme omsætningsled som MCD. I sit hørings svar har OMD desangående bl.a. anført, at *"mediebureauer er ikke i konkurrence med konsolidatoren, med mindre mediebyureauet selv vælger at optræde som konsolidator. OMD optræder ikke som konsolidator. Tværtimod optræder OMD slet ikke som aktør i markedet. OMD optræder på vegne af sine klienter som kunde, og indgår følgelig ikke i kundedelingsaftaler. Aftaleforholdet mellem OMD og MCD indeholder således ingen konkurrencebegrænsende virkninger eller formål. Dette underbygges af, at MCD og OMD ikke konkurrerer om den samme avance/profit. MCD leverer distribution via konsolidering. OMD leverer rådgivning."*

¹²¹Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 i *Forbruger Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af adresseløse forsendelser*.

¹²²[...]

¹²³Jf. bl.a. Kommissionens bagatelmeddelelse, pkt. 7, litra a. Aftalerne i nærværende sag er i øvrigt ikke omfattet af Kommissionens bagatelmeddelelse, idet parterne har indgået aftaler om kundedeling, jf. meddelelsens pkt. 11, stk. 1, litra c.

219. Styrelsen er ikke enig i OMDs argument om, at OMD ikke er på samme omsætningsled for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. For det første fremgår det af OMDs hjemmeside, at: *"Vores specialister i Direct forhandler, rådgiver og analyserer effekten af tilbudsaviser og husstandsomdelinger i almindelighed. Direct har fokus på optimering af hele værdikæden ved husstandsomdelinger. Vi fokuserer i særdeleshed på segmentering af modtagerne og målretning af omdelingerne, indkøb af omdelingerne til den laveste pris i markedet, optimering af indholdet i aviserne gennem brug af blandt andet eyetracking og ikke mindst analyse af effekten af tilbudsaviser gennem simple effektanalyser og avancerede salgsmønstre. Gennem optimering af hele værdikæden er Direct med til at forbedre afkastet væsentligt på en af de absolut tungeste poster på marketingbudgettet."*¹²⁴ For det andet fremgår det af en mail sendt fra MCD til OMD citeret i pkt. 101 i rådsnotatet, at [...] både har forhørt sig hos OMD og MCD med henblik på at købe eller få formidlet distribution af adresseløse forsendelser. For det tredje har styrelsen foretaget en mindre spørgeskemaundersøgelse nævnt i afsnit 3.5. i rådsnotatet, der bl.a. viser, at de vigtigste parametre for slutkunderne ved køb af distribution af adresseløse forsendelser er pris og kvalitet. Undersøgelsen viser også, at det er mindre vigtigt for slutkunderne, om de kan købe distribution af adresseløse forsendelser sammen med tillægsydelser¹²⁵ eller andre mediedydelser.¹²⁶ Alle de virksomheder, der har besvaret spørgeskemaet, var/er interesserede i at købe distribution af virksomheder, der ikke tilbyder andre ydelser end selve distributionen af adresseløse forsendelser. Dermed understøtter undersøgelsen Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens antagelse om, at MCD og full service mediebyråer opererer på det samme omsætningsled.

220. Det forhold, at parterne har aftalt en kundeklausul, uanset at den er ikke-gensidig, understøtter ligeledes, at MCD og OMD er konkurrenter og afsætter til de samme kunder.

221. For så vidt angår det af OMD fremførte om, at *"OMD optræder på vegne af sine klienter som kunde..."* skal styrelsen her henviser til styrelsens bemærkninger i pkt. 310.

222. OMD har fremført, at såfremt en kunde kommer til OMD for at få medierådgivning, og kunden på den baggrund skal have distribueret adresseløse forsendelser, så kontakter OMD MCD på vegne af kunden for at få en pris på distributionen samt for at få opgaven distribueret adresseløst. Det samme gør reklamebyråer, trykkerier mv. Ifølge OMD medfører dette ikke, at OMD, reklamebyråer, trykkerier mv. er konkurrenter på markedet for

¹²⁴ Jf. OMDs hjemmeside. [...]

¹²⁵ Fx segmentering/målgruppeudvælgelse i forbindelse med distribution af adresseløse forsendelser, rådgivning om udsendelsesstrategi/optimering af udsendelse af adresseløse, effektanalyser af udsendelse af adresseløse, generel rådgivning om adresseløse mv.

¹²⁶ Fx ydelser, der vedrører andre medier og distribution heraf, strategisk rådgivning om valg af medier mv.

distribution af adresseløse forsendelser. Det vil sige, at OMD synes at mene, at formidlingen af adresseløse forsendelser er accessorisk i forhold til OMDs rådgivningsydelser. Styrelsen er ikke enig i, at formidlingen af adresseløse forsendelser alene er accessorisk. Som styrelsen har anført i rådsnotatet, fremgår det af OMDs hjemmeside, at OMD formidler denne ydelse. OMD kritiserer på s. 26 i sit høringssvar styrelsen for at anvende OMDs hjemmeside. OMD anfører således, at *"det havde været redeligt og i overensstemmelse med officialprincippet, at styrelsen havde stillet spørgsmål til OMD om indholdet på hjemmesiden. Det bemærkes, at OMD undervejs i sagen gentagende gange har tilbudt styrelsen at supplere med oplysninger, svare på spørgsmål mv."* Hertil skal styrelsen bemærke, at styrelsen netop har forelagt OMD denne anvendelse i forbindelse med høringen. [...] Da OMD markedsfører sig overfor sine kunder via sin hjemmeside, med at denne *"forhandler, rådgiver og analyserer effekten af tilbudsaviser og husstandsomdelinger i almindelighed,"* og da OMD har indgået en aftale med MCD om, at MCD ikke må kontakte OMDs kunder uden OMDs forudgående godkendelse, finder styrelsen, at hjemmesidens indhold er relevant i forhold til afgrænsningen af, om OMD er på samme omsætningsled som MCD. Styrelsen er ikke enig i, at OMD ikke er på samme omsætningsled som MCD, for så vidt angår afsætningen af distribution af adresseløse forsendelser.

3.6.6.2. FK Distributions høringssvar¹²⁷ vedrørende det relevante marked

223. FK Distribution anfører, at *"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har valgt at definere et marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Det er imidlertid også anført tidligere i udkastet (pkt. 29), at i hvert fald MCD fungerer som "grossist", og at MCD har indgået en kontrakt med Post Danmark A/S om distribution af adresseløse forsendelser (pkt. 26). [...] Der synes isoleret set at mangle en konstatering af, at MCD sammen med de fire andre mediebureauer vel har op mod 100 % af det marked, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har afgrænset til markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser."* Derfor mener FK Distribution, at det *"på et mellemandsmarked ville det være forkert at opfatte de konsoliderende mediebureauer som indtagende alene en markedsandel på 10-20 % i relation til konkurrencereglerne, og der kan peges på talrige fortilfælde, hvor et indkøbsmarked/grossistmarked er blevet afgrænset til et separat marked i forhold til det primære udførende marked."*

224. For det første skal styrelsen bemærke, at styrelsen ikke behandler indkøbssamarbejdet, hvorfor styrelsen ikke har undersøgt, hvorvidt der eksisterer et selvstændigt *"mellemandsmarked."* For det andet skal

¹²⁷ FK Distribution har den 3. marts 2011 fremsendt sit høringssvar på det materiale, som blev sendt i høring hos parterne den 9. februar 2011. [...]

bestyrelsen bemærke, at styrelsen ikke har fundet det nødvendigt at afgrænse markedet endeligt.

225. FK Distribution påpeger – ligesom styrelsen – i forbindelse med [...], at *”sådan som FK Distribution A/S læser dette bilag, er det afgørende for kunderne at opnå den billigst mulige pris for distribution af adresseløse forsendelser.”* Dvs. kunderne, idet de ønsker den billigst mulige pris, ikke som sådan skelner mellem, om de køber distributionen direkte fra distributørerne eller fra mellemændene.

226. FK Distribution mener, at styrelsen ved at afgrænse markedet til markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser og ved at konkludere, at MCD og mediebureauerne samlet indtager ca. 10-20 % af dette marked, ikke tager højde for, at *”denne del er imidlertid en delmængde af Post Danmark A/S' markedsandel, idet Post Danmark A/S forestår distributionen for mediebureauerne.”* Styrelsen skal bemærke, at den ikke foretager en endelig afgrænsning af markedet. For så vidt angår dobbelttælling af Post Danmarks omsætning, skal styrelsen bemærke, at styrelsen i forbindelse med opgørelsen af markedsandele på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, har fratrukket den distribution, der afsættes gennem MCD og mediebureauerne, fra den distribution, som Post Danmark afsætter direkte til slutkunderne.

227. Derudover mener FK Distribution, at når indkøbssamarbejdet skal vurderes, vil markedsandelene på afsætningsmarkedet udgøre tæt på 100 pct., hvilket ifølge de gældende retningslinjer for horisontale samarbejder udelukker indkøbssamarbejder. Derfor kan indkøbssamarbejdet ifølge FK Distribution ikke fritages efter TEUF art. 101, stk. 3, eller konkurrencelovens § 8.

228. Styrelsen skal gentage, at styrelsen ikke vurderer indkøbssamarbejdet og ikke har foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked. Det er alene aftalerne om kundedeling, der er genstand for styrelsens vurdering efter TEUF art. 101, stk. 3 og konkurrencelovens § 8.

3.6.7. Vedr. den vertikale gruppefritagelsesforordnings anvendelighed

229. Af parterne er det alene OMD, der har indvendinger mod styrelsens manglende/ utilstrækkelige vurdering af den vertikale gruppefritagelsesforordnings anvendelighed.

3.6.7.1. OMDs hørings svar¹²⁸ vedrørende den vertikale gruppefritagelsesforordnings anvendelighed

230. OMD anfører, at selv hvis OMD og MCD skulle være konkurrenter, så vil artikel 2, stk. 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelsesforordning, der omfatter parallel distribution, finde anvendelse i nærværende sag. Det skyldes ifølge OMD, at der *"i aftalen er [...] indbygget en klausul om, at leverandøren (MCD) ikke aktivt må kontakte OMDs klienter. Dette svarer til et forbud mod aktivt salg og kan ansues som en kundeklausul, hvor MCD påtager sig ikke at konkurrere aktivt på down stream markedet i forhold til OMDs klienter. I konkurrenceretlig teori kan dette ansues som en situation, hvor to aktører udbyder produkter på det samme marked, og derfor i forhold til dette produkt konkurrerer indbyrdes (parallel distribution). Der vil da være tale om et vertikalt aftaleforhold mellem aktører, som konkurrerer på det samme produktmarked. Sådanne aftaler er omfattet af den vertikale gruppefritagelse, hvis leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled, og køberen leverer i detailmarkedet.¹²⁹ Det er styrelsens opfattelse, at dette er tilfældet i denne sag.¹³⁰ Forholdet skal dog kun undersøges efter den vertikale gruppefritagelse, hvis der er tale om en ikke-gensidig aftale. Dette er tilfældet i denne sag, hvor alene MCD overfor OMD har påtaget sig ikke at kontakte OMDs klienter aktivt."*

231. Styrelsen er ikke enig i OMDs argument om, at artikel 2, stk. 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelsesforordning finder anvendelse på OMDs og MCDs ikke-gensidige kundeklausul, fordi der er tale om parallel distribution. Ifølge den vertikale gruppefritagelsesforordning artikel 2, stk. 4, litra b, finder gruppefritagelsesforordningen *"anvendelse i tilfælde, hvor konkurrerende virksomheder indgår en ikke-gensidig vertikal aftale, og: b) leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens køberen leverer varer og tjenesteydelser i detailsalgsløddet og ikke er en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesteydelserne"*.

232. Styrelsen finder fortsat, at den kundeklausul, der er aftalt mellem OMD og MCD, alene er reguleret af reglerne om horisontale aftaler. Styrelsen er ikke enig i, at der for så vidt angår OMDs og MCDs kundedelingsaftale, er tale om parallel distribution omfattet af artikel 2, stk. 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelsesforordning. Selv hvis styrelsen fulgte OMDs hypotese, finder bestemmelsen ikke anvendelse. Det fremgår nemlig af bestemmelsens ordlyd,

¹²⁸ OMD har for så vidt angår anvendelsen af den vertikale gruppefritagelsesforordning ikke alene tilsendt styrelsen sit hørings svar af den 4. marts 2011, men har endvidere den 17. marts, tilsendt styrelsen et 2-siders notat vedrørende anvendelsen af den vertikale gruppefritagelsesforordning. [...]

¹²⁹ OMD henviser her til artikel 2, stk. 4, litra b, samt pkt. 27 i Kommissionens retningslinjer for vertikale aftaler.

¹³⁰ OMD henviser her til styrelsens udkast til afgørelse pkt. 29. OMD anfører endvidere bl.a. at OMD alene er at betragte som rådgiver på vegne af OMDs klient, i denne forbindelse anfører OMD, at OMD rådgiver sine klienter vedrørende indgåelse af aftaler men ikke tilbyder sine klienter distribution.

at køberen (dvs. OMD) skal *"levere varer og tjenesteydelser i detailsalgsleddet."* Detailforhandlere er i pkt. 29 i Kommissionens retningslinjer for vertikale aftaler defineret som *"forhandlere, der videresælger varer til de endelige forbrugere."* Da OMD ikke afsætter den gennem MCD indkøbte distribution af adresseløse forsendelser via Post Danmark til endelige forbrugere, er styrelsen ikke enig i, at OMDs og MCDs kundeklausul kan fritages med hjemmel i artikel 2, stk. 4, litra b.

3.6.8. Vurderingen af informationsudvekslingen

233. Af parterne er det alene OMD, der har indvendinger mod styrelsens vurdering af informationsudvekslingen.

3.6.8.1. OMDs hørings svar vedrørende informationsudvekslingen

234. OMD anfører *for det første*, at der ikke udveksles fortrolige kundeoplysninger mellem OMD og MCD. OMD anfører således, at *"OMD notorisk ikke har kendskab til MCDs kunder,"* og at *"MCD ikke er bekendt med OMDs kunder med mindre dette fremgår af de oplysninger, Post Danmark kræver indsendt, og som MCD derfor også skal have tilsendt."*

235. Styrelsen skal fastholde, at det udgør udveksling af kundeoplysninger, at OMD tilsender MCD oplysninger om sine kunder uanset, at det er tredjemand (Post Danmark), der anmoder om kundeoplysningerne. Styrelsen skal ligeledes bemærke, at også ensidig udveksling af oplysninger kan udgøre en begrænsning af konkurrencen, jf. rådnotatets pkt. 366. Styrelsen kan ligeledes henvise til pkt. 62 i Kommissionens horisontale retningslinjer.

236. OMD anfører, at de udvekslede kundeoplysninger *"under alle omstændigheder ikke er fortrolige oplysninger."*

237. OMD anfører endvidere, at *"oplysninger om, hvilke mediebyureauer der servicerer de forskellige kunder i markedet, allerede er fuldt offentligt, bl.a. via Gallups tv-meter og via forskellige medievejvisere, som udgives både elektronisk og digitalt."*

238. Styrelsen bemærker, at Gallups tv-meter ikke omhandler distribution af adresseløse forsendelser. Styrelsen har ikke fundet dokumentation for, at oplysninger om, hvem der udgør MCDs og mediebyureauernes kunder (og hvor store mængder de afsætter til disse kunder) er offentligt tilgængeligt oplysninger. På MCDs hjemmeside findes en referenceliste over kunder, ligesom kundenavne formentligt også kan findes på mediebyureauernes hjemmesider under referencer. Styrelsen finder ikke, at referencelister kan sidestilles med, at det er fuldt offentligt, hvem der servicerer de forskellige kunder i markedet. Styrelsen er derfor ikke enig i, at det skulle være offentligt tilgængeligt, hvilke kunder MCD og mediebyureauerne har, for så vidt angår afsætning af adresseløse forsendelser.

