

2004-02-03: Forbruger-Kontakt a-s mod Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 3. februar 2004 i sag 02-95.359

Forbruger-Kontakt a-s
(advokat Peter Stig Jakobsen)
og
Berlingske Lokalaviser A/S
(advokat Morten Stadil)
og
Nordjysk Distribution A/S
(advokat Per Hemmer)

mod

Konkurrencerådet
(kontorchef Sven Westh)

Biintervenient til støtte for klagerne:
De Bergske Blade K/S
(advokat Mogens Stadil)

1. Den påklagede afgørelse

Ved klageskrifter af henholdsvis 25. og 26. marts 2002 har Forbruger-Kontakt a-s (Søndagsavisen as), Berlingske Lokalaviser A/S og Nordjysk Distribution A/S påklaget en afgørelse truffet af Konkurrencestyrelsen den 15. februar 2002. Ved denne afgørelse fandt styrelsen, at Foreningen Dansk Total Distributions vedtægter og samarbejdsaftale ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det hedder i den påklagede afgørelse:

"Dansk Total Distribution har ved skrivelse af 6. december 2001 anmodet styrelsen om at vurdere et forslag til vedtægter og samarbejdsaftale for Dansk Total Distribution. Dansk Total Distributions forslag til nye vedtægter og samarbejdsaftale er senest ændret ved skrivelser af 14. februar 2002 og 15. februar 2002.

Dansk Total Distribution er en landsdækkende forening af private erhvervsdrivende, der driver virksomhed i form af distribution af adresseløse forsendelser. Foreningens medlemskreds består af 29 distributionsvirksomheder, der har deres egne budkorps, og virker inden for afgrænsede lokale områder. Medlemmerne omfatter bladcentraler, uafhængige distributører og andre virksomheder med tilknytning til bladudgivere.

Dansk Total Distributions vedtægter og samarbejdsaftale er udtryk for et horisontalt samarbejde mellem konkurrenter om gensidig distribution af aviser og tryksager. Samarbejdet indebærer endvidere fælles markedsføring over for kunderne.

I henhold til vedtægternes § 1, stk. 2, er foreningens formål at skabe og bevare et landsdækkende distributionsnet. Vedtægterne og samarbejdsaftalen indeholder derfor en række bestemmelser, der skal gøre dette muligt.

Geografisk eksklusivitet

Efter vedtægternes § 2, stk. 6, kan der kun optages et medlem i foreningen fra hvert område. Vedtægterne og samarbejdsaftalen indeholder imidlertid ingen begrænsninger i medlemmernes mulighed for at betjene kunder fra andre medlemmers område, der selv henvender sig til den pågældende virksomhed. Vedtægterne og samarbejdsaftalen indeholder heller ikke begrænsninger i medlemmernes adgang til at tage kontakt til – og indgå ordrer med – kunder i andre medlemmers dækningsområde.

Vejledende maksimalpriser

Dansk Total Distributions samarbejdsaftale indeholder endvidere en bestemmelse om, at foreningen på hvert års generalforsamling fastsætter vejledende maksimalpriser. Det er oplyst, at disse priser frit kan fraviges og rent faktisk bliver fraveget i væsentligt omfang. Styrelsen medgiver, at det i dette konkrete tilfælde, bl.a. som følge af et stort antal medlemmer, der hver for sig kun distribuerer i begrænsede lokalområder, kan være nødvendigt for en effektiv landsdækkende distribution, at medlemmerne kan markedsføre sig over for kunderne i form af fælles vejledende maksimalpriser. Styrelsen skal i den forbindelse indskærpe, at enhver tilkendegivelse af, at de vejledende maksimalpriser har karakter af faste priser, udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven.

Konkurrenceklausul

I vedtægternes § 2, stk. 15, er det nævnt, at et medlem af foreningen ikke må være tilsluttet eller samarbejde med nogen virksomhed, som er i konkurrence med de til enhver tid af foreningen udførte aktiviteter, medmindre foreningens bestyrelse har godkendt det. Konkurrenceklausulen omfatter ikke distribution af aviser.

På det foreliggende grundlag finder styrelsen, at en konkurrenceklausul af et vist omfang kan være nødvendig for at sikre en effektiv landsdækkende distribution og foreningens konkurrenceevne. Efter vedtægternes § 3, stk. 2, er det tilladt at overgive distributionen til postvæsenet eller et ikke medlem af foreningen, hvor der ikke er medlemmer, der dækker det pågældende område. Det er endvidere tilladt at distribuere for konkurrerende virksomheder i enkeltstående tilfælde, såfremt det samlede antal omdelingsdage, hvor der medtages opgaver fra konkurrerende virksomheder, ikke samlet overskrider 10 dage på et år.

På baggrund af ovenstående finder styrelsen ikke, efter de forhold, som styrelsen har kendskab til, at Dansk Total Distributions vedtægter og samarbejdsaftale er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Såfremt styrelsen på et senere tidspunkt erfarer, at samarbejdet medfører væsentlige begrænsninger i adgangen til markedet, at de vejledende maksimalpriser i praksis følges i vidt omfang eller at der viser sig andre væsentlige konkurrenceproblemer, forbeholder styrelsen sig ligeledes ret til at tage vedtægterne og samarbejdsaftalen op til fornyet overvejelse."

2. Det historiske forløb

I juni 1998 anmeldte Berlingske Lokalaviser, Forbruger-Kontakt og Foreningen Dansk Total Distribution en samarbejdsaftale fra 1994 om distribution af adresseløse forsendelser. I 2001 foretog Konkurrencestyrelsen behandling af anmeldelsen, idet styrelsen samtidig inddrog en vurdering af Dansk Total Distributions vedtægter og interne samarbejdsaftale af 19. maj 2001.

Den 12. oktober 2001 fremkom Konkurrencestyrelsen med et høringseksempplar indeholdende udkast til afgørelse. Der lagdes i dette udkast op til en afgørelse gående ud på, at samarbejdsaftalen fra 1994 samt Dansk Total Distributions vedtægter og interne samarbejdsaftale fra 2001 indeholdt en række konkurrencebegrænsninger, herunder om faste distributionspriser og begrænsninger i medlemmernes mulighed for at rette henvendelse til andre medlemmers kunder, som var i strid med konkurrencelovens § 6 og ikke kunne fritages efter § 8.

Berlingske Lokalaviser, Forbruger-Kontakt og Dansk Total Distribution ophævede efter fremkomsten af dette udkast til afgørelse samarbejdsaftalen af 1994 med virkning fra 1. februar 2002. Konkurrencestyrelsen undlod derfor at træffe afgørelse herom.

Nordjysk Distribution A/S og De Bergske Blade K/S meddelte ultimo januar 2002 Dansk Total Distribution, at de fandt sig frit stillet over for Dansk Total Distribution – bl.a. under henvisning til, at foreningens vedtægter og samarbejdsaftale indeholdt bestemmelser, som var i strid med konkurrencelovens § 6. Det er foreningens opfattelse, at denne ophævelse er uberettiget. Foreningen har derfor over for De Bergske Blade K/S søgt at få nedlagt et fagedforbud mod, at De Bergske Blade overgiver distributionen til eller foretager distribution for distributører, der ikke er medlem af foreningen. Ved kendelse afsagt af Fogedretten i Holstebro den 22. april 2002 blev begæringen herom imidlertid nægtet fremmet, idet fogedretten udtalte, at foreningen – på baggrund af Konkurrencestyrelsens høringseksempplar af 12. oktober 2001 – "har ikke godtgjort eller sandsynliggjort, at bestemmelserne alligevel var lovlige".

