

# KENDELSE

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 12. juni 2018 i sag nr. KL-8-2017

Mediacenter Danmark A/S  
(advokat Martin André Dittmer)

mod

Konkurrencerådet  
(chefkonsulent Vibeke Ulf Dumrath)

## Resume af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 30. august 2017 truffet afgørelse i en sag, der angår, om Mediacenter Danmark A/S og MPE Distribution ApS i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, i perioden 2013-2014 har indgået en aftale og samordnet praksis om kundedeling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser.

Mediacenter Danmark A/S har den 26. september 2017 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

## Påstande

Mediacenter Danmark A/S har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2017 ophæves, subsidiært at Konkurrencerådets afgørelse hjemvises til fornyet behandling og afgørelse.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

## Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet traf den 30. august 2017 følgende afgørelse:

- ”16. Mediacenter Danmark A/S og MPE Distribution ApS har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, ved at have indgået en aftale og samordnet praksis om kundedeling.
17. Konkurrencerådet påbyder Mediacenter Danmark A/S og MPE Distribution ApS i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1:
- fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 16 ovenfor.
- ...

#### **4.5 Samlet konklusion**

353. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:
- det relevante marked i sagen kan afgrænses til ”afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i Danmark”. Hvorvidt produktmarkedet er snævrere og kun omfatter videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører, og hvorvidt det geografiske marked er snævrere end nationalt kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens resultat,
  - aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke påvirker handelen mellem medlemsstater mærkbart,
  - MCD og MPE Distribution er omfattet af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb,
  - MCD og MPE Distribution gav udtryk for en fælles samstemmende vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde, og at parterne har haft en aftale og en samordnet praksis i konkurrencelovens forstand,
  - aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution havde til formål at begrænse konkurrencen,
  - aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution udgjorde en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3,
  - gruppefritagelserne efter konkurrencelovens § 10 ikke finder anvendelse på den i sagen omhandlede aftale, og

- aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

### **Sagens faktiske omstændigheder**

MCD er et selskab, som i 2013-2014 tilbød blandt andet afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, herunder tryksager som tilbudsaviser, reklamer mv., til slutkunder, ligesom selskabet rådgav sine kunder om, hvordan deres markedsføring bedst muligt kunne nå frem til den ønskede målgruppe.

MPE Distribution er en enkeltmandsvirksomhed, som ligeledes i den relevante periode blandt andet tilbød afsætning af adresseløse forsendelser til slutkunder samt rådgivning om slutkundernes anvendelse af adresseløse forsendelser.

I perioden 2013-2014, som denne sag omhandler, var der to store distributører af adresseløse forsendelser i Danmark: PostDanmark (nu PostNord) og FK Distribution. Begge selskaber solgte distribution af adresseløse forsendelser til store slutkunder. PostNord solgte endvidere ydelsen ”på engros-niveau” til mediebureauer, der videresolgte ydelsen til mindre slutkunder. Dette forgik via forskellige konsolidatoraftaler, hvor en række mediebureauer gik sammen for at pulje mængden af deres småkunders adresseløse forsendelser. Virksomhederne opnåede derved en lavere pris, som deres kunder ikke hver især ville kunne opnå ved direkte handel med PostNord eller FK Distribution. MCD havde en sådan konsolidatoraftale med PostNord, og MCD forhandlede således betingelser, herunder pris for distributionen, med PostNord. Disse forhandlinger skete både på vegne af egne kunder og på vegne af andre mediebureauers kunder, idet prisen blev forhandlet på baggrund af kundernes samlede mængde.

I november 2013 indgik MPE og MCD en samarbejdsaftale om fælles indkøb af distribution af adresseløse forsendelser. MPE fik en bruttopris hos MCD, og MPE forhandlede derefter selv en slutpris med sine slutkunder. Samarbejdet varede indtil udgangen af 2014, hvor MPE valgte ikke at forlænge aftalen.