239. Det, som styrelsen finder problematisk, er at parterne har aftalt kundedeling, og at OMD som understøttende foranstaltning til den aftalte kundedeling oplyser MCD via indsendelse af konsolideringsplaner og produktionsplaner, om hvem der udgør eller forventes at udgøre OMDs kunder på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Kundefortegnelser er ifølge pkt. 86 i Kommissionens horisontale retningslinjer strategiske oplysninger, og udvekslingen af sådanne strategiske oplysninger mellem konkurrenter er som udgangspunkt konkurrenceretligt problematisk. Udvekslingen af kundefortegnelser er problematisk, idet modtagers adfærd over for de pågældende kunder derved påvirkes eller kan påvirkes. Endvidere fremgår det af pkt. 93 i Kommissionens horisontale retningslinjer, at selv udvekslingen af offentligt tilgængelige informationer kan være i strid med konkurrenceretten, hvis udvekslingen *"mindsker den strategiske usikkerhed på markedet yderligere."*

240. OMD har *for det andet* anført, at styrelsen ikke har dokumenteret, at der er foretaget informationsudveksling, der har til formål eller til følge at begrænse den effektive konkurrence, og OMD kritiserer styrelsen for ikke at foretage en undersøgelse af informationsudvekslingen.

241. Styrelsen er af den opfattelse, at OMD og MCD foretager udveksling af fortrolige kundeoplysninger (dvs. kundenavne), der understøtter kundedelingsaftalen. Således skal styrelsen ikke foretage en analyse af informationsudvekslingen særskilt.

4. Vurdering

4.1. Markedsafgrænsning

242. For at vurdere om der foreligger konkurrencebegrænsende aftaler i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, kan det være nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.

243. Det følger af konkurrencelovens § 5 a, og af Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked,¹³¹ at det relevante marked normalt skal afgrænses på baggrund af undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitutionen. Ifølge praksis herom er det imidlertid ikke nødvendigt for styrelsen og Kommissionen at foretage en endelig afgrænsning af det relevante marked i sager, der vedrører alvorlige konkurrencebegrænsninger, så som kundedeling.¹³²

¹³¹ Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (97/C 372/03).

¹³² Jf. bl.a. Rettens dom af 15. september 1998 i forenede sager T-374/94 m.fl., *European Night Services m.fl. mod Kommissionen*, præmis 136. Det fremgår bl.a. af denne præmis, at der skal foretages en vurdering af, *"hvordan det pågældende marked er opbygget og reelt*

244. I nærværende sag er det ikke nødvendigt, at foretage en endelig afgrænsning af markedet, idet der mellem MCD og hvert af mediebureauerne, Mediabroker, Carat, IUM og OMD, er aftalt kundedeling.

4.1.1. Det relevante produktmarked

245. For så vidt angår afgrænsningen af det relevante produktmarked tager styrelsen udgangspunkt i pkt. 7 i Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked, hvoraf det fremgår, at *”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.”*¹³³ Derfor tages der udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende aftale, samordnede praksis eller vedtagelse vedrører.

246. Eftersom de aftaler om kundedeling, der er indgået mellem MCD og hvert af mediebureauerne Mediabroker, Carat, IUM og OMD omhandler afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, er det alene denne ydelse, der tages udgangspunkt i.

247. Selve distributionen af adresseløse forsendelser som produktmarked er blevet behandlet i tidligere praksis. Konkurrencerådet har blandt andet behandlet dette marked i *”Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling,”*¹³⁴ hvoraf følgende fremgår om det relevante produktmarked:

”67. Sagen vedrører distribution af tryksager, herunder reklamer, telefonbøger, vejvisere mv. samt lokal- og regionalaviser. Disse tryksager anvendes hovedsagelig af detailbutikker og -kæder til at markedsføre deres produkter i de områder, hvor butikkerne er beliggende. Telefonbøger, vejvisere og lokal- og regionalaviser omdeles også i de områder, hvor målgruppen befinder sig. Fælles for forsendelserne er, at målgruppen er et unavngivent antal husstande, som er beliggende i et bestemt geografisk område.

fungerer,[...] medmindre der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger, som f.eks. prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol.” For så vidt angår kundedeling se bl.a. Sag T-213/00, *CMA CGM mod Kommissionen*, præmisserne 201-235.

¹³³ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 7.

¹³⁴ Rådets afgørelse af 29. september 2004. Konkurrencerådets afgørelse blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, jf. kendelse af 1. juli 2005, *Post Danmark og Forbruger-Kontakt a/s mod Konkurrencerådet*. Konkurrenceankenævnets kendelse blev stadfæstet af Østre Landsret, jf. dom af 21. december 2007. Dommen er anket til Højesteret, men sondringen mellem adresseløse forsendelser og adresserede forsendelser er ikke bestridt.

68. *Forsendelserne distribueres som adresseløse forsendelser. Adresseløse forsendelser er kendetegnet ved, at distributionen retter sig mod alle husstande i et område og er planlagt til gennemførelse inden for nogle tidsintervaller, typisk midtuge eller weekend. Opsamling af distributionsopgaver over en vis tid til fordeling til alle i et distrikt uden særlig sortering betyder, at den bliver billigere end distributionen af adresserede forsendelser, der er rettet til individuelle modtagere.*

69. *Adresseløs distribution adskiller sig herved fra den adresserede - individuelt rettede - distribution, som er kendetegnet ved ekstra service og højere distributionsomkostninger.*

70. *Det vurderes, at det relevante produktmarked, er markedet for distribution af adresseløse forsendelser og lokal- og regionalaviser, hvilket er i overensstemmelse med styrelsens afgørelse af 24. april 2002 vedr. etablering af Dansk Distributionscenter A/S."*

248. I en række efterfølgende sager er sondringen mellem adresseret og adresseløs omdeling opretholdt. Det drejer sig om Magasinpost-sagen jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2007, *Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks priser og vilkår for magasinpost* og Direct mail-sagen, jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2009, *Klage over Post Danmarks direct mail- rabatsystem*.¹³⁵ Styrelsen lægger derfor til grund, at distribution af adresseløse forsendelser stadig udgør et selvstændigt marked.

249. Konsolidering af distribution af adresseløse forsendelser i regi af indkøbssamarbejder blev etableret efter Konkurrencerådets accept af Post Danmarks tilsagn¹³⁶ i 2005. Konsolidering eksisterede derfor ikke på tidspunktet for Konkurrencerådets afgørelse i *Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling*.¹³⁷

¹³⁵ I fusionssagen sag COMP/M.5152, *Posten AB/Post Danmark A/S*, gjorde parterne gældende, at postmarkedet kunne segmenteres yderligere i et marked for adresseret og et marked for adresseløs omdeling. Kommissionen konstaterede, at markedsundersøgelsen bekræftede, at markedet kunne bestå af et markedssegment for adresseløse forsendelser og et markedssegment for adresserede forsendelser, jf. fusionssagens pkt. 16-17. Kommissionen tog imidlertid ikke endeligt stilling til markedsafgrænsningen, da Kommissionen fandt, at fusionen ikke ville lede til nogen begrænsninger af den effektive konkurrence på hverken de hidtil afgrænsede produktmarkeder eller på de alternative segmenteringer, jf. fusionssagens pkt. 19.

¹³⁶ Rådsmødet den 23. februar 2005 *Post Danmarks fremtidige prissætning*. Tilsagnet blev gjort bindende til og med 31. december 2006.

¹³⁷ Rådets afgørelse af 29. september 2004. Konkurrencerådets afgørelse blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, jf. kendelse af 1. juli 2005, *Post Danmark og Forbruger-Kontakt a-s mod Konkurrencerådet*. Konkurrenceankenævnets kendelse blev stadfæstet af Østre

250. Styrelsen finder, at der i forlængelse af Konkurrencerådets accept af Post Danmarks tilsagn er opstået et mellemlid på det marked, der i forbindelse med ”*Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling*,”¹³⁸ blev afgrænset til markedet for distribution af adresseløse forsendelser. I dette mellemlid¹³⁹ findes der aktører såsom MCD og full service mediebureauerne, der afsætter distribution af adresseløse forsendelser købt direkte fra distributørerne eller via et mellemlid til slutkunder. Samtidigt afsætter distributørerne også deres distribution af adresseløse forsendelser direkte til slutkunderne i konkurrence med virksomhederne i mellemlidet. Slutkunderne efterspørger distribution af adresseløse forsendelser fra både distributørerne, MCD og full service mediebureauerne.

251. Styrelsen finder, at der formentlig kan afgrænses et marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, men styrelsen finder ikke, at det er nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante marked. Det skyldes, at parterne er konkurrenter for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, og at parterne netop for så vidt angår denne afsætning har foretaget en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, ved deres respektive aftaler om kundedeling. Uanset at markedet ikke er afgrænset endeligt, finder styrelsen, at det relevante marked i nærværende sag ikke kan være bredere end det tidligere afgrænsede marked for distribution af adresseløse forsendelser af de i pkt. 250 og pkt. 251 anførte grunde.

4.1.1.1. Særligt vedrørende OMD's indvendinger mod afgrænsningen af det relevante produktmarked

252. OMD har gjort gældende, at MCD og OMD ikke er konkurrenter, men at MCD i stedet skal betragtes som grossist til OMD. Efter OMDs opfattelse befinder de to sig ikke i samme omsætningsled. OMD gør således gældende, at aftalen mellem MCD og OMD skal betragtes som en vertikal aftale.

253. Styrelsen bestrider ikke, at der også eksisterer et vertikalt forhold mellem MCD og OMD. Det vertikale forhold mellem MCD og mediebureauerne behandles imidlertid ikke i denne sag, idet sagen omhandler

Landsret, jf. dom af 21. december 2007. Dommen er anket til Højesteret, men sondringen mellem adresseløse forsendelser og adresserede forsendelser er ikke bestridt.

¹³⁸ Rådets afgørelse af 29. september 2004. Konkurrencerådets afgørelse blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, jf. kendelse af 1. juli 2005, *Post Danmark og Forbruger-Kontakt a/s mod Konkurrencerådet*. Konkurrenceankenævnets kendelse blev stadfæstet af Østre Landsret, jf. dom af 21. december 2007. Dommen er anket til Højesteret, men sondringen mellem adresseløse forsendelser og adresserede forsendelser er ikke bestridt.

¹³⁹ Mellemlidet er beskrevet under afsnit 3.1. og 3.3.

aftaler om kundedeling på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder.¹⁴⁰

254. OMD har blandt andet anført, at ”*OMD's kunder kommer til OMD for at købe mediebureauydelse, men har samtidig mulighed for også at købe distribution af adresseløse forsendelser. Vil kunden kun købe distribution af adresseløse forsendelser, så kommer kunden ikke til OMD, men til MCD, Forbruger Kontakt eller Post Danmark.*”

255. Styrelsen bemærker hertil, at da aftalen mellem MCD og OMD vedrører bestemmelser om deling af slutkunder, der indkøber eller får formidlet distribution af adresseløse forsendelser, vurderer styrelsen ikke, at parterne befinder sig på forskellige niveauer i distributionskæden, for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder.

256. Styrelsens vurdering understøttes bl.a. af det materiale, der er medtaget fra kontrolundersøgelsen.¹⁴¹ Nedenfor følger et eksempel på, at en kunde ([...]), har henvendt sig både til MCD som OMD vedr. distribution af adresseløse forsendelser:

[...]: Mail sendt fra [...], MCD, til [...] fra OMD, dateret 19. februar 2009:

”Hej [...]

Så har jeg gravet lidt i den, og historikken er som følger:

Vi modtager en henvendelse fra [...] på vores adressesloes@mcd.dk

Der bliver taget kontakt til kunden fra en af mine sælgere, [...]. Kunden oplyser, at han har fået vores navn via en mail sendt til [...].

De holder møde, og der udarbejdes efterfølgende tilbud

Kunden vender tilbage og siger han er gået i dialog med OMD – hvilket jeg på det tidspunkt gøres opmærksom på. Aftaler med [...] at han ikke skal være proaktiv på kunden og ikke ændre i tilbudet. Kunden vender tilbage og siger vi er for dyre – får at vide at der ikke er mere at gøre.

[...] vender tilbage og siger at vi får ordren på trods af pris, men fordi han har fået en umiddelbar respons og rådgivning omkring hans distribution.

Vedkender det er en underlig sag – lad mig høre hvad du synes.

Mener den er håndteret korrekt her fra

Hilsen

¹⁴⁰ For så vidt angår om OMDs aftaleforhold med MCD er omfattet af reglen om paralleldistribution, artikel 2, stk. 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelse, henvises der til afsnit 3.6.7.1 i denne afgørelse.

¹⁴¹ Samt af OMDs egen hjemmeside. [...].

[...]"

257. Mailkorrespondancen mellem MCD og OMD vedr. henvendelsen fra [...] viser således, at OMD opererer i samme omsætningsled som MCD og dermed, at OMD er konkurrent til MCD.

258. OMD har i sit høringssvar anført, at *"styrelsen synes at anføre, at mailen skal forstås således, at kunden er OMD's, og at MCD derfor skal holde sig fra kunden. Det fremgår imidlertid direkte af mailen, at kunden indgik aftale med MCD. Det underbygger, at der ikke er en kundedelingsaftale mellem OMD og MCD, idet MCD da skulle have afvist kunden."* Hertil skal styrelsen bemærke, at MCD afholder sig fra at konkurrere yderligere om [...], så snart MCD får besked om, at kunden har taget kontakt til OMD. I overensstemmelse med deres kundeklausul, hvorefter MCD ikke må tage kontakt til OMDs kunder uden OMDs forudgående godkendelse, finder styrelsen, at MCDs adfærd dokumenterer, at MCD efterlever kundeklausulen ved ikke at tage yderligere kontakt til [...], og at [...] derfor synes at være OMDs kunde.

259. OMD peger også på, at det ikke er de samme kunder, der køber og/eller får formidlet distribution igennem OMD og MCD.

260. Hertil skal styrelsen bemærke, at det fremgår af mailen sendt fra MCD til OMD, at [...] både har forhørt sig hos OMD og MCD med henblik på at købe eller få formidlet distribution af adresseløse forsendelser.

261. Desuden bemærker styrelsen, at det forhold, at parterne har aftalt en kundeklausul, uanset at den er ikke-gensidig, understøtter, at MCD og OMD er konkurrenter og afsætter til de samme kunder.

262. Derudover viser styrelsens spørgeskemaundersøgelse, at de vigtigste parametre for slutkunderne ved køb af distribution af adresseløse forsendelser er pris og kvalitet. Undersøgelsen viser også, at det er mindre vigtigt for slutkunderne, om de kan købe distribution af adresseløse forsendelser sammen med tillægsydelser eller andre medieydelser.

263. Alle de virksomheder, der har besvaret spørgeskemaet, var/er interesserede i at købe distribution af virksomheder, der ikke tilbyder andre ydelser end selve distributionen af adresseløse forsendelser. Dermed understøtter undersøgelsen Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens antagelse om, at MCD og full service mediebureauerne opererer på det samme omsætningsled.