Nordjysk Distribution og De Bergske Blade indgik herefter nye ensidige distributionsaftaler med Berlingske Lokalaviser og Forbruger-Kontakt samt aftale om overdragelse af en del af Berlingske Lokalavisers distributionsnet til De Bergske Blade. Efter udsendelse af høringseksemplandet og ophævelsen af 1994-samarbejdsaftalen skete der også i øvrigt en række ændringer på markedet for landsomfattende distribution af adresseløse forsendelser. I løbet af kort tid forlod en række betydelige medlemmer Dansk Total Distribution, hvis markedsandel er faldet markant – fra godt 25% til under 5%.

I slutningen af 2001 anmodede Dansk Total Distribution om en godkendelse af reviderede vedtægter og samarbejdsaftale. Dansk Total Distribution anførte i den forbindelse, at det var væsentligt med en hurtig afgørelse, idet Berlingske Lokalaviser og Forbruger-Kontakt gik på "strandhugst" blandt Dansk Total Distributions medlemmer. Ifølge Dansk Total Distribution anvendte Berlingske Lokalaviser og Forbruger-Kontakt det af Konkurrencestyrelsen i oktober udsendte høringseksempplar til at påpege, at foreningens grundlag var ulovligt.

Konkurrencestyrelsen indledte på den baggrund drøftelser med Dansk Total Distribution, der mundede ud i yderligere ændringer af de reviderede vedtægter og samarbejdsaftale, som styrelsen derefter – ved ovenfor gengivne afgørelse af 15. februar 2002 – ikke fandt omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Dansk Total Distributions reviderede vedtægter og samarbejdsaftale blev vedtaget på en generalforsamling den 13. marts 2002.

3. Dansk Total Distributions tidligere og nugældende vedtægter og samarbejdsaftale samt Konkurrencestyrelsens mellemkommende høringseksemplar med udkast til afgørelse

3.1. Bestemmelser om geografisk opdeling:

3.1.1. Dansk Total Distributions tidligere vedtægter og samarbejdsaftale af 19. maj 2001:

I vedtægterne var det i § 2 bl.a. bestemt, at:

"I forbindelse med indmeldelsen oprettes en samarbejdsaftale mellem foreningen og distributøren, og i denne aftale fastlægges distributørens suveræne dækningsområde samt samhandelsbetingelserne." (stk. 2)

"Ændringer af dækningsområder kan ske, men kun med bestyrelsens samtykke." (stk. 4)

"Der kan kun optages eet medlem fra hvert område. Medlemmet forpligter sig til at foretage distribution i hele sit område overensstemmende med vedtægterne og samarbejdsaftalen." (stk. 5)

I samarbejdsaftalen var det i § 1, stk. 2 til 8, bestemt, at:

"Et medlems salgsområde er medlemmets medlemsområde. Medlemmet kan dog have kunder udenfor medlemsområdet, når den enkelte kunde er godkendt af foreningens bestyrelse og indgår i medlemmets samarbejdsaftale med foreningen som bilag med godkendte præferencekunder udenfor medlemsområdet.

I postnumre uden medlemsdækning tildeler foreningens bestyrelse salgsretten til kunderne efter ansøgning – enten til enkelte kunder eller salgsretten generelt til kunder i hele området.

Medlemsområdets kunder opdeles i betegnelserne "nye kunder", "præferencekunder" og "låste kunder".

"Præferencekunder" er kunder, som medlemmet har et fast kunde-/leverandørforhold til og som foreningens bestyrelse har accepteret som værende medlemmets præferencekunder. Præferencekundelisten skal indgå som en del af medlemmets samarbejdsaftale med foreningen.

"Låste kunder" er kunder, som er registreret som præferencekunder hos andre og som medlemmet ikke direkte og uopfordret må rette henvendelse til. Listen over låste kunder skal indgå som en del af medlemmets samarbejdsaftale med foreningen.

Hvis en låst kunde henvender sig til medlemmet skal medlemmet inden der afgives priser og konditioner til kunden, kontakte foreningens bestyrelse, der oplyser den pris og de betingelser, som kunden skal have tilbudt af medlemmet.

"Nye kunder" er kunder i medlemsområdet, der ikke er nævnt på nogen af de lister, der indgår i samarbejdsaftalen."

3.1.2. Konkurrencestyrelsens høringseksemplar:

I Konkurrencestyrelsens høringseksemplar blev følgende anført om den geografiske opdeling:

"76. Opdelingen af landet i distrikter, hvoraf nogle forbeholdes de enkelte parter, understreges endvidere af DTD's vedtægter. Således fremgår det af vedtægternes § 2, stk. 2, at hvert medlem tildeles et suverænt dækningsområde. Dette kan ifølge § 2, stk. 4, kun ændres med bestyrelsens samtykke. Ligeledes kan der kun optages ét medlem pr. område, og medlemmerne har pligt til at foretage distribution i hele sit område, jf. § 2, stk. 5.

77. Dette tydeliggøres ligeledes i DTD's samarbejdsaftales § 1, stk. 1 - 3. Stk. 1 fastslår, at distributøren forpligter sig til at distribuere til et nærmere angivet medlemsområde. Af stk. 2 fremgår, at; "Et medlems salgsområde er medlemmets medlemsområde. Medlemmet kan dog have kunder uden for medlemsområdet, når den enkelte kunde er godkendt af foreningens bestyrelse og indgår i medlemmets samarbejdsaftale med foreningen som bilag med godkendte præferencekunder uden for medlemsområdet" (stk. 2). I området uden medlemsdækning tildeler foreningens bestyrelse salgsretten til kunderne efter ansøgning, jf. stk. 3. Hertil kommer bestemmelserne om "låste kunder" i stk. 4, der ikke er effektueret eller brugt. Styrelsen lægger til grund, at denne regel således ikke er gældende, og indtager den derfor ikke i vurderingen."

...

79. Det er styrelsens vurdering, at den geografiske opdeling af distributionsopgaven, således som den kommer til udtryk i bestemmelserne om dækningsområder, fører til, at konkurrencen begrænses mærkbart.

...

81. Parterne er konkurrenter på det relevante marked og dækker tilsammen op mod 50 pct. af markedet. På den baggrund må bestemmelserne i ...DTD's vedtægters § 2, stk. 2, § 2, stk. 4, og § 2, stk. 5, samt DTD's samarbejdsaftales § 1, stk. 2 – 3, antages at have til følge at begrænse konkurrencen og derfor være omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2.

...

126. Samarbejdsaftalen, vedtægterne for DTD og DTD's samarbejdsaftale indeholder konkurrencebegrænsninger, der er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der kan derfor ikke meddeles en erklæring efter konkurrencelovens § 9.

127. De konkurrencebegrænsende bestemmelser i samarbejdsaftalen, DTD's vedtægter og DTD's samarbejdsaftale kan heller ikke fritages i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1, da alle betingelser for fritagelse ikke er opfyldt.