Som led i samarbejdet drøftede MCD og MPE løbende kundeemner og tilgang. Kommunikationen mellem MCD og MPE foregik både telefonisk og pr. sms. Af sms-korrespondancen fremgår bl.a.:

”15. november 2013

MCD: Hej Jan. Med hensyn til Sinnerup, så har vi dem allerede inde, så det er et nej herfra.  
Mvh Daniel

21. februar 2014

MPE: Hej Daniel jeg er ved at lave et tilbud til supersellers håber ikke det er en du har ring lige til mig hvis det er en du har. Jan

MCD: Hej Jan. ... Supersellers har vi allerede som kunde, og de har kørt gennem os de sidste 5 år.

MPE: Haha super jeg laver ikke en pris til ham ...

25. februar 2014

MCD: Hej Jan. I stedet for at du når at ringe til nogle af mine kunder, kan du så ikke sende en sms med nogle af dem du overvejer at kontakte? Så kan vi få dem clearet inden du ringer til dem.

MPE: Ok

MPE: Hvad med Skoringen og Rohde

MCD: Angrib :)

MPE: Haha

MPE: Fof Århus og balance

MCD: Fof no go. Balance, hvad er det?

MPE: Helse blad

MCD: Kender dem ikke

MPE: Ok

MPE: 4000000 mil om året den er ved fk kommer 8 gange om året helsam

MCD: Har jeg selv dialog med.

MPE: Ok

26. februar 2014

MPE: Erhverv - Danmark og hhl hans høj

MCD: Ja til erhverv og nej til hans høj

4. marts 2014

MPE: Red office? Zap in ? Georg miljø?

MCD: Nej nej nej

MPE: Hvad alle 3

MCD: Ja

MPE: Hmm sådan noget pis har du ikke nogen jeg kan angribe

MCD: Jeg kigger når jeg kommer på kontoret senere

MPE: Klasse

12. marts 2014

MPE: Cam vision må jeg nappe den

MCD: Nej, det er min.

MPE: Pis du har jo det hele hvad med den avis der hedder hus og have og hvad med de svar-kuverter der kommer fra ældre sagen?

MCD: Det er også mit:)

MPE: Nice

27. marts 2014

MCD: Hej Jan. Jeg har kun Brønderslev, Rebild, Frederikssund og Frederiksberg kommune.

MPE: Verdensklasse jeg napper de sidste

28. marts 2014

MPE: Villa nyt? Har du den

31. marts 2014

MPE: Stena Line ?

MCD: Angrib:)

MPE: Hvad med h&m og ellos

MCD: H&M er for store, men måske ellos

MPE: Hvis jeg skal være større end Mcd bliver jo nød to at få nogle af dem har du hm

MCD: Nej

MPE: Fri Bikeshop

MCD: Dem har jeg dialog med - de er FK

MPE: Ok

9. april 2014

MPE: Har du nogle boghandler?

MCD: Nej, men de har så billig en pris hos FK at vi ikke kan matche den.

MPE: Jeg prøver

10. april 2014

MPE: Har du nogle plantecenter jeg ikke må nappe

MPE: Fuck havde glemt at vi var så tæt på påsken så du er jo gået på ferie nå hvad med cykel butikker har du nogle af dem

11. april 2014

MCD: Hej Jan. Vi skal have fingrene i den kunde, men det kræver at du vil sende ham videre til mig?

28. april 2014

MPE: Liehaverboligen har du den

MCD: Jep

30. april 2014

MPE: Mathiesen-mode har du den

MCD: Den må du gerne angribe, hvis du svarer på min mail fra igår:)

15. maj 2014

MPE: Stena Line har du den

MCD: Ja det har jeg.

MPE: Hm

21. maj 2014

MPE: Sony center?

12. juni 2014

MCD: Hej Jan. Ring gerne når du kan. Det drejer sig om en forespørgsel jeg har fået på my-planet, men den mener jeg du har?