264. OMD har, som svar på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgsmål vedrørende OMDs ydelser, blandt andet anført, at *"OMD tilbyder alene formidling af adresseløse forsendelser til de af OMDs kunder, som aktivt anmoder OMD om at bistå hermed."* Samtidig har OMD angivet, at OMD ikke formidler distribution af adresseløse forsendelser som en enkeltstående

ydelse.¹⁴² Det fremgår af OMDs hjemmeside, at: *"Vores specialister i Direct forhandler, rådgiver og analyserer effekten af tilbudsaviser og husstandsomdelinger i almindelighed. Direct har fokus på optimering af hele værdikæden ved husstandsomdelinger. Vi fokuserer i særdeleshed på segmentering af modtagerne og målretning af omdelingerne, indkøb af omdelingerne til den laveste pris i markedet, optimering af indholdet i aviserne gennem brug af blandt andet eyetracking og ikke mindst analyse af effekten af tilbudsaviser gennem simple effektanalyser og avancerede salgsmodeller. Gennem optimering af hele værdikæden er Direct med til at forbedre afkastet væsentligt på en af de absolut tungeste poster på marketingbudgettet."*¹⁴³ Af hjemmesiden fremgår ikke, at OMD alene foretager denne formidling som en accessorisk ydelse til OMDs øvrige ydelser.

265. Styrelsen skal hertil bemærke, at selv hvis OMD ikke afsætter distribution af adresseløse forsendelser som en enkeltstående ydelse, men som en pakkøløsning eller lignende, ændrer det ikke på, at OMD i forhold til afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder er konkurrent til MCD, idet OMD leverer denne ydelse, når kunderne efterspørger den.

266. Samlet set vurderer styrelsen, at OMD afsætter samme produkt, dvs. distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, som MCD, Mediabroker, Carat, IUM, Post Danmark, FK Distribution, samt mindre distributører m.fl. Dermed finder styrelsen, at OMD er konkurrent til hhv. MCD, Mediabroker, Carat, IUM, Post Danmark, FK Distribution samt mindre distributører.

4.1.2. Det relevante geografiske marked

267. 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.¹⁴⁴

268. Styrelsen lægger til grund, at distribution af adresseløse forsendelser stadig udgør et selvstændigt marked, jf. rådsnotatets pkt. 248. I *Forbruger-Kontakt's klage over Post Danmarks misbrug af adresseløse forsendelser*¹⁴⁵ udgjorde det relevante geografiske marked Danmark. Det skyldtes, at de adresseløse forsendelser distribueres til husstande i Danmark, og at de største

¹⁴² [...].

¹⁴³ Jf. OMDs hjemmeside. [...]

¹⁴⁴ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), pkt. 8.

¹⁴⁵ Jf. konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004.

kunder på markedet, dvs. de kunder, der tegner sig for den største omsætning, efterspørger landsdækkende distribution af deres forsendelser.

269. Styrelsen vurderer, at det relevante produktmarked formentlig er afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked. Det skyldes, at parterne er konkurrenter, for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, og at parterne netop for så vidt angår denne afsætning har foretaget en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, ved deres respektive aftaler om kundedeling. Uanset at markedet i nærværende sag ikke er afgrænset endeligt, vurderer styrelsen, at markedet ikke kan være bredere end det tidligere afgrænsede marked for distribution af adresseløse forsendelser, der geografisk er afgrænset til Danmark.¹⁴⁶

4.1.3. Parternes afsætning af distribution af adresseløse forsendelser

270. I 2009 blev der distribueret [...] styk adresseløse forsendelser.¹⁴⁷ Heraf blev [10-20] afsat via MCD og mediebureauerne.¹⁴⁸ Omsætningen på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser udgjorde i 2009 [...] kr.¹⁴⁹ Heraf stod MCD og mediebureauerne for [10-20] pct. af omsætningen.¹⁵⁰

271. I det følgende oplyses kun parternes andel af afsætningen af distribution af adresseløse forsendelser for 2008 til og med 1. halvår 2010, idet styrelsen ikke har oplysninger fra alle parterne for så vidt angår 2007.

272. Den samlede omsætning på markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser er angivet i nedenstående tabel 1.

¹⁴⁶ Jf. konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 i *Forbruger Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af adresseløse forsendelser*.

¹⁴⁷ Jf. tabel 1, s. 62. Distributørernes omsætning anvendes som estimat for omsætningen på markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, idet styrelsen ikke har indhentet oplysninger fra alle konsolidatorer på markedet. Derfor er omsætningen på markedet målt i kr. større end distributørernes omsætning i kr. alene. Omsætningen målt i styk svarer dog til distributørernes omsætning i styk. Der er ikke indhentet tal fra de mindre distributører. Deres omsætning skønnes at udgøre 5 pct. af omsætningen på distribution af adresseløse forsendelser.

¹⁴⁸ Jf. tabel 3, s. 63.

¹⁴⁹ Jf. tabel 1, s. 62.

¹⁵⁰ Jf. tabel 1, s. 62.

Tabel 1: Den samlede omsætning i mio. kr. og mio. styk på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder i 2008, 2009 og 2010:

År:	Omsætning i mio. kr.	Omsætning i mio. styk
2008	[...]	[...]
2009	[...]	[...]
2010 ¹	[...]	[...]

¹Anm: For 2010 er alene angivet omsætning for perioden 1. januar til og med 30. juni 2010.

Kilde: Baseret på oplysninger fra Post Danmark og FK Distribution. De mindre distributører skønnes at have en omsætning på ca. 5 pct. af afsætningen på distribution af adresseløse forsendelser.

273. MCDs og mediebureauernes omsætning på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i kr. og styk fremgår af nedenstående tabel 2 og 3:¹⁵¹

Tabel 2: MCDs og mediebureauernes omsætning i mio. kr. på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i 2008, 2009 og 2010 til slutkunder:

År:	2008	2009	2010 ¹
MCD	[...]	[...]	[...]
Mediabroker	[...]	[...]	[...]
Carat	[...]	[...]	[...]
IUM	[...]	[...]	[...]
OMD	[...]	[...]	[...]
Total ¹	[...]	[...]	[...]

¹Anm: For 2010 er alene angivet omsætning for perioden 1. januar til og med 30. juni 2010.

Note: I tabellen er omsætning afregnet til nærmeste mio. kr.

Kilde: Oplysningerne kommer fra MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD selv jf. [...].

274. Det fremgår af tabel 2, at parterne samlet omsatte for [...] kr. i 2008, [...] kr. i 2009 og [...] kr. i 1. halvår 2010.

275. Forskellen mellem den samlede omsætning (tabel 1) og MCDs og mediebureauernes omsætning (tabel 2) kan henføres til distributørernes salg til andre konsolidatorer og slutkunder.

¹⁵¹ MCDs og mediebureauernes omsætning er en delmængde af Post Danmarks samlede omsætning vedrørende distribution af adresseløse forsendelser.

Tabel 3: MCDs og mediebyureauernes omsætning i mio. styk på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i 2008, 2009 og 2010 til slutkunder:

År:	2008	2009	2010 ¹
MCD	[...]	[...]	[...]
Mediabroker	[...]	[...]	[...]
Carat	[...]	[...]	[...]
IUM	[...]	[...]	[...]
OMD	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]

¹Anm: For 2010 er alene angivet volumen for perioden 1. januar til og med 30. juni 2010.

Note: I tabellen er omsætning afregnet til nærmeste mio. styk.

Kilde: Oplysningerne kommer fra MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD jf. [...].

276. Det fremgår af tabel 3, at parterne samlet omsatte for [...] styk i 2008, [...] i 2009 og [...] i 1. halvår 2010.

Tabel 4: MCDs og mediebyureauernes andele af afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i mio. kr. i 2008, 2009 og 2010 til slutkunder:

År:	2008	2009	2010 ¹
MCD	[...]	[...]	[...]
Mediabroker	[...]	[...]	[...]
Carat	[...]	[...]	[...]
IUM	[...]	[...]	[...]
OMD	[...]	[...]	[...]
I alt ²	[10-20] pct.	[10-20] pct.	[10-20] pct.

¹Anm: For 2010 er alene angivet volumen for perioden 1. januar til og med 30. juni 2010.

²Anm: Markedsandel i alt kan være forskellig fra en sammenlægning af parternes ovenstående markedsandel, hvilket skyldes afrunding.

277. Tabel 4 viser, at MCDs og mediebyureauernes samlede andel af afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i pct. (kr.) udgjorde [10-20] pct. i 2008, [10-20] pct. i 2009 og [10-20] pct. i 1. halvår 2010.

Tabel 5: MCDs og mediebyureauernes andele af afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i mio. styk i 2008, 2009 og 2010 til slutkunder:

År:	2008	2009	2010 ¹
MCD	[...]	[...]	[...]
Mediabroker	[...]	[...]	[...]
Carat	[...]	[...]	[...]
IUM	[...]	[...]	[...]
OMD	[...]	[...]	[...]
I alt ²	[10-20] pct.	[10-20] pct.	[10-20] pct.

¹Anm: For 2010 er alene angivet volumen for perioden 1. januar til og med 30. juni 2010.

²Anm: Markedsandel i alt kan være forskellig fra en sammenlægning af parternes ovenstående markedsandel, hvilket skyldes afrunding.

278. Tabel 5 viser, at MCDs og mediebyureauernes samlede andel af afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i pct. (styk) i 2008 udgjorde [10-20] pct. i 2008, [10-20] pct. i 2009 og [10-20] pct. i 1. halvår 2010.

279. Samlet kan det konkluderes, at MCD og mediebyureauerne i perioden 2008-2010 har en samlet andel af afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder på mellem [10-20] pct. i kr. og [10-20] pct. i styk.

280. Styrelsen finder, at der formentligt i nærværende sag kan afgrænses et marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. I pkt. 270-279 har styrelsen estimeret størrelsen samt MCD og mediebyureauernes andele af et sådant marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Beregningen af størrelsen på afsætningsmarkedet bygger på omsætningstal fra markedet for distribution af adresseløse forsendelser, jf. tabel 1. Det eneste, der adskiller markedet for distribution af adresseløse forsendelser fra markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, jf. tabel 1 er avancen fra konsolidatorer og andre ikke-distributører, der ikke er indeholdt i omsætningen i tabel 1. Omsætningen i kr. på markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser kan derfor være større end angivet i tabel 1. Forskellen er dog alene af marginal betydning. Omsætningen i styk på markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser er den samme som på markedet for distribution af adresseløse forsendelser. MCDs og mediebyureauernes samlede markedsandel målt på det bredest tænkelige marked, dvs. markedet for distribution af adresseløse forsendelser, svarer derfor stort set til det i tabel 4 og 5 angivne.

4.1.4. Konklusion vedr. markedsafgrænsning

281. Styrelsen finder, at det relevante marked i nærværende sag formentlig er afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Det skyldes for det første, at slutkunderne efterspørger distribution af adresseløse forsendelser. For det andet, at MCD og mediebyureauerne, i lighed med distributørerne selv og andre aktører, tilbyder distribution af adresseløse forsendelser. Dette uanset at MCD og mediebyureauerne ikke selv udfører distributionen. For det tredje fordi

styrelsen lægger til grund, at distribution af adresseløse forsendelser i overensstemmelse med hidtidig praksis kan afgrænses som et selvstændigt marked. Uanset at markedet ikke er afgrænset endeligt, finder styrelsen, af de netop anførte grunde, at det relevante marked i nærværende sag ikke kan være bredere end det tidligere afgrænsede marked for distribution af adresseløse forsendelser, der geografisk er afgrænset til Danmark.¹⁵²

282. Styrelsen finder imidlertid ikke, at det er nødvendigt at foretage en endelig afgrænsning af det relevante marked, henset til at parterne er konkurrenter, for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, og at parterne netop for så vidt angår denne afsætning har foretaget en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, ved deres respektive aftaler om kundedeling.

4.2. Samhandelspåvirkning

283. Efter Rådsforordning nr. 1/2003¹⁵³ skal det undersøges, om en evt. konkurrencebegrænsende aftale kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart. Såfremt dette er tilfældet, er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende EUF-traktatens konkurrenceregler.

284. Udtrykket "*samhandelen mellem medlemsstater*" er neutralt forstået på den måde, at det ikke er en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en evt. konkurrencebegrænsende aftale fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.¹⁵⁴

285. I pkt. 52 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen¹⁵⁵ (herefter samhandelsmeddelelsen) beskrives den såkaldte NAAT-test.¹⁵⁶ NAAT-testen er en formodningsregel, der angiver, hvornår der ikke er tale om en mærkbar påvirkning af samhandlen. Ifølge NAAT-testen foreligger der ikke en mærkbar påvirkning af samhandlen, når følgende to kumulative betingelser er opfyldt:

- a) ingen af parterne på det relevante marked har til sammen en markedsandel over 5 pct., og

¹⁵² Jf. konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004 i *Forbruger Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af adresseløse forsendelser*.

¹⁵³ Jf. Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, (2004/C 101/07).

¹⁵⁴ Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82.

¹⁵⁵ Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82.

¹⁵⁶ NAAT står for "non-appreciable affectation of trade," jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82 [nu artikel 101-102 TEUF], pkt. 3.

- b) for horisontale aftalers vedkommende har de deltagende virksomheder ikke en samlet årlig omsætning inden for EU inden for de produkter, der er omfattet af aftalen, på over 40 mio. EUR. For aftaler om fælles indkøb beregnes den relevante omsætning som summen af parternes indkøb af de af aftalen omfattede produkter.

286. I tillæg til NAAT-testen fremgår det af pkt. 49 i samhandelsmeddelelsen, at *"aftaler og adfærd skal altid ses i den økonomiske og retlige kontekst, hvori de indgår. [...] Selv om en enkelt aftale eller et enkelt net af aftaler ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart, vil parallelle net af aftaler taget som helhed kunne have en sådan virkning. Dette kræver dog, at den enkelte aftale eller nettet af aftaler yder et betydeligt bidrag til den samlede påvirkning af handelen."* Kommissionen henviser til *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten m.fl. mod Kommissionen*,¹⁵⁷ hvor Retten uddybende forklarer, at det er *"nødvendigt at tage hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalen indgår i, og hvor den sammen med andre aftaler kan have en kumulativ virkning for konkurrencen. Den kumulative virkning af flere lignende aftaler er et forhold blandt flere, som indgår i bedømmelsen af, om handelen mellem medlemsstater gennem en mulig forstyrrelse af konkurrencen udsættes for påvirkning."*¹⁵⁸

287. I sager, hvor der er tale om kundedeling mellem konkurrenter, der alene omfatter en medlemsstat, vil kundedelingen normalt påvirke handelen mellem medlemsstater.¹⁵⁹

288. I nærværende sag foreligger der fire separate aftaler mellem hhv. MCD og mediebureauerne, Mediabroker, Carat, IUM og OMD, der samtidigt er parallelle i forhold til hinanden, idet (1) aftalerne alle udspringer af det samme indkøbssamarbejde, (2) aftalerne alle angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, (3) aftalerne alle angår kundedeling mellem konkurrenter og (4) aftalerne alle indeholder mere eller mindre identiske kundeklausuler.