128. Der er derfor grundlag for at meddele påbud i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1. Påbudet skal omfatte ophævelse af følgende bestemmelser:

...

130. DTD-vedtægter:

- § 2, stk. 2, fastlæggelse af suveræne dækningsområder
- § 2, stk. 4, kan kun ændres efter bestyrelsens samtykke
- § 2, stk. 5, kun et medlem i hvert område

...

131. DTD's samarbejdsaftale:

- § 1, stk. 2, medlemsområdet
- § 1, stk. 3, tildeling af salgsretten

..."

3.1.3. Dansk Total Distributions nugældende vedtægter og samarbejdsaftale af 13. marts 2002:

I vedtægternes § 2 er det bl.a. bestemt, at:

"Der kan kun optages ét medlem fra hvert område. Medlemmet forpligter sig til at foretage distribution i hele sit område overensstemmende med vedtægterne og samarbejdsaftalen." (stk. 6)

"Bestyrelsen kan ...i særlige tilfælde godkende, at et medlem overgiver én eller begge omdelingsperioder til en distributør, der ikke er medlem af foreningen, uden at medlemmet derved mister sine rettigheder eller pligter som medlem af foreningen i det eller de områder, der overgives. Bestyrelsen skal dog betinge sin godkendelse af, at foreningens øvrige medlemmer ikke stilles dårligere, end var det medlemmet, der selv forestod omdelingen. Ansøgningen om overgivelse skal udfærdiges på et af bestyrelsen udarbejdet aftalesæt." (stk. 13)

I samarbejdsaftalens § 1, stk. 2, er det bestemt, at:

"Et medlems salgsområde er medlemmets medlemsområde. Et medlem har ret til at sælge til andre uden for medlemsområdet. I postnumre uden medlemsdækning tildeler foreningens bestyrelse salgsretten til kunderne efter ansøgning – enten til enkelte kunder eller salgsretten generelt til kunder i hele området."

3.2. Bestemmelser om distributions- og samhandelspriser:

3.2.1. Dansk Total Distributions tidligere samarbejdsaftale af 19. maj 2001:

I samarbejdsaftalen var det i § 2 bl.a. bestemt, at:

"Landsforeningen Dansk Total Distribution vedtager på hvert års generalforsamling

a. fællesprisliste for adresseløs distribution med anvisningsprovision

b. præferencekundeprisliste med anvisningsprovision

c. landtakstpriser og landtakstillæg med anvisningsprovision

d. prisliste for selektiv distribution med anvisningsprovision, der gælder for foreningens medlemmer for det følgende kalenderår." (stk. 1)

"Foreningen kan vedtage prislister, der er forskellige i de forskellige landsdele." (stk. 2)

"Distributøren er forpligtet til at betale kontingent og yde provision i overensstemmelse med generalforsamlingsbeslutning i D.T.D." (stk. 4)

"Samhandelspriserne for adresseløs distribution er den til enhver tid værende mindste pris på fællesprislisten inden for vægtgrænserne." (stk. 6)

"Anvisningsprovision på selektiv distribution er altid den samme for almindelig adresseløs distribution. Der må ikke gives nogen form for rabat på listeprisen for selektiv distribution overfor kunden." (stk. 9)

Endvidere blev det i § 3 i den tidligere gældende samarbejdsaftale bestemt, at:

"Distributøren har pligt til at henvende sig til "nye kunder" i medlemsområdet, men distributøren må ikke tilbyde og optage ordrer fra nye kunder til priser, der er lavere end fællesprislistens laveste priser for vægtgruppen, men gerne højere.

Overfor distributørens præferencekunder må distributøren tilbyde og optage ordrer efter præferencekundeprislisten eller højere.

Enkelte præferencekunder har hidtil opnået en pris, der er lavere end præferencekundeprislistens priser. For hver af disse kunder skal der laves en aftale mellem distributøren og foreningens bestyrelse om hvilke stigninger og hvornår, der forventes indtil præferencekundeprisen er opnået."

3.2.2. Konkurrencestyrelsens høringsseksemplar:

I Konkurrencestyrelsens høringsseksemplar blev følgende anført om priser i samarbejdsaftalen af 19. maj 2001:

"87. Dertil kommer priserne i DTD-samhandelsaftale § 2, stk. 1, der fastsætter fælles prislister (fællesprisliste, præferencekundeprisliste, landtakstpriser og prisliste for selektiv distribution), der gælder for foreningens medlemmer for et kalenderår. Foreningen kan vedtage andre prislister (stk. 2). Distributørerne er forpligtede til at betale provision i overensstemmelse med generalforsamlingens beslutning, jf. prislisterne (§ 2, stk. 4). Det bestemmes endvidere, at

samhandelspriserne for adresseløs distribution skal være den mindste pris på fællesprislisten, jf. § 2, stk. 6, og at der ikke må gives rabat på selektiv distribution, jf. § 2, stk. 9.

88. DTD-samarbejdsaftalens § 3, stk. 1, fastslår endvidere, at distributøren ikke må tilbyde eller optage ordrer fra nye kunder til priser, der er lavere end fællesprislistens laveste priser, distributøren må kun tilbyde præferencekunder priser svarende til præferencekundeprislisten eller højere, jf. § 3, stk. 2, og eksisterende præferencekunder skal efter en aftalt plan (aftalt mellem distributøren og foreningen) hæves til præferencekundeprislistens priser (stk. 3).

...

90. Det er styrelsens vurdering, at de aftalte distributionspriser har til formål at begrænse konkurrencen mellem parterne og således er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, nr. 1. Selv om der i samarbejdsaftalen mellem DTD, FK og DDC ikke er tale om salgspriser, så indeholder aftalen med de tilknyttede prislister en sådan vejledning om konkurrenters prissætning, at den frie konkurrence mellem parterne er sat ud af kraft.

..

128. Der er derfor grundlag for at meddele påbud i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1. Påbudet skal omfatte ophævelse af følgende bestemmelser:

...

131. DTD's samarbejdsaftale:

...

- § 2, stk. 1, om fælles prislister
- § 2, stk. 2, hjemmel til at vedtage yderligere prislister
- § 2, stk. 4, provision i overensstemmelse med bestyrelsens regler

...

- § 2, stk. 6, mindstepriser for adresseløs distribution

...

- § 2, stk. 9, ikke rabat på listepriser for selektiv distribution
- § 3, stk. 1, om pligt til ...overholdelse af mindstepriser
- § 3, stk. 2, mindstepris for præferencekunder
- § 3, stk. 3, hæver prisen for eksisterende kunder

..."

3.2.3. Dansk Total Distributions nugældende samarbejdsaftale af 13. marts 2002:

I samarbejdsaftalens § 2 er det nu bl.a. bestemt, at:

"Foreningen Dansk Total Distribution vedtager på hvert års generalforsamling:

- a. vejledende maksimale distributions/samhandelspriser for adresseløs distribution*
- b. vejledende maksimale distributions/samhandelspriser med angivelse af storkunderabat*
- c. vejledende maksimale landtakstpriser og landtakstillæg*
- d. vejledende maksimale distributions/samhandelspriser for selektiv distribution*
- e. fastsættelse af en standardomkostningsdækning i procent til ordreudlægger.*

der gælder for foreningens medlemmer for det følgende kalenderår.