17. juni 2014

MPE: Grene Agro har du den

MPE: Hvordan er det nu med Ønskebørn har du den

MCD: Ønskebørn er min, og Grene har jeg dialog med omkring 2015.

...

18. juni 2014

MPE: Friis shopping center har du den Ålborg

MCD: Den har jeg ikke.

19. juni 2014

MPE: Carl ras har du den

MCD: Jep:) Har du styr på dine logoer

MPE: Haha

25. august 2014

MPE: BMW erhverv har du den?

MCD: Nej, angrib du bare den.

29. oktober 2014

MCD: Hej min ven, Har du givet en pris til noget der hedder Hans Høj Lagerinventar?

MPE: Nej skal jeg det

MCD: Helst ikke De har fået en latterlig bolig pris, en start på 46,70.

MPE: Det er ikke mig er det en du har

MCD: Jeg har den i år, og er så blevet underbudt for 2015.

MPE: Har du pelican

MCD: Jep

MPE: Ok

5. november 2014

MCD: Du angriber bare den Pelican alligevel – der er udbudt krig... Ring når du kan.

10. november 2014

MPE: Har du zalando

MCD: Jep. Husk at vi lige snakker sammen inden du sender noget til Pelican.

MCD: Har lige stået på chefens kontor vedr. D-xel – han kan se hvad der skal køre de næste uger...

MCD: Så du burde sende mig nogle penge for svie og smerte”

Af mail af 30. januar 2015 fra MPE til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremgår bl.a.:

”Jeg blev i slutningen af 2013 præsenteret for et rigtig godt distributionstilbud fra MCD, som jeg valgte at tage imod.

I aftalen fremgik priser og generelle vilkår for samarbejdet, og det så faktisk helt fint ud.

Allerede få uger efter aftalens ikrafttrædelse fik jeg dog de første meldinger om, at der var visse kunder jeg ikke måtte give tilbud på. Jeg var noget forundret, for der stod intet i aftalen om at der var kunder jeg ikke måtte byde ind på.

Jeg har talrige eksempler på SMS på kunder som jeg får direkte besked på at holde mig væk fra, og finder i løbet af 2014 ud af, at nogle af disse kunder ikke engang er kunder hos MCD. Derimod er der tale om kunder som selv siger at de handler via blandt andet Mediabrooker, IUM, Lørdagsavisen (Køge Mediacenter) eller Carat.

Jeg konfronterer min kontakt hos MCD med dette, og får blot at vide at det skal jeg ikke pille i. Til gengæld må jeg MEGET gerne tage nogle af kunderne fra Distribution-PLUS, da de ifølge ham skaber en masse støj, da de bare byder på alt hvad de kommer i nærheden af og ikke kan styres.

Jeg siger at jeg har svært ved at leve med dette, men får at vide at det er den måde samarbejdet i MCD foregår på. Alligevel kommer jeg uforvarende til at byde på flere af MCDs kunder, da nogle kunder oplyser at de handler direkte hos Post Danmark, og jeg først bagefter finder ud af at det rent faktisk er igennem MCD eller en af deres andre partnere. Dette skaber flere samtaler med min kontakt hos MCD, som er oprevet når det sker.

I oktober 2015 [2014] får jeg pludselig et opkald fra MCD, som fortæller at min aftale for 2015 bliver justeret, så mine priser sættes op med godt 5 %. Det forstår jeg intet af, da jeg til fulde har levet op til den volumen der står i min nuværende aftale. Jeg får også at vide at jeg skal spørge om lov til at kontakte ALLE nye kundeemner.

Jeg finder efterhånden ud af at der ikke er ret meget jeg kan byde ind på uden at træde nogen over tærne. Jeg vælger derfor ikke at fortsætte min aftale med MCD, men finder en anden løsning, der giver mig mulighed for at udvikle min virksomhed som jeg gerne vil.”

### **Parternes argumenter**

Mediacenter Danmark A/S har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at aftalen mellem selskabet og MPE Distribution ApS ikke udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne.