289. Styrelsen konkluderer, at der, for så vidt angår vurdering af samhandelspåvirkning, skal lægges vægt på, at de fire aftaleforhold udgør et parallelt net af ensartede aftaler. Da disse aftaler i perioden 2008 til og med 1. halvår 2010 udgjorde mellem [10-20] pct. i kr. og [10-20] pct. i styk af afsætningen på distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, er den første del af NAAT-testen ikke opfyldt. MCDs og mediebureauernes samlede markedsandel på det bredest tænkelige marked, dvs. markedet for distribution af adresseløse forsendelser, er, jf. pkt. 280, identisk for så vidt angår

¹⁵⁷ Sag T-77/94, pr. 140.

¹⁵⁸ Retten henviser i denne forbindelse til Sag C-234/89, *Delimitis*, præmis 14-24, og Sag T-9/93, *Schöller mod Kommissionen*, præmis 76, 77 og 78).

¹⁵⁹ Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82, pkt. 78.

opgørelsen i styk og næsten identisk for så vidt angår omsætningen i kr. MCDs og mediebureauernes samlede markedsandel målt på det bredest tænkelige marked svarer derfor stort set til det i pkt. 289 angivne, jf. også pkt. 280 i rådsnotatet.

290. Henset til parternes samlede markedsandel så vel på markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser som på det bredest tænkelige marked, jf. pkt. 280, vurderer styrelsen, at MCD's og mediebureauernes bestemmelser vedrørende "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*" kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater mærkbart.

291. Styrelsen foretager derfor den konkurrenceretlige vurdering af bestemmelserne på baggrund af både konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

4.3. Konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101

292. Konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

293. Det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

294. Der er som udgangspunkt fire betingelser, der skal være opfyldt for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 og i TEUF artikel 101 finder anvendelse. Der skal være tale om (i) erhvervsvirksomheder, der (ii) indgår en aftale/indgår en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder/udøver samordnet praksis, som (iii) har til formål eller følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart.

295. I de følgende afsnit 4.3.1.-4.3.5. gennemgås styrelsens vurdering af kriterierne i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, for de fire aftaleforhold. Da der foreligger fire separate aftaleforhold gennemgås styrelsens vurdering af de enkelte aftaleforhold i hver deres afsnit.

4.3.1. Virksomhedsbegrebet

296. Forbuddet i konkurrencelovens § 6 og i TEUF artikel 101 omfatter "*virksomheder*." Dette begreb fortolkes bredt. Det følger således direkte af konkurrencelovens § 2, stk. 1, at lovens forbud gælder for enhver form for erhvervsvirksomhed. Det er desuden præciseret i forarbejderne, at enhver form for erhvervsvirksomhed omfatter "*enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester*."¹⁶⁰ Det følger ligeledes af EF-Domstolens

¹⁶⁰ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653.

praksis, at virksomhedsbegrebet omfatter ”enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde.”¹⁶¹

297. Nedenfor gennemgås styrelsens vurdering af, om MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD er selvstændige virksomheder, der udøver økonomisk virksomhed i forhold til den konkurrencebegrænsende adfærd, der er genstand for nærværende sag, og dermed omfattet af virksomhedsbegrebet.

4.3.1.1. MCD

298. MCD afsætter distribution af adresseløse forsendelser og tilbyder forskellige tillægsydelser i relation hertil.¹⁶² Det vil derfor sige, at MCD er en enhed, der udøver økonomisk virksomhed, hvorfor MCD er omfattet af virksomhedsbegrebet.

4.3.1.2. Mediabroker

299. Mediabroker afsætter distribution af adresseløse forsendelser og udbyder tillægsydelser i relation hertil. Derudover udbyder Mediabroker ydelser indenfor rådgivning om medier, medieindkøb mv., som alle sælges på et marked. Mediabroker er en enhed, der udøver økonomisk virksomhed, hvorfor Mediabroker er omfattet af virksomhedsbegrebet, jf. konkurrencelovens § 2 og TEUF artikel 101.

300. Mediabroker har anført, at ”Mediebureauerne ligger som et led mellem medierne og annoncørerne og er en form for befuldmægtiget, der agerer på vegne af kunderne. Dvs. at mediebureauerne er ikke at sammenligne med grossister.”¹⁶³

301. Genstanden for nærværende sag er, om der er indgået aftaler om ”kundeejerskab” og ”rettigheder vedrørende kundedatabase” mellem MCD og Mediabroker for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. Hvorvidt der er tale om fuldmægtig-/agentforhold mellem Mediabroker og visse slutkunder, er ikke relevant for vurderingen af denne sag, og der tages derfor ikke stilling hertil.

4.3.1.3. Carat

302. Carat afsætter distribution af adresseløse forsendelser og udbyder tillægsydelser i relation hertil. Derudover udbyder Carat ydelser inden for rådgivning om medier, medieindkøb mv., som alle sælges på et marked. Carat er en enhed, der udøver økonomisk virksomhed, hvorfor Carat er omfattet af virksomhedsbegrebet jf. konkurrencelovens § 2 og TEUF artikel 101.

¹⁶¹ Jf. EF-Domstolens dom af 23. april 1991 i sag C-41/90 *Höfner & Elser*, præmis 21.

¹⁶² [...]

¹⁶³ [...]

4.3.1.4. IUM

303. IUM afsætter distribution af adresseløse forsendelser og udbyder tillægsydelser i tilknytning hertil. Derudover udbyder IUM ydelser inden for rådgivning om medier, medieindkøb mv., som alle sælges på et marked. IUM er en enhed, der udøver økonomisk virksomhed, hvorfor IUM er omfattet af virksomhedsbegrebet, jf. konkurrencelovens § 2 og TEUF artikel 101.

304. IUM gjorde på orienteringsmødet den 29. juni 2010 gældende, at ”*set fra deres side er IUM en agent, som sælger MCDs produkt.*”¹⁶⁴ Spørgsmålet er derfor, om aftalerne mellem IUM og MCD er at betragte som koncerninterne under henvisning til, at der skulle foreligge et egentligt agentforhold mellem IUM og MCD.

305. Det fremgår af Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger¹⁶⁵ pkt. 20, at selv egentlige agentaftaler er omfattet af artikel 101 TEUF, og dermed også konkurrencelovens § 6,¹⁶⁶ hvis agenten og agenturgiver er konkurrenter, der via agentaftalen samordner adfærd og udveksler fortrolige oplysninger. Kommissionen fandt således i *Eirpage*-sagen, at en konkurrent ikke kan udpeges som agent.¹⁶⁷ I denne sag anførte Kommissionen, at det var nødvendigt for, at *Eirpage* kunne opnå en individuel fritagelse for sine aftaler, at *Eirpage* indsatte betingelser i sine standardagentaftaler, hvorefter konkurrenter ikke kunne udpeges som agenter.

306. Da IUM og MCD er konkurrenter på det relevante marked, vil en agentaftale mellem IUM og MCD jævnfør den ovenfor anførte praksis være omfattet af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

307. Det er derfor styrelsens konklusion, at IUM og MCD begge er selvstændige virksomheder i konkurrencelovens og EUF-traktatens forstand.

4.3.1.5. OMD

308. OMD afsætter distribution af adresseløse forsendelser og udbyder tillægsydelser i relation hertil. Derudover udbyder OMD ydelser inden for rådgivning om medier, medieindkøb mv., som alle sælges på et marked. OMD er en enhed, der udøver økonomisk virksomhed, hvorfor OMD er omfattet af virksomhedsbegrebet, jf. konkurrencelovens § 2 og TEUF artikel 101.

309. OMD har på et orienteringsmøde afholdt d. 30. juni 2010 blandt andet fremført at: ”*[i] nærværende sag er OMD tilknyttet kundesegmentet i*

¹⁶⁴ [...].

¹⁶⁵ Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C 130/01).

¹⁶⁶ Det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, at loven skal fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrencereglerne og –praksis, medmindre andet er udtrykkeligt specificeret, jf. FT 1996/1997, tillæg A 3657, h.sp.

¹⁶⁷ *Eirpage*, EFT 1991 L306/22, pkt. 12 og 21-24. Noget tilsvarende konstaterede Kommissionen i *Aluminium Imports from Eastern Europe*, EFT 1985 L92/1.

markedet, idet OMD fungerer som formidler eller agent for sine faste kunder i forhold til indkøb af kapacitet med henblik på fordeling af adresseløse forsendelser.”

310. Genstanden for nærværende sag er, om der er indgået aftaler om ”kundeejerskab” og ”rettigheder vedrørende kundedatabase” mellem MCD og OMD for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. Hvorvidt der er tale om agentforhold mellem OMD og visse slutkunder, er ikke relevant for vurderingen af denne sag, og der tages derfor ikke stilling hertil.

4.3.2. Aftalebegrebet

311. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb, og det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt fx ”gentlemen’s agreements.”¹⁶⁸ Det afgørende for, om aftalebegrebet er opfyldt, er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Der behøver i denne forbindelse ikke at foreligge sammenfaldende interesser,¹⁶⁹ dvs. begge parter behøver ikke nødvendigvis at opnå en fordel ved aftalen.

312. Ifølge retspraksis betragtes kontraktklausuler og kontraktbetingelser som aftaler. I Kommissionens beslutning i *Sandoz*¹⁷⁰ vurderede Kommissionen eksempelvis, at ordene ”må ikke eksporteres” på fakturaer var at betragte som aftaleklausuler.¹⁷¹

313. Der stilles indenfor 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.¹⁷²

314. For så vidt angår beviskravet, stilles der i praksis ikke store krav til bevisets kvantitative omfang. Ét dokument kan være tilstrækkeligt, såfremt det i sig selv med sikkerhed beviser, at der foreligger en overtrædelse, og såfremt beviset har tilstrækkelig bevisværdi.¹⁷³

¹⁶⁸ Præmis 112 i sag 41/69 *ACF Chemiefarma*. En ”gentleman’s agreement” er kendetegnet ved, at den ikke er juridisk, men moralsk forpligtende for parterne.

¹⁶⁹ Jf. blandt andet røkartelsagerne, fx dom af 20. marts 2002 i T-9/99, *HFB holding mod Kommissionen*, præmis 122.

¹⁷⁰ EUT [1987] L 22/28 opretholdt i sag 277/87 *Sandoz Prodotti Farmaceutici SPA mod Kommissionen*.

¹⁷¹ Jf. *Ibid.* pkt. 27.

¹⁷² Jf. eksempelvis Sag T-9/99, *Røkartellet*, præmis 199-200.

¹⁷³ Jf. T-25/95, *Cementeries CBR SA mod Kommissionen*, præmis 1838.

315. Tilsvarende stilles der i praksis ikke krav til i hvilket omfang konkurrencebegrænsende adfærd i form af kundedeling er blevet udvist. I denne forbindelse kan styrelsen blandt andet henvise til *Belasco-sagen*,¹⁷⁴ hvor Domstolen stadfæstede Kommissionens beslutning om, at der forelå en ulovlig kundedeling, når der blandt medlemmerne af en belgisk sammenslutning af producenter af asfaltpap gjaldt et princip om, at det enkelte medlem skulle betjene sin egen kundekreds. Dette fandtes at være tilfældet uagtet, at princippet kun var anvendt i begrænset omfang.

4.3.2.1. MCD og Mediabroker

316. Nedenfor vurderer styrelsen, hvorvidt der er indgået en aftale i konkurrenceretlig forstand mellem MCD og Mediabroker. Fremstillingen er opdelt i to. Først gennemgås perioden fra den 26. maj 2009 og frem, hvor der foreligger underskrevne kontrakter mellem parterne. Dernæst gennemgås perioden fra den 13. november 2007 til den 26. maj 2009, hvor der bl.a. foreligger udkast til kontrakt samt en række mails.

Perioden fra den 26. maj 2009 og frem:

317. MCD og Mediabroker har indgået en kontrakt vedrørende videresalg af distribution af adresseløse forsendelser. Kontrakten er underskrevet den 26. maj 2009¹⁷⁵ og gælder 2 år frem. Aftalen er uopsigelig indtil den 31. december 2010.

318. I den underskrevne kontrakt fremgår følgende bestemmelse:

”Rettigheder over kundedatabase

Bureauet køber ind gennem mediecenter danmark, hvorfor kunderne tilhører bureauet. mediacenter danmark tager ikke kontakt til en kunde formidlet af bureauet, medmindre der er særskilt aftale herom eller det fremgår af denne aftale. GroupM tager ikke ligeledes kontakt til en af mediecenter danmarks kunder.

Ved aftalens ophør er mediecenter danmark forpligtet til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, medmindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale er specificeret i bilag A til denne aftale. Omvendt kan bureauet ikke tage kontakt til en af mediacenter danmarks kunder.”

Det aftales at der fra GroupM's side udarbejdes en såkaldt A-liste over kunder, som GroupM selv betjener. Alle andre kunder under GroupM,

¹⁷⁴ Sag 246/86, *SC Belasco med flere mod Kommissionen*. Kommissionens beslutning 86/399/EØF af 10. juli 1986.

¹⁷⁵ [...] underskrevet den 26. maj 2009 af [...] Mediabroker, på vegne af GroupM Danmark A/S og tillige på vegne af Mediabroker. [...]

kan mediacenter danmark bearbejde mhp. salg af adresseløse forsendelser. Der arbejdes efter følgende procedure:

- 1) Hver gang mcd er i kontakt med en GroupM kunde, kontaktes [...], mhp. at afklare evt. konflikter*
- 2) I tilfælde af, at der ikke er en konflikt, udarbejder mediacenter danmark tilbud, lukker ordren, og deler fortjenesten med GroupM*
- 3) Efterfølgende booking og administration håndteres af mediacenter danmark.*

mediacenter danmark holder GroupM løbende underrettet."

319. Da ovenstående kontrakt er underskrevet af Mediabrokers [...] på vegne af moderselskabet GroupM den 26. maj 2009 og er konciperet af MCD, er dette tilstrækkeligt til at konkludere, at det konkurrenceretlige aftalebegreb, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1, er opfyldt.

320. Derudover kan der henvises til en række mails,¹⁷⁶ samt til MCDs og Mediabrokers egne udsagn på møder afholdt med styrelsen.¹⁷⁷

Perioden fra den 13. november 2007 til den 26. maj 2009:

321. Styrelsen har ikke fundet underskrevne kontrakter fra perioden før den 26. maj 2009. For så vidt angår denne periode foreligger der imidlertid udkast til kontrakter, som indeholder næsten enslydende bestemmelser som i den senere underskrevne aftale.¹⁷⁸ Endvidere findes mails¹⁷⁹ samt et internt notat, der viser, at der også før den 26. maj 2009 har været aftalt kundedeling mellem MCD og Mediabroker.¹⁸⁰

322. Det fremgår fx af nedenfor anførte mail, der blev sendt internt i GroupM, at MCD og Mediabroker allerede den 13. november 2007 indgik aftale om et indkøbssamarbejde inklusiv en kundeklausul:

[...]: Mail sendt fra [...]til GroupM-bureauer, dateret den 13. november 2007:

"Hej alle

Vi har nu indgået en aftale med Mediecenter DK omkring samarbejde af en fælles portopulje administreret af dem.

¹⁷⁶ [...]

¹⁷⁷ [...]

¹⁷⁸ [...]

¹⁷⁹ [...]

¹⁸⁰ [...]