Foreningen kan vedtage prislister, der er forskellige i forskellige landsdele.

...

Distributøren er forpligtet til at betale kontingent og yde omkostningsdækning i overensstemmelse med generalforsamlingsbeslutning i D.T.D.

...

De på generalforsamlingen vedtagne priser er bindende for medlemmernes interne samhandel. Hvorved forstås, at et medlem er forpligtet til at distribuere til disse priser.

I det omfang, hvor det ordrehavende medlem forhandler en lavere pris med kunden, er de øvrige medlemmer dog forpligtet til at distribuere til den med kunden aftalte lavere pris, medmindre de øvrige medlemmer kan dokumentere, at den aftalte pris indebærer, at ordren vil være tabsgivende for de øvrige medlemmer.

I de tilfælde, hvor ordreudlæggende medlem angiver en lavere nettopris end den på generalforsamlingen vedtagne vejledende samhandelspris, kan de øvrige medlemmer anmode bestyrelsen om at kontrollere, at den af ordreudlægger angivne pris minimum er den med kunden aftalte nettopris.

Den på generalforsamlingen vedtagne omkostningsdækning betales af de øvrige medlemmer til ordreudlægger som dækning af ordreudlæggers omkostninger til optagelse af ordren, håndtering af forsendelsen, videre transport til de øvrige medlemmer, kreditrisikoen på kunden m.v.

På landtakstpriser gives ikke omkostningsdækning af den del, der udgør landtakstillægget."

Endvidere er det i samarbejdsaftalens § 3 bestemt, at:

"Distributøren har pligt til at henvende sig til nye kunder og til at gennemføre aktiv markedsføring i mellemområdet med udgangspunkt i de på generalforsamlingen vedtagende vejledende distributionspriser."

3.3. Bestemmelser om konkurrenceforbud:

3.3.1. Dansk Total Distributions tidligere vedtægter af 19. maj 2001:

I de tidligere gældende vedtægter var det i § 2, stk. 14 og 15, bestemt, at:

"Et medlem af foreningen må ikke være tilsluttet eller samarbejde med nogen konkurrerende virksomhed til foreningen medmindre foreningens bestyrelse har godkendt det.

Et medlem af D.T.D. må ikke være samarbejdspartner/samejet helt eller delvist til et salgsselskab, medmindre de indgående ordrer distribueres af det betalende medlem i dækningsområdet og på landsbasis i henhold til bestemmelserne indenfor D.T.D.'s medlemskreds."

Det fremgik videre af § 3, at:

"Foreningens medlemmer forpligter sig til ikke at foretage distribution for eller overgive distribution til andre distributører, inden foreningens medlemmer medmindre foreningens bestyrelse har godkendt dette.

Det er dog tilladt

at overgive distributionen til postvæsenet, såfremt der ikke er medlemmer af foreningen der dækker det pågældende område,

at overgive distribution til et ikke-medlem i områder, hvor der ikke findes distributører, der er medlem af foreningen,

at distribuere aviser, tryksager m.v. i et andet medlems dækningsområde, såfremt der opnås aftale herom med medlemmet. Aftale skal senest 14 dage efter dennes indgåelse skriftligt meddeles bestyrelsen,

at distribuere indtil 2.000 lokalaviser/ugeaviser i et naboområde. Der må dog ikke medtages reklamer eller andre tryksager heller ikke som indstik. Overskrides det tilladte maksimum på 2.000, skal det medlem, hvorunder naboområdet hører, gennem bestyrelsen tilbydes omdelingen. Bestyrelsen fastsætter en kortere frist, inden hvilken accept skal foreligge fra medlemmet og med besked om, at overskrides fristen, vil omdeling blive tildelt avisdistributøren,

at distribuere dagblade og indstik i dagblade til betalende dagbladsabonnenter i et andet medlems dækningsområde uden aftale herom."

3.3.2. Konkurrencestyrelsens høringseksemplar:

I Konkurrencestyrelsens høringseksemplar blev følgende anført om konkurrenceforbudet i de tidligere gældende vedtægter:

"78. Endvidere indeholder DTD's vedtægter et konkurrenceforbud/samarbejdsforbud der understøtter distriktsopdelingen, idet DTD's medlemmer er forpligtet til ikke at være tilsluttet eller samarbejde med nogen konkurrerende virksomhed til foreningen, jf. § 2, stk. 14 og § 2, stk. 15,

ligesom forbudet mod at overlade opgaver til ikke-medlemmer underbygger den distriktsvise opdeling. DTD's interne samarbejdsaftale indeholder ligeledes et konkurrenceforbud, idet det omdelende medlem ikke må overgive en distributionsordre modtaget af et ordrehavende medlem, til andre end Post Danmark, medmindre bestyrelsen har godkendt dette, jf. aftalens § 8, stk. 5.

...

97. Konkurrenceforbudene i DTD's vedtægters § 2, stk. 14, § 2, stk. 15 og § 3, som understøtter den distriktsvise opdeling, indebærer desuden en selvstændig begrænsning af DTD-medlemmernes konkurrencemuligheder.

98. Vedtægternes § 2, stk. 14, begrænser deltagernes samarbejds muligheder, således at de altid skal indhente bestyrelsens godkendelse før de samarbejder med konkurrenter uanset samarbejdets karakter.

99. Ifølge vedtægternes § 2, stk. 15, forpligter medlemmerne sig til ikke at være samarbejdspart/samejet helt eller delvist til et salgsselskab, medmindre de indgåede ordrer distribueres af det betalende medlem i dækningsområdet og på landsbasis i henhold til bestemmelserne inden for DTD's medlemskreds. Dette betyder, at evt. ordrer fra sådanne samarbejdsparter/samejede virksomheder altid skal distribueres efter DTD's regler.

100. Vedtægternes § 2, stk. 14, går ud over den distriktsbeskyttelse, der er omtalt foran. Vedtægterne § 2, stk. 14, giver således bestyrelsen vetoet over for ethvert samarbejde. Dette lægger potentielt en kraftig begrænsning på den enkeltes mulighed for at udvikle sin virksomhed. Selv om medlemmerne i DTD tilsammen næppe dækker over [] pct. af markedet, så må denne begrænsning antages at have sådanne konkurrencebegrænsende virkninger, at den er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1. Det enkelte medlem vil ikke ved at flytte til andre områder kunne unddrage sig begrænsningen, og da DTD i kombination med FK og DDC i realiteten er eneste landsomfattende samarbejde uden for Post Danmark må denne begrænsning anses for mærkbar. Tredjemand der er konkurrent til foreningen, vil således heller ikke kunne indgå samarbejde med DTD-medlemmer om noget forhold uden først at have fået DTD-bestyrelsens accept.

101. Vedtægternes § 2, stk. 15, kan derimod ikke antages at have andre konkurrencebegrænsende følger end allerede angivet. ...

...

128. Der er derfor grundlag for at meddele påbud i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1. Påbudet skal omfatte ophævelse af følgende bestemmelser:

...

130. DTD-vedtægter:

...

