

# K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 23. juni 2021 i sag nr. KL-1-2020

Axel Kaufmann ApS  
(advokat Søren Zinck)

mod

Konkurrencerådet  
(souschef Katrine Lapp)

og sag nr. KL-2-2020

Hugo Boss Nordic ApS  
(advokat Michael Klöcker)

mod

Konkurrencerådet  
(souschef Katrine Lapp)

## **Resume af afgørelsen**

Konkurrencerådet har den 24. juni 2020 truffet en afgørelse i en sag, der angår, om Hugo Boss Nordic ApS og Axel Kaufmann ApS har indgået en samordnet praksis om udveksling af informationer om priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1.

Axel Kaufmann har den 16. juli 2020 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Hugo Boss har den 22. juli 2020 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet stadfæster Konkurrencerådets afgørelse.

## Påstande

Axel Kaufmann ApS har nedlagt påstand om principalt, at Konkurrencerådets afgørelse ophæves, subsidiært at sagen hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Hugo Boss Nordic ApS har nedlagt påstand om principalt, at Konkurrencerådets afgørelse ophæves, subsidiært at Konkurrencerådets afgørelse hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet, og mere subsidiært at Konkurrencerådets afgørelse ændres til at vedrøre de forhold og perioder, hvor Konkurrenceankenævnet måtte vurdere, at Konkurrencerådet har påvist og dokumenteret en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen stadfæstes.

## Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet traf den 24. juni 2020 følgende afgørelse vedrørende informationsudveksling mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann:

- ”1. Det meddeles HUGO BOSS NORDIC ApS og Axel Kaufmann ApS, at HUGO BOSS NORDIC ApS og Axel Kaufmann ApS har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved:
  - » i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017 at have indgået en samordnet praksis om informationsudveksling af priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg.
2. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, påbyder Konkurrencerådet HUGO BOSS NORDIC ApS og Axel Kaufmann ApS:
  - » straks at bringe den i punkt 1 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket, og
  - » fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 1.

...

### 4.6. Samlet konklusion

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

- » Det relevante marked sandsynligvis kan afgrænses til detailmarkedet for beklædningsgenstande i Danmark. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig markedsafgrænsning.
- » Den samordnede praksis kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart.
- » HUGO BOSS og Kaufmann opfylder virksomhedsbegrebet.
- » Der foreligger en horisontal samordnet praksis mellem HUGO BOSS og Kaufmann om informationsudveksling af priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg.
- » Den samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen på detailmarkedet for beklædningsgenstande i Danmark.
- » Den samordnede praksis om informationsudveksling af priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.
- » Den samordnede praksis ikke er af vertikal karakter og derfor ikke falder ind under gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler. Samtidig opfylder den samordnede praksis ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, eller TEUF artikel 101, stk. 3.
- » Det er nødvendigt at udstede påbud til parterne for at bringe overtrædelsen til ophør, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, jf. § 16, stk. 1, jf. § 24, stk. 1.”

### **Sagens faktiske omstændigheder**

#### *Parterne*

Hugo Boss Nordic ApS er leverandør og detailforhandler af det tyske mærke Hugo Boss. Hugo Boss-koncernen producerer og sælger tøj, sko og tilbehør til både kvinder og mænd. Hugo Boss har over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at virksomheden er til stede i 128 lande.

Hugo Boss Nordic er som leverandør/producent aktiv på engrosmarkedet og som forhandler af varer af mærket Hugo Boss på detailmarkedet. Hugo Boss Nordic er én virksomhed med særskilte afdelinger, der håndterer henholdsvis engrosmarkedet (Hugo Boss Forhandler) og detailmarkedet (Hugo Boss Detail).

Hugo Boss Nordic har på nuværende tidspunkt ikke selv en webshop. I stedet kan forbrugerne købe beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss hos Hugo Boss Nordic via moderselskabet Hugo Boss AG's webshop.

Hugo Boss Nordic har oplyst, at Hugo Boss-koncernen på detailmarkedet omsatte samlet for [REDACTED] i Europa i 2018. I Danmark omsatte Hugo Boss Nordic for [REDACTED] i 2018.

Hugo Boss Nordic har oplyst over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at virksomheden estimerer, at Hugo Boss Nordic både på et dansk detailmarked og et dansk engrosmarked for beklædningsgenstande har markedsandele på [REDACTED], og at det samme er tilfældet på et europæisk detailmarked og et europæisk engrosmarked for beklædningsgenstande.