Vi har endnu ikke lavet det endelige aftale dokument, men grund tanken er at vi ved at gå sammen, kan få en større og bedre fælles pulje til gavn for både deres og vores kunder. Samtidig skal vi ikke ligge og kæmpe om de samme kunder.¹⁸¹
 ”

323. Det fremgår direkte af mailen, at MCD og GroupM ikke længere skal kæmpe om de samme kunder.

324. Det fremgår endvidere af et internt notat fra Mediabroker¹⁸² dateret samme dato - dvs. 13. nov. 2007 - at ”De lover ikke at sælge aktivt til vores kunder.” Notatet har overskriften ”Udgangspunkt for samarbejde mellem GroupM og Mediecenter Danmark – Deres oplæg.”

325. Derudover kan nævnes nedenstående mail, der viser, at der forelå en samstemmende vilje om kundedeling mellem MCD og Mediabroker i perioden før den 26. maj 2009:

[...]: Mailkorrespondance mellem [...], Mediabroker, og [...], MCD, december 2008:

[...] skriver den 22. december 2008:
 ”Emne: ligger [...] i puljen?”

[...] svarer den 23. december 2008:
 ”Ved faktisk ikke om der er skrevet under for i år endnu, men den har ligget hos mcd i 2008
 Tjekker lige op.
 [...]”

[...] svarer skriver tilbage den 23. december 2008:
 ”hej [...],
 De er blevet kunder hos Mediacom og jeg er blevet bedt om et tilbud – men vil lige høre, så der ikke kommer flere unødvendige problemer.
 Med venlig hilsen
 [...]”

326. Derudover kan der henvises til MCDs og Mediabrokers egne udsagn på møder afholdt med styrelsen.¹⁸³

¹⁸¹ Styrelsens understregning.

¹⁸² [...]

¹⁸³ [...]

327. På baggrund af ovenstående udkast til kontrakter, mails, parternes egne udsagn samt internt notat vurderer styrelsen, at MCD og Mediabroker også i perioden fra den 13. november 2007 til den 26. maj 2009 har haft en samstemmende vilje til at dele kunder mellem sig. Dermed er det konkurrenceretlige aftalebegreb, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1, ligeledes opfyldt for så vidt angår denne periode.

Konklusion:

328. Styrelsen vurderer samlet, at der for perioden fra den 13. november 2007 til den 26. maj 2009 og fra den 26. maj 2009 og frem foreligger en aftale i konkurrenceretlig forstand mellem MCD og Mediabroker.

4.3.2.2. MCD og Carat

329. MCD og Carat har indgået to kontrakter vedrørende videresalg af distribution af adresseløse forsendelser.

330. Den første kontrakt er underskrevet den 22. november 2007 af både [...] på vegne af Carat og [...] på vegne af MCD.¹⁸⁴

331. Den anden kontrakt er underskrevet den 19. december 2008 af [...] på vegne af Carat. Ifølge kontraktens bestemmelser er den gældende fra den 19. december 2008 og 2 år frem. Aftalen er uopsigelig indtil den 31. december 2010.

332. I den første kontrakt¹⁸⁵ lyder klausulen således:

”Kunde ejerskab

Carat køber ind gennem mediacenter danmark – kunderne tilhører Carat, og mediacenter danmark tager ikke kontakt til en af Carat formidlet kunde med mindre dette aftales. Generelt tager mediacenter danmark ikke kontakt til en kunde hos Carat, med mindre andet er aftalt. Ved ophør af aftalen, forpligter mediacenter danmark sig til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens opsigelse, med mindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale er specificeret i bilag A til denne aftale. Bilag A opdateres løbende i kontraktperioden. 12 måneders kundeklausulen for mediacenter danmark vil gælde alle kunder på den opdaterede liste. Det modsatte gør sig også gældende, idet Carat ligeledes forpligter sig til ikke at tage kontakt til en af mediacenter danmarksk kunder.”

¹⁸⁴ Det fremgår af kontrakten, at den tidligst kan opsiges med virkning fra 1. januar 2009.

¹⁸⁵ [...]

333. I den anden kontrakt¹⁸⁶ findes en stort set identisk klausul, der er benævnt ” *Rettigheder over kundedatabase.*” Denne klausul er imidlertid udvidet, således at den også indeholder følgende bestemmelse:

”Det aftales at der fra Carat’s side udarbejdes en såkaldt A-liste over kunder, som Carat selv betjener. Alle andre kunder under Carat, kan mediacenter danmark bearbejde mhp. salg af adresseløse forsendelser. Der arbejdes efter følgende procedure:

- 1) Hver gang mcd er i kontakt med en Carat kunde, kontaktes [...], mhp. at afklare evt. konflikter*
- 2) I tilfælde af at der ikke er en konflikt, udarbejder mediacenter danmark tilbud, lukker ordren og deler fortjenesten med Carat*
- 3) Efterfølgende booking og administration håndteres af mediacenter danmark”*

334. Da ovenstående kontrakter er underskrevet af [...] fra Carat den 22. november 2007 og er konciperet af MCD, er dette tilstrækkeligt til at konkludere, at det konkurrenceretlige aftalebegreb, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1, er opfyldt.

335. At der foreligger samstemmende vilje om kundedeling mellem MCD og Carat fremgår endvidere af MCDs eget udsagn på orienteringsmødet den 29. juni 2010¹⁸⁷ samt af en række mails.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Jf. [...] er underskrevet den 19. december 2008 af Carat og er gældende 2 år fra den 19. december 2008. Klausulen har i denne aftale overskriften ”*Rettigheder over kundedatabaser.*” [...]

¹⁸⁷ [...]

¹⁸⁸ Se [...], der er et internt notat hos MCD. Notatet er en mail sendt af [...] til [...] selv og udformet som en huskeliste. Notatet er dateret 1. september 2008 og heri er angivet ”*Sende til Carat, priser – i dag er KK tilbudt 2 øre, 1 øre til [...].*”

Konklusion:

336. Styrelsen vurderer samlet, at der for perioden fra den 22. november 2007 og frem foreligger en aftale i konkurrenceretlig forstand mellem MCD og Carat.

4.3.2.3. MCD og IUM

337. MCD og IUM har indgået to kontrakter vedrørende videresalg af distribution af adresseløse forsendelser.

338. Den første kontrakt er underskrevet den 29. juni 2007 af både [...] fra MediaPrint og [...] IUM [...], på vegne af MediaPrint/IUM.

339. Den anden kontrakt er underskrevet den 18. december 2008 af [...] fra MediaPrint på vegne af MediaPrint/IUM. Sidstnævnte kontrakt er ifølge kontraktens bestemmelser gældende fra den 18. december 2008 og 2 år frem. Aftalen er uopsigelig indtil den 31. december 2010.

340. I den første kontrakt¹⁸⁹ lyder klausulen således:

”Kundeejerskab

IUM/MediaPrint køber ind gennem mediacenter danmark – kunderne tilhører IUM/MediaPrint, og mediacenter danmark tager ikke kontakt til en af IUM/MediaPrint formidlet kunde med mindre dette aftales. Ved ophør af aftalen, forpligter mediacenter danmark sig til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, med mindre andet er aftalt skriftligt. Kunder omfattet af denne kundeaftale er alle kunder hos IUM/MediaPrint specificeret i bilag A. Det er IUM/MediaPrint pålagt at opdatere denne liste, således at bilag A kan fremlægges ved hvert kvartalsmøde mellem parterne.”

341. I den anden kontrakt¹⁹⁰ lyder klausulen således:

”Rettigheder over kundedatabase

Bureauet køber ind gennem mediacenter danmark, hvorfor kunderne tilhører bureauet. mediacenter danmark tager ikke kontakt til en kunde formidlet af bureauet, medmindre der er særskilt aftale herom eller det fremgår af denne aftale.

Ved aftalens ophør er mediacenter danmark forpligtet til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, medmindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale

¹⁸⁹ [...]

¹⁹⁰ Jf. [...], der har en gyldighedsperiode på 2 år.

er specificeret i bilag A til denne aftale. Omvendt kan bureauet ikke give tilbud på adresseløs distribution til en af mediacenter danmarks kunder."¹⁹¹

342. Derudover indeholder den anden kontrakt følgende bestemmelse:

"Det aftales at der fra IUM's side udarbejdes en såkaldt A-liste over kunder, som IUM selv betjener. Alle andre kunder under IUM, kan mediacenter danmark bearbejde mhp. salg af adresseløse forsendelser. Der arbejdes efter følgende procedure:

- 1) Hver gang mcd er i kontakt med en IUM kunde, kontaktes [...], mlp. at afklare evt. konflikter*
- 2) I tilfælde af at der ikke er en konflikt, udarbejder mediacenter danmark tilbud, lukker ordren, og deler fortjenesten med IUM*
- 3) Efterfølgende booking og administration håndteres af mediacenter danmark"*

343. Da ovenstående kontrakter er underskrevet af [...] fra IUM henholdsvis den 29. juni 2007 og den 18. december 2008 samt er konciperet af MCD, er dette er tilstrækkeligt til at konkludere, at det konkurrenceretlige aftalebegreb, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1, er opfyldt.

344. At der foreligger samstemmende vilje om kundedeling mellem MCD og IUM fremgår endvidere af MCDs og IUMS egne udsagn på orienteringsmøderne¹⁹² samt af en mail.¹⁹³

Konklusion:

345. Styrelsen vurderer samlet, at der for perioden fra den 29. juni 2007 og frem foreligger en aftale i konkurrenceretlig forstand mellem MCD og IUM.

4.3.2.4. MCD og OMD

346. Nedenfor vurderer styrelsen, hvorvidt der er indgået en aftale i konkurrenceretlig forstand mellem MCD og OMD. Fremstillingen er opdelt i to. Først gennemgås perioden fra den 30. oktober 2007 til den 1. januar 2009, hvor der foreligger underskrevet kontrakt mellem parterne. Dernæst gennemgås perioden fra den 1. januar 2009 og frem, hvor der foreligger udkast til kontrakter samt en mail.

¹⁹¹ Jf. styrelsens understregning.

¹⁹² [...]

¹⁹³ [...]

Perioden fra den 30. oktober 2007 til den 1. januar 2009:

347. MCD og OMD har indgået en kontrakt vedrørende indkøb af distribution af adresseløse forsendelser.¹⁹⁴ Det fremgår af denne aftale, at "den enkelte kunde faktureres af [OMD], ligesom forhandlingen med kunden varetages af [OMD]." Styrelsen finder, at det fremgår implicit heraf, at formålet med aftaleforholdet er, at OMD skal videresælge eller videreformidle den gennem MCD indkøbte distribution af adresseløse forsendelser.

348. Af kontrakten fremgår følgende bestemmelse:

"Kunde ejerskab

Omnicom Media Group¹⁹⁵ køber ind gennem mediacenter danmark – kunderne tilhører Omnicom Media Group, og mediacenter danmark tager ikke kontakt til en af Omnicom Media Group formidlet kunde med mindre dette aftales. Ved ophør af aftalen, forpligter mediacenter danmark sig til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, med mindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftale er specificeret i bilag A til denne aftale. Bilag A opdateres løbende i kontraktperioden. 12 måneders kundeklausulen for mediacenter danmark vil gælde alle kunder på den opdaterede liste."

349. Kontrakten er underskrevet af begge parter¹⁹⁶ og gælder fra den 30. oktober 2007. Kontrakten er uopsigelig indtil den 1. januar 2009, hvilket er tilstrækkeligt til at konkludere, at det konkurrenceretlige aftalebegreb, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1, er opfyldt.

350. Derudover kan der henvises til MCDs eget udsagn på orienteringsmødet den 29. juni 2010.¹⁹⁷

Perioden fra den 1. januar 2009 og frem

351. Styrelsen har ikke fundet underskrevne aftaler i perioden efter 1. januar 2009. At der foreligger samstemmende vilje om kundedeling mellem MCD og OMD også for så vidt angår denne periode fremgår bl.a. af MCDs eget udsagn på orienteringsmødet den 29. juni 2010¹⁹⁸ samt af nedenstående mail:

[...]: Mail sendt fra [...], MCD, til [...] fra OMD, dateret 19. februar 2009:

"Hej [...]"

¹⁹⁴ [...]

¹⁹⁵ Omnicom Media Group er OMDs moderselskab.

¹⁹⁶ Underskrevet af [...], Omnicom Media Group, og [...], MCD, den 30. oktober 2007.

¹⁹⁷ [...]

¹⁹⁸ [...]

Så har jeg gravet lidt i den, og historikken er som følger:

Vi modtager en henvendelse fra [...] på vores adresseloes@mcd.dk

Der bliver taget kontakt til kunden fra en af mine sælgere, [...]. Kunden oplyser, at han har fået vores navn via en mail sendt til [...].

De holder møde, og der udarbejdes efterfølgende tilbud

Kunden vender tilbage og siger han er gået i dialog med OMD – hvilket jeg på det tidspunkt gøres opmærksom på. Aftaler med [...] at han ikke skal være proaktiv på kunden og ikke ændre i tilbudet. Kunden vender tilbage og siger vi er for dyre – får at vide at der ikke er mere at gøre.

[...] vender tilbage og siger at vi får ordren på trods af pris, men fordi han har fået en umiddelbar respons og rådgivning omkring hans distribution.

Vedkender det er en underlig sag – lad mig høre hvad du synes.

Mener den er håndteret korrekt her fra

Hilsen

[...]"

352. Ifølge OMD skal mailen læses som et svar på spørgsmål fra OMD til MCD om, hvorfor MCD kunne tilbyde kunden en lavere pris end OMD fik tilbudt fra MCD. Styrelsen vurderer imidlertid, at mailen er et bevis på, at der eksisterer en aftale om kundedeling mellem MCD og OMD, idet MCD ifølge mailen afstår fra at konkurrere om kunden i det øjeblik, at MCD får besked på, at kunden er i dialog med OMD.¹⁹⁹

353. Styrelsen finder således, at ovenstående mail er et bevis på, at OMDs og MCDs kundedelingsaftale er fortsat efter udløbet²⁰⁰ af den ovenfor nævnte kontrakt. OMD har i sit høringssvar oplyst, at aftalen, der blev indgået i 2007 stadig er gældende.²⁰¹

354. Der foreligger endvidere to udkast til kontrakter, der vedrører perioden 2009-2010.²⁰² Af S/HEF 35 fremgår følgende bestemmelse:

"Rettigheder over kundedatabase

¹⁹⁹ [...]

²⁰⁰ Det fremgår af den underskrevne kontrakt, at kontrakten er uopsigelig indtil den 1. januar 2009. MCD har ved skrivelse af 20. december 2010 meddelt, at der ikke foreligger "tilsvarende aftaler" med OMD, hvorfor der ikke er indsendt dokumentation for annullering af afsnit med overskriften "rettigheder over kundedatabase."

²⁰¹ [...]

²⁰² De to øvrige kontraktudkast er ikke helt enslydende, blandt andet er opsigelsesvarslet 6 måneder i [...], mens det er 1 år i [...].

Bureauet køber ind gennem mediacenter danmark, hvorfor kunderne tilhører bureauet. mediacenter danmark tager ikke kontakt til en kunde formidlet af bureauet, medmindre der er særskilt aftale herom eller det fremgår af denne aftale.