§ 2, stk. 14, om konkurrenceforbud mod ikke-medlemmer"

3.3.3. Dansk Total Distributions nugældende vedtægter og samarbejdsaftale af 13. marts 2002:

Det fremgår af samarbejdsaftalens § 7, stk. 5, at:

"Omdelende medlem må ikke overgive distributionsordrer eller dele heraf, som er modtaget fra ordrehavende medlem, til andre, bortset fra Postvæsnet, medmindre det er godkendt af foreningens bestyrelse."

Af vedtægternes § 2, stk. 15 og 16 fremgår:

"Et medlem af foreningen må ikke være tilsluttet eller samarbejde med nogen virksomhed som er i konkurrence med de til enhver tid af foreningen udøvede aktiviteter, medmindre foreningens bestyrelse har godkendt det. Konkurrenceklausulen omfatter ikke distribution af aviser.

Et medlem af D.T.D. må ikke være samarbejdspartner/samejet helt eller delvist til et salgsselskab, medmindre de indgåede ordrer distribueres af det betalende medlem i dækningsområdet og på landsbasis i henhold til bestemmelserne indenfor D.T.D.'s medlemskreds."

Det fremgår videre af vedtægternes § 3, at:

"Foreningens medlemmer forpligter sig til ikke at foretage distribution (hvorved forstås den fysiske uddeling af en ordre) for eller overgive distribution til andre distributører end foreningens medlemmer medmindre foreningens bestyrelse har godkendt dette.

Det er dog tilladt,

at overgive distribution til postvæsenet, såfremt der ikke er medlemmer af foreningen, der dækker det pågældende område,

at overgive distribution til ikke-medlemmer i områder, hvor der ikke findes distributører, der er medlem af foreningen,

at distribuere aviser, tryksager m.v. i et andet medlems dækningsområde, såfremt der opnås aftale herom med medlemmet. Aftalen skal senest 14 dage efter dennes indgåelse skriftligt meddeles bestyrelsen,

at distribuere indtil 2000 lokalaviser/ugeaviser i et naboområde. Der må dog ikke medtages reklamer eller andre tryksager, heller ikke som indstik. Overskrides det tilladte maksimum på 2000, skal det medlem, hvorunder naboområdet hører, gennem bestyrelsen tilbydes omdelingen. Bestyrelsen fastsætter en kortere frist, inden hvilken accept skal foreligge fra medlemmet og med besked om at overskrides fristen, vil omdelingen blive tildelt avisdistributøren,

at distribuere dagblade og indstik i dagblade til betalende dagblades abonnenter i et andet medlems dækningsområde uden aftale herom,

at distribuere for konkurrerende virksomheder i enkeltstående tilfælde, såfremt det samlede antal omdelingsdage, hvor der medtages opgaver fra konkurrerende virksomheder ikke samlet

overskrider 10 dage på et år. Overskrides dette tal skal der udarbejdes en samarbejdsaftale med den/de konkurrerende virksomheder som skal godkendes af foreningens bestyrelse.

Omdeling foretaget for konkurrerende virksomheder må dog aldrig ske på vilkår der er bedre end dem der tilbydes medlemmer af foreningen."

3.5. Bestemmelser om fælles salgs- og leveringsbetingelser:

3.5.1. Dansk Total Distributions tidligere samarbejdsaftale af 19. maj 2001:

I den tidligere gældende samarbejdsaftale var det i § 5, stk. 1 og 2, bestemt, at:

"For alle foreningens medlemmer udarbejder bestyrelsen fælles salgs- og leveringsbetingelser (incl. betalingsbetingelser), som skal indgå som en bestanddel af alle tilbud og ordrebekræftelser fra D.T.D.-medlemmer. Udover disse fælles betingelser kan det enkelte medlem indføre andre lokale betingelser i sine tilbud. Disse lokale betingelser må dog ikke stille medlemmet og D.T.D.'s øvrige medlemmer ringere end de fælles salgs- og leveringsbetingelser.

Medlemmet skal efterleve disse fælles salgs- og leveringsbetingelser overfor kunden."

3.4.2. Konkurrencestyrelsens høringseksemplar:

I Konkurrencestyrelsens høringseksemplar blev følgende anført om fælles salgs- og leveringsbetingelser:

"93. ...Parterne har oplyst, at betalingsbetingelserne i Handelskonditionerne i pkt. 5 og pkt. 6 ikke længere er gældende. Disse bestemmelser vurderes derfor ikke. Men af DTD's samhandelsaftales § 5 fremgår, at DTD's medlemmer har fælles salgs- og leveringsbetingelser, og at medlemmerne er forpligtet til at overholde disse i den forstand, at de ikke må fraviges til ulempe for den pågældende eller medlemmerne i øvrigt. Salgs- og leveringsbetingelser inkl. betalingsbetingelser er parametre, som må tillægges væsentlig betydning i konkurrencen om kunderne. Bestemmelserne om fælles betingelser understøtter de aftalte priser, og må således på linie med disse efter deres formål vurderes som konkurrencebegrænsende, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

...

128. Der er derfor grundlag for at meddele påbud i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1. Påbudet skal omfatte ophævelse af følgende bestemmelser:

...

131. DTD-samarbejdsaftale:

...

§ 5, stk. 1-2, om fælles salgs- og leveringsbetingelser"

3.4.3. Dansk Total Distributions nugældende samarbejdsaftale af 13. marts 2002:

Det fremgår af samarbejdsaftalens § 4, stk. 1 og 2, at:

"For alle foreningens medlemmer udarbejder bestyrelsen fælles salgs- og leveringsbetingelser (inkl. betalingsbetingelser), som skal indgå som en bestanddel af alle tilbud og ordrebekræftelser fra D.T.D.-medlemmer. Bestemmelserne udarbejdes under skyldig hensyntagen til branchekodeks. Udover disse fælles betingelser kan det enkelte medlem indføre andre lokale betingelser i sine tilbud. Disse lokale betingelser må dog ikke stille medlemmet og D.T.D.'s øvrige medlemmer ringere end de fælles salgs- og leveringsbetingelser.

Medlemmet skal efterleve disse fælles salgs- og leveringsbetingelser overfor kunden."

4. Påstande

Forbruger-Kontakt a-s, Berlingske Lokalaviser A/S og Nordjysk Distribution A/S har indbragt sagen for Konkurrenceankenævnet med påstand om, at Konkurrencestyrelsens afgørelse af 15. februar 2002 vedrørende Dansk Total Distributions vedtægter og samarbejdsaftale ophæves.

De Bergske Blade K/S er indtrådt i sagen som biintervenient til støtte for klagernes påstand.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

5. Parternes argumentation

5.1 Klagernes argumentation

Til støtte for klagernes påstand har Forbruger-Kontakt – hvis indlæg de øvrige klager og biintervenienten har henholdt sig til – nærmere anført, at Konkurrencestyrelsen ikke havde kompetence til at træffe afgørelsen af 15. februar 2002, hvorfor den allerede af denne grund bør ophæves. En afgørelse af denne karakter burde være forelagt Konkurrencerådet og afgørelse truffet af Konkurrencerådet. Forretningsordenen for Konkurrencerådet indeholder i § 5, stk. 3, en bestemmelse om, at "*afgørelser af principiel eller særlig stor betydning*" skal træffes af Konkurrencerådet.