Axel Kaufmann ApS er en dansk detailforhandler af herretøj. Der findes 17 butikker med navnet Kaufmann rundt omkring i Danmark placeret i både storcentre og enkeltstående butikker. Derudover ejer Axel Kaufmann to butikker under navnet Axel i henholdsvis Aarhus og København. Axel Kaufmann sælger desuden et bredt udvalg af det tøj, som forhandles i butikkerne, via Axel Kaufmanns to webshops. Axel Kaufmann har yderligere en svensk og en tysk webshop. I butikkerne med navnet Kaufmann og Axel og i de dertilhørende webshops forhandler Axel Kaufmann i alt 62 forskellige tøjmærker, herunder bl.a. tøjmærket Hugo Boss.

Kaufmann omsatte i 2018 for 509 mio. kr. i Danmark og 1 mio. kr. uden for Danmark. Axel Kaufmann har oplyst Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at virksomheden ikke har opgørelser over sin markedsandel, men til eksemplificering har virksomheden oplyst, at de i nogle af de storcentre, hvor de har butikker, har en markedsandel på [REDACTED] inden for kategorien "beklædning".

### *Markedet*

Hugo Boss og Axel Kaufmann er en del af beklædningsbranchen, som bl.a. omfatter produktion, distribution og salg af tøj. Aktørerne på engros- og detailmarkedet for beklædningsgenstande kan deles op i producenter (Hugo Boss), leverandører (Hugo Boss Nordic), forhandlere (Hugo Boss Nordic/Axel Kaufmann) og slutbrugere.

Producenterne kan sælge deres beklædningsgenstande til leverandørerne på engrosmarkedet og direkte til slutbrugerne på detailmarkedet gennem egne butikker og/eller webshops. Det samme gør

sig gældende for leverandørerne, som kan sælge til selvstændige forhandlere på engrosmarkedet og direkte til slutbrugerne på detailmarkedet gennem egne butikker og/eller webshops.

Det forhold, at leverandørerne/producenterne i beklædningsbranchen ses at være aktive både på engros- og detailmarkedet, er ifølge Hugo Boss Nordic og Axel Kaufmann udtryk for en nyere tendens i branchen, der medfører, at de selvstændige forhandlere konkurrerer med leverandørerne/producenterne på detailmarkedet.

På engrosmarkedet sælger producenterne og/eller leverandørerne ofte varer i store partier til forhandlerne på detailmarkedet til gengæld for mængderabatter, og der ses derfor relativt lave stykpriser på varerne på engrosmarkedet sammenlignet med videresalgspriserne på detailmarkedet.

Detailmarkedet er kendetegnet ved at være det sidste led i distributionskæden. Forhandlerne på detailmarkedet, dvs. både de selvstændige forhandlere samt producenternes og leverandørernes egne forhandlere, sælger varerne videre til slutbrugerne i mindre mængder.

Forhandlerne på detailmarkedet sælger direkte til slutbrugerne gennem egne butikker og/eller webshops. Slutbrugerne i beklædningsbranchen er oftest forbrugere.

### *Den omhandlede adfærd*

Kædedirektør i Axel Kaufmann, John Pedersen, sendte på vegne af administrerende direktør i Axel Kaufmann, Henrik Kaufmann, følgende mail den 28. januar 2014 til ”wholesale director” i Hugo Boss Nordic, Niclas Norr:

”Til den måtte vedkomme:

Vi har i efteråret 2013 måtte konstatere, at stormagasiner, Web butikker og visse enkeltstående butikker alle har annonceret med hyppige tilbud på mærkevarer i løbet af sæsonen og ikke mindst i forbindelse med mid- season sale i oktober og julesalget fra 15. november og frem.

Vi forventer, at disse aktiviteter vil fortsætte i 2014, og da de har betydelig indflydelse på vore muligheder både for at generere omsætning og for at realisere en tilfredsstillende bruttoavance, finder vi det nødvendigt at justere vore indkøb til sæson E 2014 [*sæson E: efterårssæsonen*] i overensstemmelse hermed.

I den forbindelse spørger vi venligst om:

1. I hvilke perioder forventer I at deltage i tilbudsaktiviteter i efteråret 2014?
2. I det omfang vore konkurrenter måtte være tilbudt særtilbud og/eller særproduktion med mulighed for at sælge denne til lav eller nedsat pris, ønsker vi at modtage samme lignende tilbud.
3. Hvis enkelte dessiner [*dessiner: modelangivelse som identificerer en beklædningsgenstand*] og/ eller hele varegrupper og/ eller hele kollektioner allerede nu er planlagt til at skulle sælges som tilbud eller med generel rabat på bestemte datoer eller bestemte perioder (f.eks. uge 42), vil vi gerne oplyses om disse datoer således, at vi får samme muligheder for annoncering, som vore konkurrenter har fået tilbudt.