*Ved aftalens ophør er mediacenter danmark forpligtet til ikke at tage kontakt til disse kunder i en periode på 12 måneder fra aftalens ophør, medmindre andet er aftalt skriftligt. Kunderne omfattet af denne aftaleer specificeret i bilag A til denne aftale. Omvendt kan bureauet ikke tage kontakt til en af mediacenter danmarks kunder.*²⁰³

355. Det fremgår eksplicit af de medtagne udkast til fornyelse af MCDs og OMDs aftaleforhold, at OMD er ”i henhold til denne aftale berettiget til at videresælge forsendelsen af distribution af adresseløse forsendelser til deres kunder.”²⁰⁴

356. På baggrund af OMDs høringssvar,²⁰⁵ hvoraf det fremgår, at OMDs aftale med MCD af den 30. oktober 2007, er videreført efter den 1. januar 2009, hvoraf det fremgår, at MCD ikke må kontakte OMDs kunder, konkluderer styrelsen, at det konkurrenceretlige aftalebegreb, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1, ligeledes er opfyldt for så vidt angår denne periode.

Konklusion:

357. Styrelsen vurderer samlet, at der for perioden fra den 30. oktober 2007 til 1. januar 2009 og fra den 1. januar 2009 og frem foreligger en aftale i konkurrenceretlig forstand mellem MCD og OMD.

4.3.3. Til formål eller følge at begrænse konkurrencen

358. Dette afsnit omhandler spørgsmålet om, hvornår en aftale eller praksis har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

359. Kriteriet for, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er, at den objektivt set skal være egnet til at have eller få en mærkbart negativ virkning for konkurrencen på markedet. Særligt alvorlige konkurrencebegrænsninger som kundedeling betragtes uden videre at være så skadelige for konkurrencen, at de har et konkurrencebegrænsende formål.²⁰⁶

²⁰³ Styrelsens understregning.

²⁰⁴ [...]

²⁰⁵ [...]

²⁰⁶ Se Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 [nu artikel 101, stk. 3] (2004/C 101/08), pkt. 22.

360. Hvis der er tale om en aftale, der efter sin art har til formål at begrænse konkurrencen, følger det af praksis,²⁰⁷ at der alene kræves bevis for aftalens eksistens for, at der kan statures en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

361. Det fremgår af pkt. 23 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101, stk. 3,²⁰⁸ at:

"For horisontale aftalers vedkommende omfatter konkurrencebegrænsende formål bl.a. prisaftaler, begrænsning af produktionen og markeds- og kundedeling..."

362. Det følger bl.a. af praksis fra hhv. Kommissionen og fællesskabsdomstolene, at det ikke er relevant at statuere effekt, for så vidt angår de alvorlige konkurrencebegrænsninger.²⁰⁹ I denne forbindelse har Retten i *KME mod Kommissionen* konkluderet, at kundedeling udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning.²¹⁰

363. En udveksling af kommercielt følsomme oplysninger kan være med til at understøtte selve overtrædelsen, så som kundedeling mellem konkurrenter.

364. I *Lokalbanksagen*,²¹¹ der blandt andet vedrørte kundedeling, fandt Konkurrencerådet i pkt. 366, at *"ved markedsdelingsaftalen er der eksplicit skabt en forståelse mellem Lokalbanksamarbejdsmedlemmerne om, at de ikke skal konkurrere på visse af hinandens markeder eller om hinandens kunder, og denne forståelse om ikke at konkurrere indbyrdes må antages at blive suppleret og forstærket gensidigt af det forum, som bankerne har skabt til at udveksle normalt fortrolige oplysninger."* Ankenævnet fandt, *"..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."*²¹²

²⁰⁷ Se fx Konkurrencerådets afgørelse af 27. september 2000 *Danske Fysioterapeuters prisregulering*, pkt. 61-62 og sag 56/65 *Société Technique Minière*.

²⁰⁸ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, [nu TEUF artikel 101, stk. 3] (2004/C 101/08).

²⁰⁹ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

²¹⁰ *Ibid.* præmis 83.

²¹¹ Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2007.

²¹² Konkurrenceankenævnets kendelse fra d. 2. oktober 2007, afsnit 6.9.

365. I Kommissionens afgørelse i *PO/Interbrew og Alken-Maes*²¹³ konstaterer Kommissionen blandt andet, at udveksling af fortrolige oplysninger kan udgøre en understøttende foranstaltning til en alvorlig konkurrencebegrænsning, der i denne sag blandt andet var prisaftaler og kundedeling.

366. Endelig kan også en ensidig udveksling af oplysninger udgøre en begrænsning af konkurrencen. Således fremgår det blandt andet af EU-praksis i *BPB plc mod Kommissionen*, at også ensidig informationsudveksling udgør en begrænsning af konkurrencen, hvor informationerne vedrører en konkurrents fremtidige adfærd, så som fremtidige priser.²¹⁴ Noget tilsvarende må antages at gælde for oplysninger om en konkurrents øvrige tilsvarende fremtidig adfærd over denne konkurrents kunder. Sådanne oplysninger vil således kunne være, hvilke kunder denne konkurrent betragter som sine eksklusive kunder.

367. Nedenfor følger en konkret vurdering af, hvorvidt MCDs respektive aftaler med henholdsvis Mediabroker, Carat, IUM og OMD om kundedeling har til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.1. MCD og Mediabroker

368. MCDs og Mediabrokers aftale om kundedeling udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, der efter sin natur som udgangspunkt vil have til formål at begrænse konkurrencen, sml. *Belasco-sagen*²¹⁵ og *KME mod Kommissionen*.²¹⁶

369. Bestemmelsen ”*Rettigheder over kundedatabase*” er en kundeklausul, der indeholder fire bestemmelser om kundedeling.

370. *For det første* stipuleres det i bestemmelsen, at der for indkøbssamarbejdsaftalen gælder et udgangspunkt om, at MCD ikke må tage kontakt til GroupMs (og dermed Mediabrokers) kunder. For så vidt angår GroupMs kunder fremgår det af kundeklausulen, ”*at der fra GroupM’s side udarbejdes en såkaldt A-liste over kunder, som GroupM selv betjener.*”²¹⁷

371. *For det andet* må MCD tage kontakt til en kunde formidlet af GroupM (og dermed Mediabroker), hvis det er aftalt mellem parterne. Sidstnævnte

²¹³ Sag IV/37.614. Se også bl.a. Kommissionens beslutning i Sag COMP/37.370, *Sorbater*, og Domstolens dom i Sag C-204/00P m.fl., *Aalborg Portland m.fl.*, pr. 281, og Sag C-194/99 P *Thyssen Stahl*.

²¹⁴ Jf. Sag T-53/03, præmisserne 231-236.

²¹⁵ Sag 246/86, *SC Belasco med flere mod Kommissionen*. Kommissionens beslutning 86/399/EØF af 10. juli 1986.

²¹⁶ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

²¹⁷ Styrelsen har ikke fundet nogle af de omtalte bilag nævnt i den underskrevne kontrakt og i udkast til kontrakter. Ifølge Mediabroker eksisterer bilag A og B til kontrakten ikke.

bestemmelse udgør ligeledes kundedeling mellem parterne, idet det på forhånd afstemmes, hvem der skal have kunden.

372. *For det tredje* indeholder kundeklausulen en supplerende bestemmelse, der vedrører fremgangsmåden ved bearbejdning af kunder. Denne bestemmelse er ligeledes udtryk for en aftale om kundedeling, idet det fremgår (1) at GroupM (og dermed Mediabroker) udarbejder en liste over kunder, som GroupM selv bearbejder, og (2) at der, for så vidt angår øvrige kunder, på forhånd skal afstemmes mellem parterne, om der er konflikt angående hver af disse øvrige kunder.²¹⁸

373. For de kunder, hvor der ikke er konflikt, udarbejder MCD tilbud og lukker ordren og deler overskuddet med GroupM (og dermed Mediabroker). Dvs. at parternes konkurrencemæssige adfærd på markedet på forhånd skal koordineres. Mediabroker har gjort gældende,²¹⁹ at bestemmelsen om overskudsdeling aldrig har været praktiseret mellem parterne. Uanset om der er foretaget overskudsdeling eller ej, er overskudsdeling aftalt og indgår som led i en samlet aftale om kundedeling, som ikke bare er aftalt, men hvor det fremgår af mailkorrespondancer, at kundedelingen også har fundet sted mellem MCD og Mediabroker.²²⁰

374. *For det fjerde* fremgår det af bestemmelsen, at der gælder en *cool-off* periode på 12 måneder efter ophør af samarbejdet, hvor i hvert fald MCD forpligter sig til ikke at tage kontakt til GroupMs (og dermed Mediabrokers) kunder.

375. Alle fire bestemmelser i kundeklausulen sætter den normale konkurrencesituation mellem parterne ud af kraft ikke bare i aftaleperioden, men også et år derefter.

376. Udover de ovennævnte bestemmelser er der i hvert fald samtidig sket informationsudveksling via mailkorrespondancer²²¹ og fremsendelse af kundeliste.²²² Denne informationsudveksling udgør en understøttende foranstaltning til den aftalte kundedeling.

²¹⁸ Det fremgår ikke af bestemmelsen eller af udkast til kontrakter i øvrigt, hvad der skal forstås ved, at der er konflikt for så vidt angår kunden.

²¹⁹ [...]

²²⁰ [...]

²²¹ [...]

²²² Se [...], hvori en fælles liste omtales. Styrelsen vurderer, at der er tale om en kundeliste. Se også [...]. Det fremgår også af den underskrevne kontrakt og udkast til kontrakter, at der skal afholdes kvartalsmøder, hvor blandt andet "*status og budgettering på kunder, fremadrettet*" og "*koordinering af igangværende sager og potentielle kunder*" gennemgås. Ligesom det fremgår af mailkorrespondance [...], at MCD og Mediabroker skal mødes for at gennemgå de kundemæssige forhold. Dertil kommer interne notater [...] og [...], der ligeledes viser, at der har været afholdt møder mellem MCD og Mediabroker, der har omhandlet kundedeling.

377. Dertil kommer, at Mediabroker som led i indkøbssamarbejdet via konsolideringsplaner og produktionsplaner indsender kundeoplysninger til MCD,²²³ jf. beskrivelsen i pkt. 31 i afsnit 3.1.

378. Det er derfor styrelsens samlede vurdering, at MCDs og Mediabrokers aftale om kundedeling har til formål at begrænse konkurrencen, jf. § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, og at informationsudvekslingen er en understøttende foranstaltning dertil.

379. Da det følger bl.a. af praksis fra hhv. Kommissionen og fællesskabsdomstolene, at det ikke er relevant at statuere effekt, for så vidt angår de alvorlige konkurrencebegrænsninger,²²⁴ foretages der derfor ikke nogen til følge-analyse af MCDs og Mediabrokers aftale om kundedeling.

4.3.3.2. MCD og Carat

380. MCDs og Carats aftale om kundedeling udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, der efter sin natur som udgangspunkt vil have til formål at begrænse konkurrencen, sml. *Belasco-sagen*²²⁵ og *KME mod Kommissionen*.²²⁶

381. Bestemmelsen "*Kunde ejerskab*" i den første kontrakt og "*Rettigheder over kundedatabase*" i den anden kontrakt er kundeklausuler, der henholdsvis indeholder tre og fire bestemmelser om kundedeling.

382. *For det første* stipuleres det i de to kundeklausuler, at der for indkøbssamarbejdsaftalen gælder et udgangspunkt om, at MCD ikke må tage kontakt til Carats kunder. For så vidt angår Carats kunder fremgår det af kundeklausulen, "*at der fra Carats side udarbejdes en såkaldt A-liste over kunder, som Carat selv betjener.*"²²⁷

383. *For det andet* fremgår det af de to kundeklausuler, at MCD må tage kontakt til en kunde formidlet af Carat, hvis det er aftalt mellem parterne. Sidstnævnte bestemmelse udgør ligeledes kundedeling mellem parterne, idet det på forhånd afstemmes, hvem der skal have kunden.

384. *For det tredje* fremgår det af bestemmelsen, at der gælder en *cool-off* periode på 12 måneder efter ophør af samarbejdet, hvor i hvert fald MCD forpligter sig til ikke at tage kontakt til Carats kunder.

²²³ [...]

²²⁴ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

²²⁵ Sag 246/86, *SC Belasco med flere mod Kommissionen*. Kommissionens beslutning 86/399/EØF af 10. juli 1986.

²²⁶ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

²²⁷ Styrelsen har ikke fundet nogle af de omtalte bilag nævnt i den underskrevne kontrakt og i udkast til kontrakter.

385. For det fjerde indeholder kundeklausulen i den anden kontrakt en supplerende bestemmelse, der vedrører fremgangsmåden ved bearbejdning af kunder. Denne bestemmelse er ligeledes udtryk for en aftale om kundedeling, idet det fremgår (1) at Carat udarbejder en liste over kunder, som Carat selv bearbejder, og (2) at der, for så vidt angår øvrige kunder, på forhånd skal afstemmes mellem parterne, om der er konflikt angående hver af disse øvrige kunder.²²⁸ For de kunder, hvor der ikke er konflikt, udarbejder MCD tilbud, lukker ordren og deler overskuddet med Carat. Dvs. at parternes konkurrencemæssige adfærd på markedet på forhånd skal koordineres.

386. Alle fire bestemmelser i kundeklausulen sætter den normale konkurrencesituation mellem parterne ud af kraft ikke bare i aftaleperioden, men også et år derefter.

387. Udover de ovennævnte bestemmelser, er der i hvert fald samtidig sket informationsudveksling via kundelister.²²⁹ Denne informationsudveksling udgør en understøttende foranstaltning til den aftalte kundedeling.

388. Dertil kommer, at Carat som led i indkøbssamarbejdet via konsolideringsplaner og produktionsplaner indsender kundeoplysninger til MCD,²³⁰ jf. beskrivelsen i pkt. 31 i afsnit 3.1

389. Det er derfor styrelsens vurdering, at MCDs og Carats aftale om kundedeling har til formål at begrænse konkurrencen, jf. § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, og at informationsudvekslingen er en understøttende foranstaltning dertil.

390. Da det følger bl.a. af praksis fra hhv. Kommissionen og fællesskabsdomstolene, at det ikke er relevant at statuere effekt, for så vidt angår de alvorlige konkurrencebegrænsninger,²³¹ foretages der derfor ikke nogen til følge-analyse af MCDs og Carats aftale om kundedeling.

4.3.3.3. MCD og IUM

391. MCDs og IUMs aftale om kundedeling udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, der efter sin natur som

²²⁸ Det fremgår ikke af bestemmelsen eller af udkast til kontrakter i øvrigt, hvad der skal forstås ved, at der er konflikt for så vidt angår kunden.

²²⁹ [...] Det fremgår også af begge kontrakter, at der skal afholdes kvartalsmøder, hvor "status og budgettering på kunder, fremadrettet" er et af emnerne. I den anden kontrakt er punktet "koordinering af igangværende sager og potentielle kunder" tilføjet.

²³⁰ [...]

²³¹ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

udgangspunkt vil have til formål at begrænse konkurrencen, sml. *Belasco-sagen*²³² og *KME mod Kommissionen*.²³³

392. Bestemmelsen "*Kunde ejerskab*" i den første kontrakt og "*Rettigheder over kundedatabase*" i den anden kontrakt er kundeklausuler, der henholdsvis indeholder tre og fire bestemmelser om kundedeling.