Afgørelsen var både af principiel og stor betydning. Afgørelsen er principiel derved, at afgørelsen går stik imod hidtidig praksis på en lang række områder, herunder vedrørende fastsættelse af horisontale priser og anerkendelse af konkurrencebegrænsende vilkår i strid med retningslinierne fra EU-Kommissionen for horisontale samarbejdsaftaler. Afgørelsen er desuden af stor betydning. Dansk Total Distribution var den største private udbyder, og i særdeleshed konkurrenceforbudet havde meget stor betydning og havde blandt andet ført til, at Forbruger-Kontakt måtte oprette egne yderligere omdelerkorps og i øvrigt sikre sig omdelerkapacitet ved opkøb af virksomheder/overtagelse af Dansk Total Distributions medlemmer. Hertil kommer den ikke ubetydelige virkning for eventuelle nye aktører på markedet, som vil være henvist til at anvende Post Danmark i de områder, hvor den nye virksomhed ikke selv måtte oprette omdelerkorps eller kunne anvende for eksempel klagerne.

Meningen med Konkurrencerådet - der er bredt sammensat - må være, at Konkurrencerådet vurderer de principielle og store sager.

Det kan ikke blot hævdes, som Konkurrencestyrelsen har gjort i denne sag, at arbejdsfordelingen mellem Konkurrencerådet og styrelsen er et internt anliggende. Der er nemlig ikke alene tale om et internt anliggende, men om et anliggende, der er direkte reguleret i forretningsorden for Konkurrencerådet, og det er ikke overladt til et frit skøn eller andre parametre at overlade afgørelse i sager af principiel og stor betydning til Konkurrencestyrelsen.

Det gøres videre gældende, at det er en så væsentlig sagsbehandlingsfejl, at klagerne samt biintervenienten ikke blev hørt forud for, at afgørelsen blev truffet, at afgørelsen også af denne grund bør ophæves. Klagerne og biintervenienten havde en væsentlig og individuel interesse i at blive hørt. Henset til de nye vedtægter og den nye samarbejdsaftales indhold, må det endvidere være ubetænkeligt at lægge til grund, at klagerne også var reelle adressater for afgørelsen. De almindelige forvaltningsretlige garantier i forvaltningslovens §§ 19-20 og reglen i konkurrencelovens § 15a bliver helt udhulet i konkurrencesager, hvis man ikke også giver adgang til høring af klagerne – samt andre som åbenbart bliver berørt af afgørelsen.

I øvrigt er afgørelsen truffet uden fornøden undersøgelse, idet Dansk Totalt Distribution følger en praksis, som afviger fra vedtægten og samarbejdsaftalen, og som er mere restriktiv end bestemmelserne deri.

Hvad sagens realitet angår, har Forbruger-Kontakt gjort gældende, at Dansk Total Distributions nye vedtægter og samarbejdsaftale af 13. marts 2002 indeholder konkurrencebegrænsninger omfattet af konkurrencelovens § 6.

Det må lægges til grund, at Dansk Total Distribution er og var et horisontalt samarbejde mellem 25-30 selvstændige virksomheder, der ikke indgår i en koncern, og som indbyrdes er konkurrenter på markedet for landsdækkende distribution af adresseløse tryksager og gratisaviser, at Dansk Total Distribution på afgørelsestidspunktet havde en markedsandel på 25-30 % og dermed var den største private udbyder på dette marked, at Dansk Total Distributions nye vedtægter og samarbejdsaftale ikke var anmeldt til Konkurrencestyrelsen med anmodning om individuel fritagelse og ved anvendelse af skemaet K1, og at de nye vedtægter og den nye samarbejdsaftale af 13. marts 2002 indeholder 5 hovedgrupper af konkurrencebegrænsninger - områdeeksklusivitet, konkurrenceforbud, horisontale priser over for kunder, faste samhandelspriser og fælles salgs- og leveringsbetingelser.

Der er tale om mange og massive konkurrencebegrænsninger.

Vejledende horisontale maksimale priser er klart konkurrencebegrænsende.

For så vidt angår områdeeksklusivitet (markedsdeling) bemærker klager, at hvert medlem af Dansk Total Distribution har sit eget suveræne område, og bestemmelsen udelukker for eksempel et medlem af Dansk Total Distribution fra at oprette eget omdelerkorps i andre medlemmers områder.

Vedrørende konkurrenceforbud bemærkes, at bestemmelserne i vedtægterne forhindrer andre udbydere i at få omdelt af Dansk Total Distributions medlemmer. Tilsvarende gælder eventuelle nye aktører på markedet.

Et forhold, der endvidere må tillægges endog stor betydning i denne sag er, at Konkurrencestyrelsen selv kun få måneder før afgørelsen af 15. februar 2002 udpegede hele 11 konkurrencebegrænsende

klausuler i Dansk Total Distributions hidtidige vedtægter og samarbejdsaftale som omfattet af konkurrencelovens § 6 uden mulighed for individuel fritagelse og med indstilling i høringseksemplaret af 12. oktober 2001 om ophævelse heraf.

Ved sammenligning må man konstatere, at de nugældende vedtægter i vidt omfang i realiteten indeholder de samme konkurrencebegrænsninger som de tidligere vedtægter. Tilsvarende gør sig gældende med den tidligere samarbejdsaftale vurderet i forhold til den nye samarbejdsaftale.

Dansk Total Distribution har heller ikke lagt skjul på, at ændringerne er beskedne. I Dansk Total Distributions indkaldelse af 19. februar 2002 til ekstraordinær generalforsamling nævnes det således, "at der med de nye ændringer er tale om meget små justeringer".

Det kan da heller ikke med mening hævdes, at der er sket væsentlige ændringer i de nye vedtægter og den nye samarbejdsaftale for så vidt angår de relevante konkurrencebegrænsende klausuler. Og derfor burde vurderingen jo heller ikke være anderledes end den, der blev foretaget af Konkurrencestyrelsen i høringseksemplaret af 12. oktober 2001.

Hvor høringseksemplaret indeholder en sædvanlig og grundig vurdering af de hidtidige vedtægter og den hidtidige samarbejdsaftale, er afgørelsen af 15. februar 2002 både kort og ufuldstændig. Mens der f.eks. i høringseksemplaret blev taget stilling til, at vilkåret om fælles salgs- og leveringsbetingelser var omfattet af konkurrencelovens § 6 og skulle påbydes bragt til ophør, er kravet om fælles salgs- og leveringsbetingelser overhovedet ikke nævnt i afgørelsen af 15. februar 2002.

Afgørelsen kan ikke legitimeres under henvisning til, at konkurrencebegrænsningerne er nødvendige for, at medlemmerne i Dansk Total Distribution kan forblive på markedet.