Vi ser frem til at modtage jeres bemærkninger hertil forinden, vore indkøbsordrer til efteråret 2014 afgives.

Med venlig hilsen

Henrik Kaufmann  
Axel Kaufmann ApS”

Niclas Norr svarede den 10. februar 2014 John Pedersen følgende:

”Hej John,

Tak for din email.

1. I hvilke perioder forventer I at deltage i tilbudsaktiviteter i efteråret 2014?

Forår 2014

Vi kommer at deltage, i et meget begrænset omfang i Super Bazar / Magasin. Jeg vender tilbage med ugen snarest.

Super Bazaren kommer at bestå af gamle varer, rester fra Fall Winter 2013.

Vi kommer at deltage, i et meget begrænset omfang til Illums tilbud den 8&9 Marts. Tilbudet kommer at bestå af gamle varer, rester fra Fall Winter 2013.

Efterår 2014

Vi kommer at deltage, i et meget begrænset omfang i Super Bazar / Magasin. Jeg vender tilbage med ugen snarest.

Super Bazaren kommer at bestå af gamle varer, rester fra Spring Summer 2014.

2. I det omfang vore konkurrenter måtte være tilbudt særtilbud og/eller særproduktion med mulighed for at sælge denne til lav eller nedsat pris, ønsker vi at modtage samme lignende tilbud.

Vi tilbyder EOOSP [End Of Season Program] / High Margin til vores kunder, hvis visse kriterier er opnåede. Dette for at ge kunden en mulighed at få en højere total margin på sæson.

3. Hvis enkelte dessiner og/ eller hele varegrupper og/ eller hele kollektioner allerede nu er planlagt til at skulle sælges som tilbud eller med generel rabat på bestemte datoer eller bestemte perioder (f.eks. uge 42), vil vi gerne oplyses om disse datoer således, at vi får samme muligheder for annoncering, som vore konkurrenter har fået tilbudt.

MR [indkøbsforeningen Mr.] kommer Oktober måned ha 50 års Jubileum. Vid dette tilfælde vil der være, efter aftale med HUGO BOSS, et jubilæums tilbud på en habit, en hvid och en lyseblå skjorte samt et par BOSS Orange Jeans.  
Disse varer er købt i EOSP til Maj leverans og vil derfor ikke være sæsonsvarer.

Med venlig hilsen

Niclas”

John Pedersen videresendte samme dag ovenstående mail til Henrik Kaufmann og anførte følgende:

”DET HAN SKRIVER I EFTERÅRET MR [indkøbsforeningen Mr.] GØR.

DE KØBER BILLIGE VARER (MINUS 20PCT) TIL LEV MAJ, SOM VI OGSÅ GØR.

VI BRUGER VORES PÅ UDSALG (GR [varegruppe] 33+52+59), HVOR DE HER GEMMER DERES.

VI HAR OGSÅ PORTION KLAR TIL LEV I MAJ DETTE FORÅR”

John Pedersen skrev den 29. januar 2015 til Niclas Norr med distriktschef i Axel Kaufmann, Mikael Johansen, cc følgende:

”MORN NIC

SKRIVER DU IKKE LIGE ET PAR LINIER OM DET VI AFTALTE I GÅR VEDR OVERTØJET,  
SÅ DER KAN LAVES ORDRER.”

Niclas Norr svarede den 1. februar 2015 John Pedersen med Mikael Johansen cc:

”Hej,

Jeg får noget på skriv i morgen.

Vedr. Magasin.

Til jeres info kommer vi i fremtiden bare medvirke i én aften hos Magasin, men kun på udvalgte varer. Det vil sige slow sellers [varer der ikke bliver solgt så hurtigt som ønsket]. Tanken er at vi ej kommer at ha overtøj på tilbud.

Jeg vil informere hvornår vi gør det, med hvilke varer. (Sender en liste med 50 nummer).

Dette vil begrænse tilbudet i Magasin.

Mvh

Niclas”

I mailkorrespondancen fra den 29. januar til den 1. februar 2015 mellem Niclas Norr, John Pedersen og Mikael Johansen var vedhæftet en ”Commercial Agreement”, der var indgået mellem parterne for kalenderåret 2015. I aftalen hedder det bl.a.:

[Redacted text block containing multiple lines of blacked-out content]

Den 5. april 2016 fremsendte Niclas Norr en liste til John Pedersen over, hvilke varer der ville komme på udsalg til Super Bazaar i Magasin i perioden fra den 27. april til den 1. maj 2016. Af listen fremgik førpriser, rabatter, udsalgspriser samt antallet af varer.

John Pedersen videresendte efterfølgende mailen internt til Mikael Johansen og Henrik Kaufmann og anførte:



”SÅ KØRER SHOWET IGEN...”