### *Agentforhold*

Samarbejdet mellem MCD og MPE var et egentligt agentforhold og derfor ikke omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6. Der er tale om et agentforhold, når agenten ikke betragtes som en uafhængig økonomisk aktør, men snarere som agenturgiverens ”forlængede arm”, ligesom der er tale om et agentforhold, såfremt aftageren kun i uvæsentlig grad påtager sig økonomiske eller kommercielle risici, jf. EU-Domstolens dom af 14. december 2006 i sag C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, præmis 38, 43 og 44.

MPE agerede netop som en forlænget arm for MCD – svarende til en ansat sælger – med kundebase i Jylland. Ejendomsretten til distributionsydelserne overgik ikke til MPE, før ydelserne videresolgt, ligesom MPE ikke forpligtede sig over for MCD, før MPE havde kunderne på plads.

MPE havde heller ikke pligt til at afholde væsentlige omkostninger til hverken markedsføring, lager, personale eller andre investeringer eller driftsrisici i forbindelse med afsætning af ydelserne. Den eneste risiko, som MPE bar, var debitorrisikoen for selskabets slutkunder. Ud fra en samlet vurdering og med alle markedets karakteristika taget i betragtning, kan dette ikke anses for værende en tilstrækkelig væsentlig risiko, når andre forhold i det væsentlige taler til støtte for et agentforhold.

MPE har alene udøvet virksomhed med salg af MCD’s ydelse, hvorfor MPE ikke har udøvet konkurrerende virksomhed. Selv om MPE havde udøvet konkurrerende virksomhed, er det ikke afgørende for analysen, idet det afgørende er, hvorvidt agenten påtager sig de risici, der er nævnt. Konkurrencerådet har endvidere ikke forholdt sig til den aftale, der var indgået mellem MCD og MPE.

### *Vertikal distributionsaftale*

Der er tale om en vertikal distributionsaftale og ikke en horisontal kundedelingsaftale, hvor MCD og MPE i forhold til aftalen er aktive i forskellige omsætningsled. Når MCD på grossistniveau leverede produkter til MPE, opstod der et hypotetisk ”konkurrent”-forhold mellem MCD’s egen detailforretning og MPE, idet begge solgte MCD’s produkter i detailsalgsleddet. MPE var alene aktiv i markedet i kraft af aftalen med MCD, så først med aftalen opstod dette ”konkurrent”-forhold.

Samarbejdet mellem MCD og MPE bestod af MCD som leverandør til MPE's salg i detailsalgsløbet. En aftale mellem en grossist og dennes detaildistributør er ikke en horisontal kundedelingsaftale mellem konkurrenter, der er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til, at det ikke er fornødent i den konkrete sag at sandsynliggøre en negativ indvirkning på konkurrencen.

Den omhandlede aftale har med andre ord ikke den tilstrækkelige sikkerhed af konkurrenceskadelige virkning i sig til, at den kan klassificeres som en formålskrænkelse. Samarbejdet har de facto medført, at MPE's kunder fik lavere priser, end de ellers ville have fået.

### *"Til formål"-analyse*

Konkurrencerådet har ikke foretaget den fornødne til formål analyse til at kunne konkludere, at aftalen har konkurrencebegrænsende formål.

En til formål analyse er en objektiv undersøgelse uafhængig af parternes hensigt. Analysen skal omfatte en indgående behandling af aftalens indhold, formål samt retlige og økonomiske sammenhæng, jf. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13P, Groupment des Cartes Bancaires.

Konkurrencerådets analyse omfatter ikke den retlige og økonomiske kontekst. Konkurrencerådet har forsømt at inddrage arten af de pågældende tjenesteydelser, og hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.

En analyse af den retlige og økonomiske sammenhæng ville tværtimod vise, at der ikke er tale om en aftale med konkurrencebegrænsende formål.