I den forbindelse er EU-Kommissionens retningslinier for horisontale samarbejdsaftaler relevante. Af pkt. 24, 1. led, fremgår ganske rigtigt, at "samarbejde mellem konkurrerende virksomheder, der ikke kan gennemføre det projekt eller den aktivitet, som samarbejdet omfatter, uafhængigt af hinanden", ikke er udtryk for konkurrencebegrænsninger i strid med artikel 81, stk. 1. Konkurrencestyrelsen synes imidlertid at have overset sidste afsnit i pkt. 24, hvoraf fremgår, at sådanne samarbejder "falder kun ind under artikel 81, stk. 1, hvis parterne har en betydelig markedsstyrke, og hvis der er sandsynlighed for markedsafskærmning over for tredjemand". I note 17 til kravet om, at parterne ikke må have en betydelig markedsstyrke præciseres det, at parterne meget vel kan have en betydelig markedsstyrke, uanset parterne ikke indtager en dominerende stilling. Af retningsliniernes pkt. 149 fremgår, at markedsandelstærskelen er 15 % for betydelig markedsstyrke. Det bemærkes, at Dansk Total Distribution på afgørelsestidspunktet havde en markedsandel på 25-30 %. Betingelsen om, at parterne ikke må besidde en betydelig markedsstyrke, var således ikke opfyldt. Endvidere var betingelsen om, at der ikke må være sandsynlighed for markedsafskærmning for tredjemand, ikke opfyldt.

Konkurrencestyrelsen har i sin afgørelse ikke fokuseret på det horisontale marked, men alene på kundemarkedet - det vertikale marked. Det var påvist, at accept af konkurrenceforbudet i vedtægterne ville påvirke tredjemands adgang til markedet. Påvirkningen var åbenbar, idet Forbruger-Kontakt og Berlingske Lokalaviser nemlig ikke kunne få distribueret af medlemmerne i Dansk Total Distribution, idet det er forbudt efter de nugældende vedtægter. Alternativet er Post

Danmark, men Post Danmark er væsentlig dyrere end private omdelere qua anvendelsen af voksne postbude til omdelingen. Post Danmark er således ikke et reelt alternativ.

Endelig bemærkes, at princippet om "rule of reason" ikke finder anvendelse i dansk ret. Konkurrencestyrelsen har således ikke hjemmel til at foretage en samlet analyse af en aftales konkurrencebegrænsende aspekter afvejet i forhold til aftalens konkurrencefremmende aspekter. Konkurrenceloven forudsætter en toleddet analyse, således at der først foretages en vurdering af, om en aftale er konkurrencebegrænsende i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 1, og først herefter foretages en analyse af, om betingelserne for at meddele en fritagelse efter konkurrencelovens § 8, er opfyldte. Den af konkurrencestyrelsen truffe afgørelse, er baseret på "rule of reason"-princippet, og ligner dermed et comfort letter. Sådanne afgørelser har ikke hjemmel i dansk konkurrencelov.

5.2. Konkurrencerådets argumentation

Konkurrencerådet har over for indvendingen om, at afgørelsen skulle træffes af Konkurrencerådet, bemærket, at kompetencefordelingen mellem Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen er præciseret i § 6, stk. 4, 2. pkt., i bekendtgørelse nr. 862 af 5. september 2000 om forretningsorden for Konkurrencerådet samt § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 951 af 2. december 1997 om Konkurrencestyrelsens virksomhed i henhold til konkurrenceloven. Det følger heraf, at Konkurrencestyrelsen på rådets vegne – og i overensstemmelsen med rådets praksis og anvisninger – afgør sager, der ikke er omfattet af §§ 3-5 i forretningsordenen for Konkurrencerådet. Det vil bl.a. sige sager, der ikke er af principiel eller særlig stor betydning. Styrelsen holder rådet orienteret om afgørelser truffet af styrelsen, hvilket er med til at sikre, at kompetencefordelingen udøves i overensstemmelse med rådets praksis og anvisninger. Afgørelser, der træffes af Konkurrencerådet eller Konkurrencestyrelsen er begge afgørelser, der kan påklages til Konkurrenceankenævnet. Afgørelserne er således principielt ligestillede og træffes på baggrund af samme regelsæt.

Styrelsen foretager som udgangspunkt vurderingen af, om sagen bør forelægges for rådet. Spørgsmålet om, hvorvidt en afgørelse skal træffes af rådet eller styrelsen, er et internt anliggende mellem rådet og styrelsen, der ikke kan gøres til genstand for særskilt prøvelse ved ankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1. Såfremt ankenævnet måtte finde, at spørgsmålet kan påklages, gøres det gældende, at styrelsen og rådet har en vid skønsmæssig beføjelse, samt at sagen ikke er af principiel eller særlig stor betydning. Skønnet har desuden ikke haft nogen betydning for sagens afgørelse.

Konkurrencerådet har videre gjort gældende, at klagerne ikke er adressat for afgørelsen. Klagerne er konkurrent til Dansk Total Distribution og er heller ikke aftalepart i Dansk Total Distributions vedtægter og interne samarbejdsaftale af 13. marts 2002. Konkurrencestyrelsen har derfor vurderet, at klagerne ikke havde en sådan væsentlig og individuel interesse i sagens afgørelse, at klagerne havde partsstatus i sagen. Klagerne har derfor ikke haft et retskrav på at blive hørt inden sagens afgørelse.

Over for indvendingen om utilstrækkelig undersøgelse har Konkurrencerådet anført, at afgørelsen forholder sig til foreningens forslag til vedtægter – ikke til en herfra afvigende praksis, hvis eksistens der ikke var anledning til at undersøge.

Konkurrencerådet har om realiteten gjort gældende, at samarbejdet i Dansk Total Distribution ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, da samarbejdet er nødvendigt for, at medlemmerne i

Dansk Total Distribution kan tilbyde kunderne en landsomfattende distribution. I den forbindelse bemærkes, at hvert af medlemmerne kun har korps af uddelere i begrænsede områder af landet.

Det centrale i sagen er således, at uden samarbejdet ville medlemmerne i Dansk Total Distribution ikke kunne optræde som udbyder på det relevante marked (landsdækkende distribution). I pkt. 24 i EU-Kommissionens retningslinjer for horisontalt samarbejde er der opregnet en række aftalekategorier, som falder uden for art. 81, stk. 1. Det gælder bl.a. samarbejde, hvor virksomhederne ikke kan gennemføre den aktivitet, som samarbejdet omfatter, uafhængigt af hinanden. Sådanne samarbejder, er kun omfattet af artikel 81, stk. 1, hvis parterne har en betydelig markedsstyrke, og hvis der er sandsynlighed for markedsafskærmning over for tredjemand.

Konkurrencestyrelsen har fundet, at Dansk Total Distribution ikke har en betydelig markedsstyrke, der gør det muligt at afskærme konkurrerende udbydere fra markedet. På trods af samarbejdet i Dansk Total Distribution har klagerne formået at forøge sin markedsandel mærkbart på bekostning af Dansk Total Distribution. Styrelsens afgørelse har således ikke haft konkurrencebegrænsende virkninger. Endvidere har alle mulighed for at anvende Post Danmarks omdelerkorps i de områder, hvor der ikke er oprettet omdelerkorps eller er mulighed for at anvende anden privat distributionsvirksomhed.

Styrelsen har videre fundet, at Dansk Total Distributions samarbejde kun indeholder bestemmelser, som er nødvendige for at kunne tilbyde landsdækkende distribution i konkurrence med klagerne. Vurderingen heraf er ikke foretaget på baggrund af et "rule of reason" princip, men bygger i stedet på, at bestemmelser, som er nødvendige for overhovedet at kunne agere på et marked, ikke er konkurrencebegrænsende, jf. konkurrencelovens § 6. Det er således ikke enhver begrænsning af aftaleparternes handlefrihed, der udgør en konkurrencebegrænsning i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 1. Konkurrencelovens § 6, stk. 1, skal vurderes i forhold til de økonomiske forhold, der er gældende på det relevante marked. Her skal bl.a. tages hensyn til markedsstrukturen, adgangen til markedet og produkternes karakteristika.