Af den efterfølgende interne e-mailkorrespondance mellem Henrik Kaufmann og John Pedersen fra samme dag fremgår blandt andet:

”[Henrik Kaufmann:]

Er det varer fra denne sæson`?

Og er det samme varer, som vi har?

...

[John Pedersen:]

DET ER FRA NOV LEV.

KØBER MEGET LIDT.

JA VI HAR NOGLE AF DEM,GRREN [Hugo Boss’ mærke Green] STORT SET UD-SOLGT FRA DEN LEV”

Senere samme dag skrev Niclas Norr til John Pedersen for at gøre opmærksom på, at det kun var ”W15” (vintervarer fra sæsonen 2015), der var på udsalg til Super Bazaar i Magasin. Dette videreformidlede John Pedersen den 6. april 2016 i en intern mail til Henrik Kaufmann således:

”DET ER SÅ VINTERVARER

HAR TJEKKET HVAD VI HAR ---STORT SET INGENTING—

FEKS 6 PAR AF EN JEANS LAGT PÅ LAGER HOS OS 13 JULI, OG 6 PAR TILBAGE EFTER UDSALG---LIGGER PÅ WEB NU.

SÅ DET ER EFTERÅR 2015 VARER”.

Niclas Norr sendte den 13. oktober 2016 en mail til Henrik Kaufmann med en liste over varer, som HUGO BOSS ville sætte på udsalg, med information om mængder, rabatter og førpriser. I mailen hedder det:

“Hej,

Fremsender hermed en liste på de varer som HUGO BOSS vil bruge til Super Bazar i Magasin samt Midseason Sale i Illum.

Alle varer er fra sommer 2016 eller ældre.

Mvh

Niclas”

John Pedersen videresendte mailen til Mikael Johansen den 15. oktober 2016 og spurgte:

”KAN DU SE NOGET GREEN?”

Den 27. oktober 2016 sendte Niclas Norr en mail til Henrik Kaufmann. I mailen hedder det bl.a.:

”Hej Henrik,

Tak for et behageligt møde.

Jeg ridser hermed op nogle af de ting vi talte om på mødet og hvis der er noget du syntes mangle er du mere en velkommen at tilføje. Jeg refererer Kaufmann til virksomheden.

#### Outlet City 2

Kaufmann er bekymret for hvordan at primært butikken i City 2 vil blive påvirket af HUGO BOSS Outlet som åbner primo December 2016.

[...]

#### Promotion aktivitet efterår 2016

##### Pre-view sale.

Der blev informeret at HUGO BOSS vil holde pre-view til HUGO BOSS Kunde kartotek mellem den 12-16 December (-30%) i HUGO BOSS butikkerne.

Priserne vil blive matchede i Illum og Magasin.

##### Black Friday

HUGO BOSS vil ej deltage i Black Friday i vores butikker, undtaget HUGO BOSS Outlets hvor der vil være kampagne.

##### VIP aften Magasin

Kaufmann efterspurgte hvis HUGO BOSS vil deltage I VIP aften I Magasin. Niclas vil informere om dette snarest.

[...]

Kaufmann Online

Kaufmann har fået ok at åbne op deres salg i Sverige og beholdt prislister for den indeværende sæson og fremdrættet.

HUGO BOSS/Niclas undersøger muligheden at få åbne op i Tyskland snarest.

[...]”

Den 22. november 2016 sendte Niclas Norr en mail til Henrik Kaufmann. I mailen hedder det:

“Hej,

For Jeres information vil HUGO BOSS deltage i VIP aften i Magasin og Illum den 22 November samt 6 December (-20% på sortiment foruden NOS). På Black Friday 27 November t.o.m Søndag kommer HUGO BOSS at deltage med

varer fra S16 [S: summer season], W15 [W: winter season] og S15 i Magasin (-30%).

Mellem den 12-16 December vil HUGO BOSS kunder, fra HUGO BOSS eget kundekartotek blive inviteret på en Pre-view af Udsalg til BOSS butikken (-30%). Priserne vil blive matchede i Illum og Magasin.

Mvh

Niclas”

John Pedersen skrev den 17. december 2016 en mail til Niclas Norr vedhæftet billeder af HUGO BOSS’ udsalgsskilte m.v. fra butikken i Magasin i Fields. I mailen hedder det bl.a.:

”Hey NICLAS...

SÅ KOMMER DER LIGE EN MERE TIL SAMLINGEN..

VI FÅR MAIL FRA DIG AT MAGASIN KØRER PRE-SALE 12-15 DEC, MED MINUS 30 PCT (DU KENDER VORES HOLDNING TIL DET).