Det var afgørende for MCD's eksistens og bæredygtighed, at selskabet opnåede maksimal volumen i sin samlede afsætning af distributionsydelserne. Kun ved maksimal volumen kunne MCD opnå den absolut laveste pris hos PostNord, da distribution af adresseløse forsendelser som produkt er kendetegnet ved massive skala-effekter og meget lave marginer. Besparelserne på lave priser endte ultimativt hos MCD's kunder, grundet det meget høje konkurrencepres på markedet.

Det var nødvendigt for MCD at styre MPE's aktive salgsindsats i forhold til MCD's produkter for at opfylde formålet om, at samarbejdet skulle føre til øget volumen og dermed effektiviseringsge-

vinster. Det er dette behov, der er afspejlet i kommunikationen mellem MCD og MPE. MCD har ikke forhindret MPE i at sælge til kunder, der har henvendt sig uopfordret.

Uden aftalen med MPE ville MCD have ansat en sælger til forhandling af MCD's distributionsydelser. I det kontrafaktiske scenarium ville MCD således have tilsvarende behov og mulighed for at styre salgsindsatsen af ydelserne til de pågældende kunder. Derudover ville MPE højst sandsynligt ikke være indtrådt på markedet uden aftalen med MCD. I dette scenarium ville der således have været mindre konkurrence. Desuden ville MPE ikke have haft en kommerciel interesse i at kontakte MCD's kunder, idet muligheden for at opnå en god pris fra MCD kun var realistisk for kunder, som ikke allerede var i MCD's pulje.

### *Vertikal gruppefritagelse*

Aftalen er omfattet af gruppefritagelsen i konkurrencelovens § 10 og af gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra b. De tre grunde, som Konkurrencerådet har anført, til at aftalen ikke skulle være omfattet af forordningen, er ikke korrekte. Ordet "udbyder" betyder efter almindelig sproglig forståelse en virksomhed, hvortil kunder kan rette henvendelse for at købe den pågældende ydelse, hvorfor MPE og MCD var udbydere i forordningens forstand, og MCD var udbyder i flere omsætningsled. Endvidere solgte MCD og MPE begge til slutkunderne på dette marked, hvorfor der er tale om detailsalg. Såfremt endelige forbrugere skulle forstås som privatpersoner, ville der slet ikke været et detailsalg på dette marked, og der ville være markeder, hvor man ikke kunne anvende forordningen. Endelig har Konkurrencerådet ikke løftet sin bevisbyrde for, at MCD har forhindret MPE at foretage passivt salg.

### *Individuel fritagelse*

Aftalen opfylder de fire betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1. For det første bidrog samarbejdet til at styrke effektiviteten i distributionen af distributionsydelser, hvilket er ubestridt. Forbrugerne er blevet sikret en rimelig andel af de opnåede fordele ved effektiviseringsgevinsterne, hvorfor forbrugervelfærden er den samfundsmæssige gevinst, som samarbejdet har fremmet. Der er ikke krav om, at MCD skal kvantificere det eksakte omfang af gevinsterne, men blot sandsynliggøre at aftalen har båret sådanne gevinster. For det andet måtte MCD som følge af det meget konkurrenceudsatte marked sende besparelsen videre til slutkunderne, hvorfor forbrugerne dermed blev sikret en rimelig andel af effektivitetsgevinsterne. For det tredje har MCD ikke pålagt MPE begrænsninger, der var unødvendige for at nå disse mål. Det var nødvendigt at styre MPE's aktive salgsindsats i

forhold til MCD's produkter for at opnå formålet om, at samarbejdet skulle føre til øget volumen. Det stod imidlertid MPE frit for at sælge andre produkter til eksisterende MCD-kunder, ligesom MCD heller ikke har forhindres MPE's passive salg.

Endelig gav samarbejdet ikke MCD og MPE mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af distributionsydelse, hvilket Konkurrencerådet har erklæret sig enig i. Effektivitetsfordelene mere end opvejede eventuelle negative virkninger, hvorfor samarbejdet er individuelt fritaget.