393. *For det første* stipuleres det i de to kundeklausuler, at der for indkøbssamarbejdsaftalen gælder et udgangspunkt om, at MCD ikke må tage kontakt til IUMs kunder. For så vidt angår IUMs kunder fremgår det af kundeklausulen, "*at der fra IUMs side udarbejdes en såkaldt A-liste over kunder, som IUM selv betjener.*"

394. *For det andet* fremgår det af de to kundeklausuler, at MCD må tage kontakt til en kunde formidlet af IUM, hvis det er aftalt mellem parterne. Sidstnævnte bestemmelse udgør ligeledes kundedeling mellem parterne, idet det på forhånd afstemmes, hvem der skal have kunden.

395. *For det tredje* fremgår det af bestemmelsen, at der gælder en *cool-off* periode på 12 måneder efter ophør af samarbejdet, hvor i hvert fald MCD forpligter sig til ikke at tage kontakt til IUMs kunder.

396. *For det fjerde* indeholder kundeklausulen i den anden kontrakt en supplerende bestemmelse, der vedrører fremgangsmåden ved bearbejdning af kunder. Denne bestemmelse er ligeledes udtryk for en aftale om kundedeling, idet det fremgår (1) at IUM udarbejder en liste over kunder, som IUM selv bearbejder, og (2) at der, for så vidt angår øvrige kunder, på forhånd skal afstemmes mellem parterne, om der er konflikt angående hver af disse øvrige kunder.²³⁴ For de kunder, hvor der ikke er konflikt, udarbejder MCD tilbud, lukker ordren og deler overskuddet med IUM. Dvs. at parternes konkurrencemæssige adfærd på markedet på forhånd skal koordineres.

397. Alle fire bestemmelser i kundeklausulen sætter den normale konkurrencesituation mellem parterne ud af kraft ikke bare i aftaleperioden, men også et år derefter.

398. Udover de ovennævnte bestemmelser er der i hvert fald samtidig sket informationsudveksling via kundelister.²³⁵ Denne informationsudveksling udgør en understøttende foranstaltning til den aftalte kundedeling.

²³² Sag 246/86, *SC Belasco med flere mod Kommissionen*. Kommissionens beslutning 86/399/EØF af 10. juli 1986.

²³³ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

²³⁴ Det fremgår ikke af bestemmelsen eller af udkast til kontrakter i øvrigt, hvad der skal forstås ved, at der er konflikt for så vidt angår kunden.

²³⁵ [...] Se endvidere [...] der er en mailkorrespondance vedrørende specifikke kunder. Det fremgår også af begge kontrakter, at der skal afholdes kvartalsmøder, hvor "*status og*

399. Dertil kommer, at IUM som led i indkøbssamarbejdet via konsolideringsplaner og produktionsplaner indsender kundeoplysninger til MCD,²³⁶ jf. beskrivelsen i pkt. 31 i afsnit 3.1

400. Det er derfor styrelsens vurdering, at MCDs og IUMs aftale om kundedeling har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, og at informationsudvekslingen er en understøttende foranstaltning dertil.

401. Da det følger bl.a. af praksis fra hhv. Kommissionen og fællesskabsdomstolene, at det ikke er relevant at statuere effekt, for så vidt angår de alvorlige konkurrencebegrænsninger,²³⁷ foretages der derfor ikke nogen til følge-analyse af MCDs og IUMs aftale om kundedeling.

4.3.3.4. MCD og OMD

402. MCDs og OMDs aftale om, at MCD ikke må kontakte OMDs kunder, udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, der efter sin natur som udgangspunkt vil have til formål at begrænse konkurrencen, sml. *Belasco-sagen*²³⁸ og *KME mod Kommissionen*.²³⁹

403. Bestemmelsen "*Kunde ejerskab*" er en kundeklausul, der indeholder tre bestemmelser om kundedeling.

404. *For det første* stipuleres det i bestemmelsen, at der for indkøbssamarbejdsaftalen gælder et udgangspunkt om, at MCD ikke må tage kontakt til OMDs kunder. Der henvises i øvrigt til Bilag A, der omfatter kunderne, der er omfattet af denne aftale. Styrelsen har ikke fundet nogle af de omtalte bilag nævnt i den underskrevne kontrakt og i udkast til kontrakter. Ifølge OMD eksisterer bilag A og B til kontrakten ikke.

405. *For det andet* må MCD tage kontakt til en kunde formidlet af OMD, hvis det er aftalt mellem parterne. Sidstnævnte bestemmelse udgør ligeledes kundedeling mellem parterne, idet det på forhånd afstemmes, hvem der skal have kunden.

406. *For det tredje* fremgår det af bestemmelsen, at der gælder en *cool-off* periode på 12 måneder efter ophør af samarbejdet, hvor i hvert fald MCD forpligter sig til ikke at tage kontakt til OMDs kunder.

budgettering på kunder, fremadrettet" er et af emnerne. I den anden kontrakt er punktet "*koordinering af igangværende sager og potentielle kunder*" tilføjet. [...]

²³⁶ [...]

²³⁷ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

²³⁸ Sag 246/86, *SC Belasco med flere mod Kommissionen*. Kommissionens beslutning 86/399/EØF af 10. juli 1986.

²³⁹ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

407. Alle tre bestemmelser i kundeklausulen sætter den normale konkurrencesituation mellem parterne ud af kraft ikke bare i aftaleperioden, men også et år derefter.

408. Dertil kommer, at OMD som led i indkøbssamarbejdet via konsolideringsplaner og produktionsplaner indsender kundeoplysninger til MCD,²⁴⁰ jf. beskrivelsen i pkt. 31 i afsnit 3.1.

409. Det er derfor styrelsens vurdering, at MCDs og OMDs aftale om kundedeling har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, og at informationsudvekslingen er en understøttende foranstaltning dertil.

410. Da det følger bl.a. af praksis fra hhv. Kommissionen og fællesskabsdomstolene, at det ikke er relevant at statuere effekt, for så vidt angår de alvorlige konkurrencebegrænsninger,²⁴¹ foretages der derfor ikke nogen til følge-analyse af MCDs og OMDs aftale om kundedeling.

4.3.4. Mærkbar konkurrencebegrænsning

411. Det er endvidere en betingelse for anvendelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Det vil sige, at en konkurrencebegrænsende aftale, samordnet praksis eller vedtagelse skal være egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang.

412. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar, beror dels på en kvantitativ og dels en kvalitativ vurdering.

413. Det kvantitative mærkbarhedskrav afhænger af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele og følger af bagatelreglerne i Kommissionens bagatelmeddelelse.²⁴² Bagatelreglerne vil blive gennemgået nærmere nedenfor i afsnit 4.4.

414. Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav og beror ifølge praksis²⁴³ på en helhedsvurdering af *"aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de tjenesteydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og*

²⁴⁰ Det fremgår fx af [...], at der skal indsendes produktionsplaner til MCD inden den 1. december 2010.

²⁴¹ Jf. bl.a. Rettens dom af 19. maj 2010 i Sag T-25/05, *KME mod Kommissionen*, præmis 81 og 83.

²⁴² Kommissionens meddelelse om aftaler om ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (2001/C 368/07).

²⁴³ Jf. fx Rettens dom af 15. september 1998 i forenede sager T-374/94 m.fl., *European Night Services m.fl. mod Kommissionen*, præmis 136.

*reelt fungerer,*²⁴⁴ medmindre der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger, som f.eks. prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol.²⁴⁵ Dog skal selv alvorlige konkurrencebegrænsninger være mere end "ganske ubetydelige" for at opfylde mærkbarhedskriteriet. De faktorer, der skal vurderes, i forbindelse med vurderingen af om adfærd er ubetydelig eller ej, er bl.a. om der er tale om parallelle aftaler, hvis kumulative virkninger er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart hovedsageligt henset til parternes markedsandele og antallet af parter.

415. Ved alvorlige konkurrencebegrænsninger gælder der således en generel formodning for mærkbarhed.

416. Da der i nærværende sag foreligger aftaler om kundedeling, som har til formål at begrænse konkurrencen, gælder der følgelig i nærværende sag en formodning for mærkbarhed.

417. Parternes kundedelingsaftaler påvirker endvidere konkurrencen i et ikke ganske ubetydeligt omfang, idet der i nærværende sag *for det første* foreligger fire separate aftaler mellem MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat, IUM og OMD, der er parallelle i forhold til hinanden. Aftalerne er parallelle i forhold til hinanden, eftersom (1) aftalerne alle udspringer af det samme indkøbssamarbejde, (2) aftalerne alle angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, (3) aftalerne alle angår kundedeling mellem konkurrenter og (4) aftalerne mellem MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat og IUM indeholder mere eller mindre identiske kundeklausuler, mens aftalen mellem MCD og OMD i hvert fald indeholder en ikke-gensidig kundeklausul. *For det andet* er de kumulative virkninger af disse parallelle aftaler egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart, henset til at MCDs parallelle aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD i perioden fra 2008 til 1. halvår 2010 i kr. har udgjort mellem [10-20] pct. og i styk mellem [10-20] pct. af afsætningen på distribution af adresseløse forsendelser, jf. nedenstående tabel 6. Ifølge dansk praksis²⁴⁶ og EU-praksis²⁴⁷ vil en markedsandel på få pct. kunne medføre en mærkbar konkurrencebegrænsning.

²⁴⁴ Retten henviser i denne forbindelse til sag C-234/89, *Delimitis-dommen*, sag C-250/92 *DLG-dommen*, præmis 31, sag C-399/93, *Oude Luttikhuis m.fl.*, præmis 10; samt sag T-77/94, *VGB m.fl. mod Kommissionen*, præmis 140.

²⁴⁵ Retten henviser i denne forbindelse til sag T-148/89, *Tréfilunion mod Kommissionen*, præmis 109. Det følger tilsvarende af Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i EF-Traktaten, EF-Tidende nr. C 368 af 22. december 2001, s. 13-15, aftaler om kundedeling uanset parternes omsætning mv., efter EU-retten udtrykkeligt falder uden for kategorien af aftaler af ringe betydning. Understregningen er foretaget af styrelsen.

²⁴⁶ Jf. bl.a. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007 "*Møns Bank, Lokalbanken i Nordsjælland, Skælskør Bank, Lollands Bank, Vordingborg Bank, Totalbanken og DiBa Bank mod Konkurrencestyrelsen*", hvor Konkurrenceankenævnet konkluderede i pkt. 6.9, at "*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*

418. Styrelsen finder, at det relevante marked i nærværende sag formentlig er afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Markedet er dog ikke afgrænset endeligt. Markedet kan imidlertid ikke være bredere end markedet for distribution af adresseløse forsendelser, der geografisk er afgrænset til Danmark, jf. afsnit 4.1. i rådsnotatet. Idet MCD og mediebureauerne Mediabroker, Carat, IUM og OMD i perioden fra 2008 til 1. halvår 2010 i kr. har afsat mellem [10-20] pct. og i styk mellem [10-20] pct. af den samlede distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, finder styrelsen, at kravet om mærkbarhed er opfyldt i nærværende sag.

Tabel 6: MCDs og mediebureauernes samlede andel af afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder i pct. i 2008-2010

År:	Markedsandel i pct. (kr.)	Markedsandel i pct. (styk)
2008	[10-20] pct.	[10-20] pct.
2009	[10-20] pct.	[10-20] pct.
2010 ¹	[10-20] pct.	[10-20] pct.

¹Anm: For 2010 er andel alene angivet for perioden 1. januar til og med 30. juni 2010.

419. Uanset at styrelsen ikke har foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked, vil MCDs og mediebureauernes samlede markedsandel målt på det bredest tænkelige marked stort set svare til det her i tabel 6 angivne, jf. også pkt. 280 i rådsnotatet.

420. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder således, at MCDs aftaler om kundedeling med henholdsvis Mediabroker, Carat, IUM og OMD er egnede til at påvirke konkurrencen mærkbart i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, samt TEUF artikel 101, stk. 1.

4.3.5. Konklusion vedr. § 6

421. På baggrund af ovenstående konkluderer styrelsen, at

- MCD og Mediabroker's bestemmelser om "kundeejerskab" og "rettigheder over kundedatabase," for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, udgør en aftale om kundedeling. Aftalen understøttes af informationsudveksling om

kombination med udveksling af informationer af relevans for den enkelte lokalbanks optræden på markedet – 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." Ankenævnet fandt desuden, "at det relevante geografiske marked omfatter hele landet. På dette marked har de 7 Lokalbanker tilsammen en markedsandel på i hvert fald 1 %" jf. pkt. 6.5.

²⁴⁷ Jf. bl.a. Sag 5/69, *Völk mod Vervaecke*, og Sag 19/77, *Miller mod Kommissionen*.

kunder og har været efterlevet af parterne i hvert fald siden 13. november 2007. Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, og aftalen er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart. Aftalen er derfor i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1.

- MCD og Carat's bestemmelser om "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*," for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, udgør en aftale om kundedeling. Aftalen understøttes af informationsudveksling om kunder og har været efterlevet af parterne i hvert fald siden 22. november 2007. Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, og aftalen er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart. Aftalen er derfor i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1.
- MCD og IUM's bestemmelser om "*kundeejerskab*" og "*rettigheder over kundedatabase*," for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, udgør en aftale om kundedeling. Aftalen understøttes af informationsudveksling om kunder og har været efterlevet af parterne i hvert fald siden 29. juni 2007. Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, og aftalen er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart. Aftalen er derfor i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1.
- MCD og OMD's bestemmelse om "*kundeejerskab*," for så vidt angår afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, udgør en aftale om kundedeling. Aftalen understøttes af informationsudveksling om kunder og har været efterlevet af parterne i hvert fald siden 30. oktober 2007. Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, og aftalen er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart. Aftalen er derfor i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1.

4.4. Kommissionens bagatelmeddelelse

422. Hvis en konkurrencebegrænsende aftale mærkbart kan påvirke samhandelen, og derfor skal vurderes i lyset af forbuddet i TEUF artikel 101, stk. 1, finder alene Kommissionens bagatelmeddelelse²⁴⁸ anvendelse.

²⁴⁸ Kommissionens meddelelse om aftaler om ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (2001/C 368/07).

423. Da betingelsen om samhandelspåvirkning i alle fire aftaleforhold vurderes opfyldt, og TEUF artikel 101, stk. 1, finder anvendelse på aftalerne om kundedeling, følger det af Kommissionens bagatelmeddelelse, at der ikke gælder noget kvantitativt mærkbarhedskriterium for alvorlige konkurrencebegrænsninger jf. meddelelsens pkt. 11, stk. 1, litra c).

424. Det følger også af konkurrencelovens § 7, stk. 2, at der ikke gælder noget kvantitativt mærkbarhedskriterium for opdeling af kunder jf. konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 3.²⁴⁹

4.5. Er aftalerne om kundedeling omfattet af en fritagelse

425. Konkurrencebegrænsende aftaler, der indebærer kundedeling, er alvorlige overtrædelser af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1. Disse overtrædelser kan være fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, såfremt alle betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

426. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne i § 8, stk. 1,²⁵⁰ er opfyldt.²⁵¹

427. Det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, at der ikke kan gribes ind over for en konkurrencebegrænsende aftale, hvis den opfylder alle de fire betingelser i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3.

428. De fire kumulative betingelser indebærer, at:

- 1) den konkurrencebegrænsende aftale skal bidrage til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller skal bidrage til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling,
- 2) den konkurrencebegrænsende aftale skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
- 3) den konkurrencebegrænsende aftale må ikke pålægge virksomhederne unødvendige konkurrencebegrænsninger, og

²⁴⁹ I den tidligere konkurrencelov (før 1. oktober 2010) gjaldt det kvantitative mærkbarhedskriterium for kundedelingsaftaler jf. den tidligere konkurrencelovs § 7, stk. 1. Under alle omstændigheder ville MCDs aftaler med mediebyureauerne overstige mærkbarhedskriteriet, idet MCD er en del af JP/Politikens hus, der i både 2008 og 2009 har en koncernomsætning på over 2 mia. kr., jf. oplysninger fra Greens.