NU HER TIL AFTEN VAR JEG I FIELDS (LØRDAG D 17.12)

HER HAR DE STORT VINDUE MED SAMME SHOW SOM I STARTEN AF UGEN(MINUS 30 PCT)

GÅR MAN IND I DERES AFDELING,

LIGNER DET SIMPELTHEN SHIT---SYND OG SKAM FOR DET BRAND, SOM VI PRØVER AT PLEJE OG SERVERE SOM ET SERIØST ORDENTLIG MÆRKE.

VI ER GLADE FOR DE INFORMATIONER DU KOMMER MED ,VEDR LOPPEMARKED I MAGASIN M,M ,

MEN DE GØR IKKE SOM DIT SKRIV,?????

FOR AT SIGE DET MILDT, FØLER VI OS EN DEL TIL GRIN OG STÅR TOTALT UFORSTÅENDE, FOR AT DET SEJLER SÅ MEGET FOR JERES STYRING ELLER MANGEL PÅ SAMME I DET STORMAGSIN..

VI HAR KUNDER DER HAR KØBT GAVE TIL FULD HAMMER, SOM KOMMER TILBAGE OG FÅR PENGENE TILBAGE,FORDI EFTER DE HAT KØBT, HAR SET VAREN I MAGASIN TIL REDUCERET PRIS,

DET ER SPILD AF SÆLGER TID, SPILD AF DYR INDPAKNING, OG VI MANGLER EN FORKLARING TIL VORES PERSONALE HVORFOR HUGO BOSS TILLADER DETTE.

JP”

Senior sales manager i HUGO BOSS, Kent Hansen, sendte den 17. oktober 2017 en mail til John Pedersen. I mailen hedder det:

”Hej John

Til Info vil jeg bare lige fortælle at vi kommer have gamle varer med på super baazar til 30% , ingen NOS naturligvis . / br kent”

John Pedersen svarede samme dag Kent Hansen følgende:

”HVAD ER SUPER BAZAR”.

Kent Hansen svarede senere samme dag John Pedersen følgende:

”Magasin ☺ Super bazaar”.

John Pedersen svarede senere samme dag Kent Hansen følgende:

”SÅ DET ER VARER FRA maj kollektionen”.

Niclas Norr skrev den 21. november 2017 en mail til Henrik Kaufmann. I mailen var vedhæftet en liste, der bl.a. viste mængden af de forskellige varer, som Hugo Boss havde på udsalg i de forskellige butikker. I mailen hedder det:

“Hej Henrik,

Som lovet vil jeg informere om hvad vi gør ved Black Friday.

Der kommer være -30% på PF17 [PF17: pre/fall season 2017], W2016 samt udvalgte produkter fra W17FW fra Fredag til Søndag i Magasin og Illum.

Priserne vil matches i butikken på strøget.

Der vil ikke være prisnedsættelser på hangtagene og ikke nogle skilte i butikken.

Mvh

Niclas”

Den 29. november 2017 sendte Niclas Norr en mail til Henrik Kaufmann. I mailen hedder det:

”Hej Henrik,

For jeres information holder vi VIP aften den 30 Nov og 7 Dec for Goodiecard members i Magasin.

Der vil være 20% på W18PF [Winter18PreFall] and W18FW [Winter18FallWinter] varer.

Mvh

Niclas”

Henrik Kaufmann skrev senere samme dag følgende svar til Niclas Norr:

”Tak.

Forstår jeg det rigtigt - det er samtlige varer fra dette efterår?

Mvh

Henrik”

Niclas Norr svarede senere samme dag Henrik Kaufmann følgende:

”Hej Henrik,

Undskyld mit sene svar, missede dit e-mail.

Men ja det er korrekt.

Mvh

Niclas”

Henrik Kaufmann svarede den 30. november 2017 Niclas Norr følgende:

”Hvad skal jeg sige, Niclas? Det ender galt.

Vi har 4 efterårsmåneder, hvor vi kan sælge varer til fuld pris. I skærer en hel måned fra.

Vi kommer til at ændre indkøbet til næste år.

Mvh

Henrik”

### **Det retlige grundlag**

Artikel 101, stk. 1, i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) har følgende ordlyd:

”Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer
- c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
- d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

- e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.”

I Kommissionens forordning (EU) 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 hedder det bl.a.:

“(5) Fordelen ved gruppefritagelsen, der fastsættes i denne forordning, bør være begrænset til vertikale aftaler, der med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3.

...