#### *Manglende partshøring*

Konkurrencerådet har forsømt at partshøre MCD om den ændrede begrundelse for, at gruppefritagelsesforordningen angiveligt ikke finder anvendelse. Det følger af forvaltningslovens § 19, stk. 1, at myndighederne skal foretage partshøring, inden der træffes afgørelse, når oplysningerne er væsentlige og til ugunst for parten.

I klagepunktsmeddelelsen af 30. marts 2017 var anført en fundamentalt anderledes vurdering af gruppefritagelsesforordningen, idet Konkurrencerådet i klagepunktsmeddelelsen flere gange slog fast, at både MCD og MPE var aktive i detailsalgsløbet, men det fremgår af afgørelsen af 30. august 2017, at MCD og MPE ikke var aktive i detailsalgsløbet. MCD er ikke blevet partshørt om disse nye og ændrede forhold inden afgørelsen.

Konkurrencerådet har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at MCD og MPE har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, ved at have indgået aftale og samordnet praksis om kundedeling. Konkurrencerådet har derfor med rette meddelt parterne påbud om fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål.

#### *Agentforhold*

MCD og MPE udøver samme form for erhvervsvirksomhed – salg til slutkunder af distribution af adresseløse forsendelser – og begge selskaber henvender sig til samme type kunder. De forhandler selv slutprisen med deres respektive kunder og bærer selv den økonomiske risiko i relation til disse aftaler. Dermed ville selskaberne i fravær af aftalen om kundedeling konkurrere om de samme kunder på et kommercielt marked, hvorfor MCD og MPE er aktuelle konkurrenter på det samme rele-

vante marked i overensstemmelse med pkt. 10 i Kommissionens horisontale retningslinjer. Den omstændighed, at MPE først begyndte at udøve mediebureauvirksomhed i forbindelse med samarbejdet med MCD, at MPE er mindre end MCD, eller at MPE på grund af sin beskedne størrelse ville have svært ved på egen hånd at opnå de samme gunstige priser hos PostNord, som hvis MPE lagde sine kunders efterspørgsel i en pulje, ændrer ikke herpå. Korrespondancen mellem MCD og MPE samt MCD's beskrivelse af selskabernes samarbejde understøtter, at selskaberne var aktuelle konkurrenter. MPE opfylder derfor ikke betingelserne for at være agent for MCD, jf. Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C 130/01).

Selv hvis Konkurrenceankenævnet måtte finde, at MPE først var en konkurrent til MCD efter opgivelsen af samarbejdet, ville selskaberne skulle anses for at være potentielle konkurrenter. Sådanne forhold er også omfattet af konkurrencelovens § 6.

#### *Kundedelingsaftale*

Kundedelingsaftalen indebar, at MPE som led i sit salg af distributionsydelser til mulige kunder ikke måtte give tilbud til virksomheder, der enten allerede var kunder hos MCD, eller som MCD var i dialog med, jf. sms-korrespondancen mellem selskaberne. Korrespondancen viser også, at MPE gerne ville opdyrke egne kundeemner. Der var således ikke tale om et hypotetisk konkurrentforhold, hvor MCD på grossistniveau leverede produkter til MPE, som dermed alene solgte MCD's ydelser.

Det var ikke nødvendigt at indgå en kundedelingsaftale for at realisere et mål om at opnå øget volumen og dermed en bedre pris via en fælles indkøbsordning, hvorfor aftalen ikke er en lovlig accessorisk begrænsning til indkøbssamarbejdet. Det er tidligere fastslået, at kundedelingsaftaler i tilknytning til fælles indkøb af distributionsydelser er i strid med konkurrencelovens § 6, jf. Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011, Mediacenter Danmark A/S.

#### *Horisontal og "Til formål" aftale*

Det følger af fast praksis, at aftaler om konkurrenters fordeling af markeder udgør særligt alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne, der har et konkurrencebegrænsende formål i sig selv, hvorfor sådanne aftaler er direkte omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3.