Konkurrencerådet kan tilslutte sig, at horisontalt vejledende priser og horisontale maksimalpriser som udgangspunkt er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. I helt særlige tilfælde vil horisontalt vejledende priser dog ikke være omfattet af bestemmelsen, herunder i tilfælde, hvor det er nødvendigt for overhovedet at kunne agere på markedet. Det er tilfældet i nærværende sag. Medlemmer af en forening, der hver for sig distribuerer i et begrænset lokalområde, kan kun markedsføre sig over for kunderne, hvis de har en fælles referenceramme. Denne ramme kan frit fraviges og fraviges rent faktisk i væsentligt omfang. Foreningsgrundlaget er i øvrigt så udsat, som udviklingen har bekræftet, at samarbejdsaftalens § 2 ikke indebærer nogen risiko for en betydelig grad af prisuniformering på det relevante marked. Det skal i øvrigt bemærkes, at § 3 i samarbejdsaftalen af 2002 ikke bestemmer, at Dansk Total Distributions medlemmer skal håndhæve faste priser over for nye kunder. § 3 fastsætter blot, at Dansk Total Distributions-medlemmet skal henvende sig til nye kunder og gennemføre aktiv markedsføring i medlemsområdet med udgangspunkt i de vejledende priser. Der er således ikke tale om, at bestemmelsen udelukker priskonkurrence over for nye kunder.

Konkurrencerådet har desuden gjort gældende, at det ikke begrænser konkurrencen, at medlemmerne i Dansk Total Distribution har et geografisk afgrænset omdelingsområde. Vedtægterne og samarbejdsaftalen af 2002 indeholder ikke begrænsninger i medlemmernes adgang til at tage kontakt til – og indgå ordrer med – kunder i medlemmets dækningsområde eller i andre

medlemmers områder. Såfremt en kunde ønsker at få gennemført en omdeling i områder, hvor Dansk Total Distribution er aktiv, har kunden frit valg blandt alle Dansk Total Distributions medlemmer. Dansk Total Distribution har på dette punkt gennemført væsentlige ændringer i forhold til de tidligere vedtægter og samarbejdsaftale af 2001. Der foreligger ikke en aftale om markedsdeling, men et samarbejde, som muliggør, at det enkelte medlem kan tilbyde landsdækkende distribution – og derved udvide ydelsesudbuddet.

Bestemmelsen i § 2, stk. 6, i samarbejdsaftalen af 2002 – om at vedtagne priser er bindende for medlemmernes interne samhandel – har Konkurrencestyrelsen efter en konkret vurdering fundet ikke at være konkurrencebegrænsende. Bestemmelsen vedrører ikke forholdet til eksterne kunder, og medlemmerne kan frit kalkulere deres egne priser til disse kunder. Bestemmelsen er således alene udtryk for, at Dansk Total Distribution fastsætter priser for medlemmernes interne samhandel, og giver dermed en sikkerhed for omkostningerne ved at få omdelt ved et andet medlem. Konkurrencerådet betragter dette som nødvendigt for i praksis at kunne sikre et samarbejde om landsomfattende distribution, hvor medlemmer ugentligt skal håndtere et større antal ordrer, der bl.a. varierer i antal og vægt. Det ville blive for dyrt og for besværligt, hvis et medlem for hver ordre skulle indgå aftale med alle de andre medlemmer om prisen for omdelingen.

Konkurrencerådet har vedrørende Dansk Total Distributions konkurrenceklausul gjort gældende, at en konkurrenceklausul af et vist omfang kan være nødvendig for at sikre en landsdækkende distribution, der er tilstrækkelig effektiv til at sikre foreningens konkurrenceevne og overlevelse på markedet – og dermed sikre konkurrencen på markedet på overordnet niveau.

Konkurrenceklausulen udelukker ikke konkurrerende distributører fra markedet. Det bemærkes således, at på trods af samarbejdet i Dansk Total Distribution har navnlig Forbruger-Kontakt formået at øge sin markedsandel mærkbart på bekostning af Dansk Total Distribution.

Uanset alt det, som Forbruger-Kontakt har anført, må det i det hele slås fast, at styrelsen med rette har fundet, at Dansk Total Distributions vedtægter og samarbejdsaftale af 2002 ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Det skal særligt bemærkes, at et høringsforslag ikke er en afgørelse, hvorfor høringsseksemplaret af 12. oktober 2001 er uden selvstændig betydning for afgørelsen i sagen.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Dansk Total Distribution er en forening af medlemmer, som forestår distribution af adresseløse forsendelser i hvert deres lokalområde, og som samtidig – i kraft af foreningssamvirket – agerer på markedet for landsomfattende distribution af adresseløse forsendelser. Den påklagede afgørelse er truffet i en sag indbragt for Konkurrencerådet af Dansk Total Distribution om bedømmelse af forslag til nye vedtægter og samarbejdsaftale for foreningen og dens medlemmer i henhold til konkurrencelovens § 6. Ankenævnet kan tiltræde, at der som udgangspunkt ikke er grundlag for at anse andre aktører på markedet for landsomfattende distribution af adresseløse forsendelser som parter i forvaltningslovens forstand i denne sag, og at der ikke er oplyst omstændigheder, som kan føre til fravigelse af dette udgangspunkt.

Det fremgår af afgørelsen, at den tager stilling til de forslag til nye vedtægter og samarbejdsaftale, som foreningen havde indsendt. Ankenævnet kan tiltræde, at denne bedømmelse er foretaget uden undersøgelse af, om der skulle blive fulgt en herfra afvigende adfærd i praksis. Der er således ikke

grundlag for ophævelse af afgørelsen ud fra Forbruger-Kontakts synspunkt om, at den er truffet uden fornøden undersøgelse af de faktiske forhold.

Den påklagede afgørelse er truffet af Konkurrencestyrelsen. Heller ikke dette forhold kan føre til afgørelsens ophævelse, da intet er oplyst for ankenævnet, som giver grundlag for at fastslå, at styrelsen herved har overskredet sin kompetence.

Hvad angår bedømmelsen af foreningens vedtægter og samarbejdsaftalen i henhold til konkurrencelovens § 6 tiltræder ankenævnet, at der – uanset det som Forbruger-Kontakt har anført – ikke er tilstrækkeligt grundlag for at anse konkurrencelovens § 6, stk. 1, for krænket alene i kraft af bestemmelser i foreningens vedtægter eller samarbejdsaftalen fra 2002. Ankenævnet har herved lagt vægt på det oplyste om forholdene på markedet for landsomfattende distribution af adresseløse forsendelser og nødvendigheden af et samarbejde mellem lokale distributører som grundlag for deres mulighed for at agere på dette marked sammenholdt med foreningens relativt svage position over for konkurrencepres og karakteren af de indbyrdes bindinger.

På denne baggrund stadfæstes afgørelsen.

Herefter bestemmes:

Konkurrencestyrelsens afgørelse af 15. februar 2002 stadfæstes.

Jens Fejø Ole Jess Olsen
 Børge Dahl