(10) Denne forordning bør ikke fritage vertikale aftaler, som indeholder begrænsninger, som kan begrænse konkurrencen og skade forbrugerne, eller som ikke er nødvendige til at opnå de effektivitetsfremmende virkninger. Navnlig bør vertikale aftaler, som indeholder visse former for alvorlige konkurrencebegrænsninger, såsom mindste og faste videresalgspriser samt visse former for områdebeskyttelse, ikke være omfattet af den gruppefritagelse, der indføres ved denne forordning, uanset de deltagende virksomheders markedsandel.

...

### *Artikel 1*

#### *Definitioner*

1. I denne forordning forstås ved:

- a) »vertikal aftale«: aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester

...

### *Artikel 2*

#### *Fritagelse*

1. I henhold til traktatens artikel 101, stk. 3, og med forbehold af denne forordnings bestemmelser erklæres traktatens artikel 101, stk. 1, herved uanvendelig på vertikale aftaler.

Denne fritagelse finder anvendelse for så vidt som disse aftaler indeholder vertikale begrænsninger.

...

3. Fritagelsen efter stk. 1 gælder for vertikale aftaler, der indeholder bestemmelser, som vedrører overdragelse af intellektuelle ejendomsrettigheder til køberen eller dennes udnyttelse heraf, forudsat at disse bestemmelser ikke udgør hovedformålet med sådanne aftaler, og at de er direkte forbundet med køberens eller dennes kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. Fritagelsen er betinget af, at bestemmelserne i forhold til aftalevarerne og -tjenesterne ikke indeholder konkurrencebegrænsninger, der har samme formål som vertikale begrænsninger, der ikke er fritaget efter denne forordning.
4. Fritagelsen efter stk. 1 gælder ikke for vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder. Fritagelsen finder dog anvendelse i tilfælde, hvor konkurrerende virksomheder indgår en ikke-gensidig vertikal aftale, og:
  - a) leverandøren er producent og forhandler af varer, mens køberen er forhandler og ikke en konkurrerende virksomhed inden for fremstillingsvirksomhed; eller
  - b) leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens køberen leverer varer og tjenesteydelser i detailsalgsledet og ikke er en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesteydelserne.”

I Europa-Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C 130/01) hedder det bl.a.:

“2. *Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde*

2.1 *Definition af vertikale aftaler*

24) Gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra a), definerer vertikale aftaler som »aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester.«

25) Definitionen af vertikale aftaler i punkt 24) indeholder fire hovedelementer:

...

- c) Aftalen eller den samordnede praksis skal bestå mellem virksomheder, der i relation til aftalen virker i forskellige produktions- eller distributionsled. Der kan f.eks. være tale om, at den ene virksomhed fremstiller et råmateriale, som den anden bruger som input, eller at den ene virksomhed er producent, den anden grossist og den tredje detailforhandler. Dette udelukker ikke, at en virksomhed kan være aktiv i mere end ét produktions- eller distributionsled.
- d) Aftalen eller den samordnede praksis skal vedrøre de betingelser, hvorpå aftaleparterne, dvs. leverandøren og køberen, »kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester«. Dette afspejler, at gruppefritagelsesforordningen tager sigte på at omfatte købs- og distributionsaftaler.



Der er her tale om aftaler, som vedrører betingelserne for køb, salg eller videresalg af varer eller tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og/eller betingelserne for køberens salg af de varer eller tjenesteydelser, hvori ovennævnte varer eller tjenesteydelser indgår. Både de varer eller tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og de varer eller tjenesteydelser, hvori de indgår, anses for at være aftalevarer eller aftaletjenesteydelser i henhold til gruppefritagelsesforordningen. Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på vertikale aftaler om alle varer og tjenesteydelser, både færdigprodukter og mellemprodukter. Den eneste undtagelse er automobilektoren, så længe den er omfattet af en særlig gruppefritagelse som gruppefritagelsen i Kommissionens forordning (EF) nr. 1400/2002 af 31. juli 2002 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis inden for motorkøretøjsbranchen (16) eller efterfølgende forordninger. Køberen kan videresælge de leverede varer eller tjenesteydelser eller bruge dem som input i sin egen produktion.

...