Det er fastslået i EU-Domstolens praksis, at når der er tale om allerede kendte og særligt alvorlige konkurrencebegrænsninger, som dem, der er opremset i bl.a. konkurrencelovens § 6, kan analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen indgår i, begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. EU-Domstolens afgørelse af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P (Toshiba), præmis 28-29.

Aftalen om kundedeling mellem MCD og MPE er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, og der er ikke nogen særlige omstændigheder i den retlige eller økonomiske kontekst, der ændrer ved vurderingen heraf. Rådet har inddraget alle relevante forhold i sin vurdering af den retlige og økonomiske sammenhæng i fornødent omfang. Det er i øvrigt ikke et krav, at rådet i sager, hvor der er tale om en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, foretager en kontrafaktisk undersøgelse.

#### *Lovlig vertikal aftale*

Aftalen skal ikke bedømmes som en vertikal aftale. Det skyldes for det første, at en aftales horisontale virkninger altid vurderes først, jf. Retten i 1. instans' dom af 8. september 2016 i sag T-472/13 (Lundbeck), præmis 472-473. Den omstændighed, at MCD formelt set varetager forhandlingerne med PostNord, indebærer ikke, at kundedelingsaftalen automatisk skal anses som vertikal. Realiteten var, at selskaberne indkøbte i fællesskab, men solgte hver for sig. Relationen mellem selskaberne var derfor først og fremmest horisontal. Allerede derfor er der ikke behov for at foretage en yderligere vurdering af eventuelle vertikale aspekter af samarbejdet.

Aftalen er under alle omstændigheder ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra b. Bestemmelsen er en snæver undtagelse til hovedreglen om, at den vertikale gruppefritagelse ikke kan anvendes på aftaler mellem konkurrenter, og undtagelsen forudsætter, at flere specifikke betingelser er opfyldt. For det første er MCD ikke leverandør i bestemmelsens forstand, idet MCD ikke uddeler adresseløse forsendelser. MCD formidler alene PostNords distributionsydelse til MPE som led i deres indkøbssamarbejde for at få en bedre pris hos den reelle leverandør. For det andet er det et krav, at køber skal levere varer eller tjenesteydelser i detailsalgsløbet. Hverken MCD eller MPE's kunder er endelige forbrugere, men derimod erhvervsvirksomheder, der anvender distributionsydelser som led i deres professionelle virke. Det er derfor uden selvstændig betydning, om aftalen forhindrede passivt salg. Det må dog lægges til grund, at kundedelingsaftalen også

omfattede en begrænsning af passivt salg, idet aftalen gik ud på, at MPE ikke måtte røre MCD's kunder, herunder potentielle kunder.

#### *Fritagelse efter konkurrencelovens § 8*

MCD har ikke godtgjort, at samarbejdet resulterede i fordele af en sådan karakter, at de ville kunne indgå i en vurdering efter denne bestemmelse. Kundedelingsaftaler er ikke nødvendigt element i et fælles indkøbssamarbejde, og samarbejdet mellem MCD og MPE gik derfor længere end nødvendigt. Argumentet om, at maksimering af MCD's volumen over for PostNord kan ikke tillægges vægt, idet det i forhold til størrelsen af volumen over for PostNord er ligegyldigt, om kunden hører til hos MCD eller MPE.

#### *Sagsbehandlingsfejl*

Den præcisering, som er foretaget i klagepunktsmeddelelsen i forlængelse af høringsprocessen, har ikke resulteret i brud på forvaltningsretlige garantier. Præciseringen har ikke resulteret i ændringer af materiel art i den endelige afgørelse, og rådet har hverken inddraget nye faktiske oplysninger, løst sagen efter et andet retsgrundlag eller ændret retsopfattelse i forhold til, hvad der hidtil er blevet fokuseret på i sagen. Det er således både i udkastet til klagepunktsmeddelelse og i den endelige afgørelse lagt til grund, at aftalen er en horisontal kundedelingsaftale.