²⁵⁰ Dette fremgår af bemærkningerne til konkurrenceloven, jf. FT 2004/2005, 1. samling, tillæg A 1638, v. sp.

²⁵¹ Jf. artikel 2 i Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

- 4) den konkurrencebegrænsende aftale må ikke give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

429. Konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, sonderer ikke mellem alvorlige og ikke-alvorlige konkurrencebegrænsninger. Konkurrencelovens § 8, stk. 1, svarer indholdsmæssigt til TEUF artikel 101, stk. 3, og skal ifølge forarbejderne fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten.²⁵² For så vidt angår fortolkningen af TEUF artikel 101, stk. 3, anfører Kommissionen, at *"helt principielt er alle konkurrencebegrænsende aftaler, der opfylder de fire betingelser i [TEUF artikel 101, stk. 3,] omfattet af undtagelsesbestemmelsen."*²⁵³ Det er imidlertid ikke sandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder betingelserne i [TEUF artikel 101, stk. 3]. Sådanne begrænsninger er normalt sortlistet i gruppefritagelsesforordningerne eller betegnet som hardcore konkurrencebegrænsninger i Kommissionens retningslinjer og meddelelser. Aftaler af den art opfylder normalt ikke (i hvert fald) de to første betingelser i [TEUF artikel 101, stk. 3]. De skaber hverken objektive økonomiske fordele eller er til gavn for forbrugerne. [...] Endvidere opfylder disse aftaler normalt heller ikke nødvendighedskriteriet i den tredje betingelse.²⁵⁴

430. Konkurrencebegrænsende aftaler, der indebærer kundedeling, hører til den type konkurrencebegrænsende aftaler, der betegnes som hardcore. Kundedelingsaftaler vil derfor normalt ikke opfylde de tre første betingelser for at opnå fritagelse.

431. Styrelsen vil nedenfor gennemgå de fire kumulative betingelser. Først gennemgås nødvendighedsbetingelsen, idet nogle af parterne har anført, at den skulle være opfyldt. Således er det anført, at kundedelingen (1) er nødvendig for at beskytte de fortrolige oplysninger, der udveksles om kunder, og (2) er nødvendig for at undgå dobbelttælling af kunder, og dermed at kundedelingen er nødvendig for indkøbssamarbejdet. Ingen af parterne har dog formelt påberåbt sig fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3.

432. Efter vurderingen af nødvendighedsbetingelsen vurderer styrelsen, om de øvrige tre betingelser for fritagelse er opfyldt.

433. Styrelsen vurderer ikke selve indkøbssamarbejdet i denne forbindelse.

²⁵² Jf. FT 1996/1997, tillæg A 3662, h.sp.

²⁵³ Kommissionen henviser her til sag T-17/93, *Matra*, præmis 85.

²⁵⁴ Jf. pkt. 46 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-Traktatens artikel 81, stk. 3 [nu Artikel 101, stk. 3, TEUF], (2004/C 101/08). Understregningerne er styrelsens. Se endvidere bl.a. Rettens dom i sag T-168/01, *GlaxoSmithKline*, præmis 233, der stadfæster pkt. 46 i Kommissionens retningslinjer.

4.5.1. "Nødvendige konkurrencebegrænsninger"

434. MCD, Mediabroker og IUM har hver især i forskellig udstrækning anført, (1) at kundedelingen er nødvendig for at beskytte de fortrolige oplysninger, der udveksles om parternes kunder, og (2) at kundedelingen er nødvendig for at undgå dobbelttælling af parternes kunder, og at kundedelingen dermed er nødvendig for indkøbssamarbejdet.

4.5.1.1. Beskyttelse af kundeoplysninger

435. MCD har gjort gældende, at kontraktens bestemmelser om kundeejerskab er nødvendiggjort, fordi MCD ikke alene er en samarbejdspart, men også en konkurrent i forbindelse med afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder.

436. MCD har forklaret, at *"når man laver samindkøb, er det normalt, at man udleverer information til de medvirkende bureauer, men at MCD ikke må bruge den information, som bureauerne giver til MCD, for aktivt at tage kunderne fra dem, selvom de let kunne gøre det."* Hertil har MCD anført, at *"Det eneste, som klausulen siger, er, at man som bureau skal opføre sig loyalt over for sine kunder og forretningspartnere. Heri ligger der, at man ikke tager hinandens kunder."*²⁵⁵

437. Mediabroker har i lighed med MCD anført, at: *"Kundeklausulen er alene til gavn for konsolideringen, og for at sikre, at MCD ikke udnytter sin indgående viden om Mediabrokers kunder."*²⁵⁶

438. I lighed med MCD og Mediabroker har IUM (ved [...]) forklaret, *"at det ikke var muligt at have et puljesamarbejde uden koordinering, og at det var derfor, at IUM ikke måtte tage MCDs kunder og omvendt."*²⁵⁷

439. IUM har endvidere forklaret *"at der er lavet kundedelingsaftaler på noget af mængden, men ikke det hele. Det var [...]'s opfattelse, at man ikke kan åbne op for ens bøger til hinanden uden at have en aftale eller en loyalitet over for hinanden om ikke at tage hinandens kunder. [...] forklarede også, at man i starten ikke havde vidst, at MCD havde egne kunder...."*²⁵⁸

440. Styrelsen bemærker, at loyal adfærd over for forretningspartnere, der samtidig er konkurrenter, ikke berettiger aftaler mellem konkurrenter om ikke at tage hinandens kunder. Sådanne loyalitetsforpligtelser udgør netop en begrænsning af konkurrencen.

441. Styrelsen finder således, at der ikke er saglige grunde, der taler for, at kundedelingen mellem MCD og hhv. Mediabroker, Carat, IUM og OMD er

²⁵⁵ [...].

²⁵⁶ [...]

²⁵⁷ [...]

²⁵⁸ [...]

nødvendig for at beskytte mediebureauernes kundeoplysninger, og dermed heller ikke nødvendig for indkøbssamarbejdet mellem MCD og hhv. Mediabroker, Carat, IUM og OMD.

4.5.1.2. Undgå dobbelttælling af slutkunder

442. For så vidt angår argumentet om, at der er en risiko for dobbelttælling af slutkunder, har Mediabroker forklaret, at det er væsentligt for mediebureauerne, at de samme kunder ikke ”optræder” hos flere af mediebureauerne.

443. Det er styrelsens vurdering, at parterne ikke har bevist, at den kundedeling, der sker for så vidt angår nogle, men ikke alle, af parternes kunder er nødvendig henset til, at der skulle være en risiko for ”*dobbelttælling af kunder,*” hvis ikke parterne kan aftale, hvem af dem, der har ret til visse kunder.

444. Styrelsen lægger i denne forbindelse vægt på, at der blandt nogle af parternes respektive aftaler med slutkunder, er aftaler, hvor slutkunderne hæfter for et mindstekøb (en del af ordren) eller for hele ordren, og/eller betaler et gebyr for ikke at overholde ordren eller en del heraf. Hvis slutkunderne således selv hæfter for den indmeldte mængde eller for en del af den indmeldte mængde og/eller betaler et gebyr for manglende overholdelse, må det antages, at den økonomiske risiko ved dobbelttælling elimineres helt eller delvist.²⁵⁹

445. Styrelsen finder således, at der ikke er saglige grunde, der taler for, at kundedelingen mellem MCD og hhv. Mediabroker, Carat, IUM og OMD er nødvendig for at undgå dobbelttælling af slutkunderne, og dermed heller ikke nødvendig for indkøbssamarbejdet mellem MCD og hhv. Mediabroker, Carat, IUM og OMD.

4.5.1.3. Cool off-periode

446. Styrelsen skal endvidere bemærke, at der for så vidt angår kundedelingsbestemmelserne i de fire respektive aftaleforhold er aftalt en *cool off*-periode på 12 måneder efter ophøret af MCDs respektive aftaler med hhv. Mediabroker, Carat, IUM og OMD. Parterne har ikke anført, at disse bestemmelser skulle være nødvendige, ligesom parterne heller ikke har ført bevis herfor.

447. For en god ordens skyld skal styrelsen bemærke, at styrelsen henset til, at det findes godtgjort, at kundedelingsbestemmelserne ikke er nødvendige for hverken beskyttelsen af kundeoplysningerne eller for at undgå dobbelttælling af slutkunder, så meget desto mindre finder, at de aftalte *cool off*-perioder heller ikke er nødvendige.

²⁵⁹ [...]

4.5.1.4. Samlet vurdering af nødvendighedsbetingelsen

448. Derfor finder styrelsen, at den første af de fire kumulative kriterier, opstillet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, ikke er opfyldt. Således kan parternes kundedeling ikke opnå fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

4.5.2. "Bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling"

449. Ingen af parterne har anført eller ført dokumentation for, at kundedelingsaftalerne *"bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling."*

450. Styrelsen finder umiddelbart, at kundedelingen mellem MCD hhv. Mediabroker, Carat, IUM og OMD generelt svækker effektiviteten ved et lavere konkurrencepres mellem MCD og Mediabroker, ligesom den økonomiske udvikling generelt begrænses ved, at parterne ikke må være aktive overfor hinandens kunder.

451. Derfor finder styrelsen, at den anden af de fire kumulative kriterier, opstillet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, ikke er opfyldt. Således kan parternes kundedeling ikke opnå fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

4.5.3. "Sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved"

452. Ingen af parterne har anført eller ført dokumentation for, at kundedelingsaftalerne *"sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved."*

453. Idet styrelsen ikke finder det godtgjort, at kundedelingen mellem MCD og hhv. Mediabroker, Carat, IUM og OMD generelt styrker effektiviteten eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling, finder styrelsen det tilsvarende ikke godtgjort, at forbrugerne opnår en fordel af en styrkelse af effektiviteten eller fremme af den tekniske eller økonomiske udvikling ved at dele kunderne imellem sig.

454. Derfor finder styrelsen, at den tredje af de fire kumulative kriterier, opstillet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, ikke er opfyldt. Således kan parternes kundedeling ikke opnå fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

4.5.4. "Ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser"

455. Ingen af parterne har anført eller ført dokumentation for, at kundedelingsaftalerne *"ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser."*

456. Styrelsen vurderer, henset til bl.a. Post Danmarks og FK Distributions markedsstillinger, at det ikke kan afvises, at parterne ikke har mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af afsætningen af distributionen af adresseløse forsendelser.

457. Derfor finder styrelsen, at det er tvivlsomt, om den sidste af de fire kumulative kriterier, opstillet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

4.5.5. Konklusion vedrørende fritagelse

458. Samlet vurderes det, at de respektive aftaler om kundedeling mellem MCD og hhv. Mediabroker, Carat, IUM og OMD i hvert fald ikke opfylder tre af de fire kumulative betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 3. Disse aftaler om kundedeling kan derfor ikke fritages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

4.6. Annullering af bestemmelser

459. MCD har meddelt styrelsen den 1. juli 2010, at MCD efter afholdelsen af orienteringsmøde med styrelsen den 29. juni 2010 har annulleret de bestemmelser, der bærer overskriften *"rettigheder over kundedatabase"* med Mediabroker, Carat og IUM med omgående virkning.²⁶⁰ Uanset at MCD og henholdsvis Mediabroker, Carat og IUM har annulleret de nævnte bestemmelser, finder Konkurrencerådet det nødvendigt at udstede et fremadrettet påbud over for parterne for at sikre en effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne.

4.7. Konklusion

460. Det er styrelsens samlede konklusion, at bestemmelserne om *"kundejerskab"* og *rettigheder over kundedatabase"*, der er aftalt mellem:

- MCD på den ene side og på den anden side Mediabroker og GroupM, herunder Maxus Communications A/S, Mediacom A/S, Mindshare A/S, Promedia A/S, Mediacom Danmark A/S, samt MEC Denmark A/S, fra den 13. november 2007

²⁶⁰ MCD har indsendt dokumentation herfor den 20. december 2010.

- MCD og Carat fra den 22. november 2007
- MCD på den ene side og på den anden side IUM og Mediaprint fra den 29. juni 2007

og bestemmelsen om ”*kundeejerskab*”, der er aftalt mellem:

- MCD og OMD fra den 30. oktober 2007

udgør kundedeling i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, som ikke kan fritages individuelt med hjemmel i konkurrencelovens § 8 eller TEUF artikel 101, stk. 3. Styrelsen konkluderer endvidere, at aftalerne om kundedeling har til formål at begrænse konkurrencen, og at aftalerne er egnede til at begrænse konkurrencen mærkbart mellem MCD og mediebureauerne.

5. Afgørelse

5.1. MCD og Mediabroker

461. Det meddeles Mediacenter Danmark A/S, Mediabroker A/S og GroupM, herunder Maxus Communications A/S, Mediacom A/S, Mindshare A/S, Promedia A/S, Mediacom Danmark A/S, samt MEC Denmark A/S, at virksomhederne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i hvert fald siden den 13. november 2007 at have indgået aftaler om ”*kundeejerskab*” og ”*rettigheder over kundedatabase*.”

462. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet Mediacenter Danmark A/S, Mediabroker A/S og GroupM, herunder Maxus Communications A/S, Mediacom A/S, Mindshare A/S, Promedia A/S, Mediacom Danmark A/S, samt MEC Denmark A/S,

- at bringe eksisterende aftaler vedrørende ”*kundeejerskab*” og ”*rettigheder over kundedatabase*” til ophør,
- fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling, og
- senest den 1. juli 2011 at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at den nævnte adfærd er ophørt.

5.2. MCD og Carat

463. Det meddeles Mediacenter Danmark A/S og Carat Danmark A/S, at virksomhederne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr.

3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i hvert fald siden den 22. november 2007 at have indgået aftaler om *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase."*

464. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet Mediacenter Danmark A/S og Carat Danmark A/S,

- at bringe eksisterende aftaler vedrørende *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase"* til ophør,
- fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling, og
- senest den 1. juli 2011 at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at den nævnte adfærd er ophørt.

5.3. MCD og IUM

465. Det meddeles Mediacenter Danmark A/S, IUM A/S og MediaPrint ApS, at virksomhederne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i hvert fald siden den 29. juni 2007 at have indgået aftaler om *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase."*

466. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet Mediacenter Danmark A/S, IUM A/S og MediaPrint ApS,

- at bringe eksisterende aftaler vedrørende *"kundeejerskab"* og *"rettigheder over kundedatabase"* til ophør,
- fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling, og
- senest den 1. juli 2011 at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at den nævnte adfærd er ophørt.

5.4. MCD og OMD

467. Det meddeles Mediacenter Danmark A/S og OMD Danmark A/S, at virksomhederne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i hvert fald siden den 30. oktober 2007 at have indgået aftale om *"kundeejerskab."*

468. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. konkurrenceloven § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet Mediacenter Danmark A/S og OMD Danmark A/S,

- at bringe eksisterende aftale vedrørende "*kundeejerskab*" til ophør,
- fremover at undlade at foretage kundedeling, herunder undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der muliggør kundedeling, og
- senest den 1. juli 2011 at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at den nævnte adfærd er ophørt.