## 2.2 Vertikale aftaler mellem konkurrenter

- 27) Gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, udelukker udtrykkeligt »vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder« fra sit anvendelsesområde. Vertikale aftaler mellem konkurrenter er, for så vidt angår virkningerne af en eventuel ulovlig samordning, omfattet af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler (17), men aftalernes vertikale aspekter skal vurderes efter nærværende retningslinjer. I gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra c), defineres en konkurrerende virksomhed som en »faktisk eller potentiel konkurrent«. Hvis to virksomheder er aktive på det samme produktmarked, betragtes de som konkurrenter. En virksomhed betragtes som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed i tilfælde af en mindre, men varig stigning i de relative priser inden for et kort tidsrum på normalt ikke over et år ville foretage de nødvendige ekstra investeringer eller afholde de andre omkostninger, der måtte være nødvendige, for at gå ind på det relevante marked, som den anden virksomhed operer på, hvis aftalen ikke havde fandtes. Denne vurdering skal foretages på et realistisk grundlag; en rent teoretisk mulighed for at træde ind på markedet er ikke tilstrækkelig (18). En distributør, der giver en producent specifikationer til fremstilling af bestemte varer under distributørens mærke, er ikke at betragte som en producent af de varer, der sælges under distributørens mærke.
- 28) Gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, indeholder to undtagelser fra den generelle regel om, at vertikale aftaler mellem konkurrenter ikke er omfattet af gruppefritagelsen. Disse undtagelser drejer sig om aftaler, der ikke er gensidige. Ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsen, hvis a) leverandøren er producent og distributør, mens køberen alene er distributør og ikke er en konkurrent i produktionsleddet, eller b) leverandøren er en tjenesteyder, der opererer i flere omsætningsled, mens køberen opererer i detailleddet og ikke en konkurrent i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesteydelserne. Den første undtagelse drejer sig om situationer, hvor der er tale om parallel distribution, dvs. at producenten af bestemte produkter også optræder som forhandler af dem og dermed som konkurrent til selvstændige forhandlere af de pågældende produkter. Ved parallel distribution anses

den potentielle indvirkning på konkurrenceforholdet mellem producenten og forhandleren i detailledet normalt for at være mindre end den virkning, som den vertikale leveringsaftale potentielt kan have på konkurrencen i produktions- eller detailledet. Den anden undtagelse omfatter tilsvarende tilfælde af parallel distribution, men i dette tilfælde er der tale om tjenesteydelser, hvor leverandøren også leverer tjenesteydelser i samme omsætningsled som køberen.”

I Europa-Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01) hedder det bl.a.:

”1. *Indledning*

1.1. *Formål og anvendelsesområde*

...

12. Aftaler, der indgås mellem virksomheder i forskellige produktions- eller distributionsled, dvs. vertikale aftaler, behandles principielt i Kommissionens forordning (EU) 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 («gruppiefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger») og i retningslinjerne for vertikale begrænsninger. I det omfang vertikale aftaler, f.eks. distributionsaftaler, indgås mellem konkurrenter, kan de få de samme virkninger på markedet og skabe de samme konkurrencemæssige problemer som horisontale aftaler. Vertikale aftaler mellem konkurrenter falder derfor ind under disse retningslinjer (11). Hvis det også er nødvendigt at vurdere sådanne aftaler i henhold til gruppiefritagelsesforordningen vertikale aftaler og retningslinjerne for vertikale begrænsninger, vil det blive udtrykkeligt fastsat i det relevante kapitel i disse retningslinjer. Når der ikke findes en sådan henvisning, gælder disse retningslinjer kun for vertikale aftaler mellem konkurrenter.

...”

I note 11 til disse retningslinjer hedder det:

”Dette gælder ikke, når konkurrenter indgår en ikke-gensidig vertikal aftale, og (i) udbyderen er producent og distributør af produkter, mens aftageren er distributør og ikke er konkurrent i produktionsledet, eller (ii) udbyderen leverer tjenesteydelser i forskellige omsætningsled, mens aftageren leverer sine varer og tjenester i detailledet og ikke er konkurrent i det omsætningsled, hvor aftaletjenesterne købes. Sådanne aftaler vurderes udelukkende på grundlag af gruppiefritagelsesforordningen og retningslinjerne for vertikale begrænsninger (se artikel 2, stk. 4, i gruppiefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger).”

I retningslinjerne (2011/C 11/01) hedder det herudover bl.a.:

”2. *Generelle principper for den konkurrencemæssige vurdering af informationsudveksling*

2.1. Definition og anvendelsesområde

...