### **Resultat og begrundelse**

#### *Konkurrencelovens § 6*

Konkurrencelovens § 6, stk. 1 og 3, forbyder virksomheder at indgå aftaler eller samordne praksis, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Det følger direkte af konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, at en aftale om opdeling af markeder kan udgøre en konkurrencebegrænsende aftale.

Det er ubestridt, at parterne havde indgået en konsolidatoraftale om fælles indkøb af distributionsydelser fra PostNord med henblik på at opnå den bedst mulige indkøbspris. Konkurrenceankenævnet tiltræder efter oplysningerne fra MPE og sms-korrespondancen mellem selskaberne, at de to selskaber tillige havde indgået en aftale om deling af kunder i forbindelse med afsætningen af distributionsydelserne. Det fremgår direkte af sms-korrespondancen, at begge selskaber afsatte distributionsydelserne til samme kundegruppe og således fungerede i samme omsætningsled. Det for-

hold, at det var MCD, der forestod forhandlingerne med PostNord, kan ikke føre til et andet resultat. Konkurrenceankenævnet finder det endvidere ikke godtgjort, at kundedelingsaftalen var et nødvendigt accessorium til konsolidatoraftalen.

Herefter og da forholdet mellem selskaberne hverken efter konsolidatoraftalen eller oplysningerne i øvrigt kan anses for et agentforhold, tiltræder Konkurrenceankenævnet, at der var tale om en horisontal aftale, der af de af Konkurrencerådet anførte grunde må anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen.

Det følger af EU-Domstolens dom af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba, og EU-Domstolens dom af 27. april 2017 i sag C-469/15 P, FSL, at når parterne har indgået en til formålsaftale, kan konkurrencemyndighedernes analyse af den økonomiske og retlige sammenhæng begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt. Konkurrenceankenævnet finder, at den analyse af den økonomiske og retlige sammenhæng, som Konkurrencerådet har foretaget, er tilstrækkelig.

Konkurrenceankenævnet finder ikke, at kundedelingsaftalen er omfattet af en gruppefritagelse efter konkurrencelovens § 10. Vedrørende gruppefritagelsen for vertikale aftaler bemærkes særligt, at denne ikke finder anvendelse, da der er tale om en aftale mellem konkurrerende virksomheder, samtidig med at MCD ikke er udbyder af tjenesteydelser, og MPE ikke leverer varer eller tjenesteydelser i detailsalgsløbet, således som disse kriterier skal forstås i artikel 2, stk. 4, i forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis. Konkurrenceankenævnet finder det heller ikke godtgjort, at kundedelingsaftalen opfylder betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8.

Med disse bemærkninger tiltræder Konkurrenceankenævnet, at MCD i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, har deltaget i en aftale om kundedeling.

### *Partshøring*

Konkurrencerådet anførte i klagepunktsmeddelelse af 30. marts 2017, at MCD og MPE – i relation til spørgsmålet om gruppefritagelse – måtte anses som konkurrenter i detailledet, mens det i rådets afgørelse af 30. august 2017 er lagt til grund, at selskaberne ikke leverer varer og tjenesteydelser i detailsalgsløbet. Konkurrenceankenævnet finder ikke, at denne ændring af formuleringen, der er



sket i forlængelse af høringsprocessen, er udtryk for en materiel ændring af den endelige afgørelse, ligesom der ikke er tale om, at rådet har inddraget nye faktiske oplysninger eller afgjort sagen efter et andet retsgrundlag end forudsat i klagepunktsmeddelelsen. Konkurrenceankenævnet finder det uheldigt, at der med den i klagepunktsmeddelelsen anvendte formulering kan være skabt en vis uklarhed, men efter omstændighederne findes kravet om partshøring i forvaltningslovens § 19 ikke at være tilsidesat, hvorfor der ikke er grundlag for at hjemvise sagen til fornyet behandling og afgørelse.

### **Herefter bestemmes**

Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2017 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

John Christensen

Claus Berg

Birgitte Sloth

Jon Stokholm