*Samordnet praksis*

60. Informationsudveksling kan kun behandles efter artikel 101, hvis den medfører eller indgår i en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder. Eksistensen af en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder foregriber ikke spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis omfatter begrebet samordnet praksis en form for koordinering mellem virksomheder, hvorved disse ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde. De kriterier for samordning og samarbejde, der ligger til grund for begrebet samordnet praksis, og som langt fra kræver, at der udarbejdes en egentlig »plan«, skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrenceregler, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked, og de vilkår, han vil tilbyde sin kundekreds.
61. Dette udelukker ikke virksomhedernes ret til rationelt at tilpasse sig deres konkurrenters eksisterende eller forventede adfærd. Det udelukker imidlertid enhver direkte eller indirekte kontakt mellem konkurrenter, der har til formål eller til følge at skabe konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dets omfang. Det udelukker enhver direkte eller indirekte kontakt mellem konkurrenter, der har til formål eller til følge at påvirke en faktisk eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller at oplyse en sådan konkurrent om, hvilken adfærd de selv har besluttet eller overvejer at udøve, og derved letter den hemmelige samordning på markedet. Informationsudveksling kan derfor udgøre en samordnet praksis, hvis den mindsker den strategiske usikkerhed på markedet og derved letter hemmelig samordning, dvs. hvis de udvekslede oplysninger har strategisk betydning. Udveksling af strategiske oplysninger mellem konkurrenter skal derfor betragtes som samordning, fordi den gør konkurrenternes adfærd på markedet mindre uafhængig og mindsker deres incitament til at konkurrere.
62. I en situation, hvor det kun er en enkelt virksomhed, der giver strategiske oplysninger til sin(e) konkurrent(er), som accepterer dem, kan også udgøre en samordnet praksis. Videregivelse af sådanne strategiske oplysninger kan f.eks. ske gennem kontakter pr. brev, e-mail, telefonsamtaler, møder osv. Det er i så fald irrelevant, om det kun er en enkelt virksomhed, som ensidigt underretter sine konkurrenter om sin planlagte markedsadfærd, eller om alle deltagende virksomheder underretter hinanden om deres respektive overvejelser og planer. Når en enkelt virksomhed giver sine konkurrenter strategiske oplysninger om sin fremtidige forretningspolitik, vil det mindske den strategiske usikkerhed med hensyn til, hvordan markedet vil fungere i fremtiden for alle involverede konkurrenter, og øge risikoen for en begrænsning af konkurrencen og for

hemmelig samordning. F.eks. vil alene deltagelse i et møde, hvor en virksomhed underretter konkurrenterne om sine planlagte priser sandsynligvis være omfattet af artikel 101, selv om der ikke foreligger en udtrykkelig aftale om prisforhøjelser. Når en virksomhed modtager strategiske oplysninger fra en konkurrent (hvad enten det sker på et møde, pr. brev eller elektronisk), formodes den at have accepteret oplysningerne og tilpasset sin markedsadfærd efter dem, medmindre den svarer klart, at den ikke ønsker at modtage sådanne oplysninger.

63. Når en virksomhed ensidigt udsender en bekendtgørelse der også reelt er offentlig, f.eks. gennem en avis, er der normalt ikke tale om en samordnet praksis som omhandlet i artikel 101. Afhængigt af de forhold, der kendetegner den pågældende sag, kan muligheden for, at det vil blive fastslået, at der foreligger en samordnet praksis, dog ikke udelukkes, f.eks. i en situation, hvor en sådan bekendtgørelse følges op af offentlige bekendtgørelser fra andre konkurrenter, ikke mindst fordi konkurrenters strategiske reaktioner på de øvrige virksomheders offentlige bekendtgørelser (hvor de, for at benytte et eksempel, tilpasser deres tidligere oplysninger efter konkurrenternes) kan vise sig at være en strategi for at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne.

...

## 2.2. *Vurdering efter artikel 101, stk. 1*

...

### 2.2.2. *Konkurrencebegrænsende formål*

72. Enhver udveksling af oplysninger med det formål at begrænse konkurrencen på markedet vil blive anset for at have et konkurrencebegrænsende formål. Når Kommissionen skal vurdere, om informationsudveksling har konkurrencebegrænsende formål, vil den være særlig opmærksom på den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår. I denne forbindelse vil den tage hensyn til, om informationsudvekslingen er af en sådan art, at den vil kunne medføre en konkurrencebegrænsning.
73. Det er især sandsynligt, at virksomhedernes udveksling af oplysninger om deres planlagte fremtidige adfærd vedrørende priser eller mængder fører til hemmelig samordning. Hvis konkurrenter underretter hinanden om sådanne planer, kan de få mulighed for at opnå et højere fælles prisniveau uden at risikere at miste markedsandele eller udløse en priskrig under tilpasningen til de nye priser (se eksempel 1, punkt 105). Det er også mindre sandsynligt, at informationsudveksling, der vedrører fremtidige intentioner sker for at fremme konkurrencen, end udveksling af faktiske oplysninger.
74. Udveksling af individualiserede oplysninger mellem konkurrenter vedrørende planlagte fremtidige priser eller mængder må derfor anses for at have konkurrencebegrænsende formål. Desuden vil konkurrenters private udveksling af individualiserede oplysninger om deres planlagte fremtidige priser eller mængder normalt blive betragtet som karteller og medføre bøder, fordi den generelt har til formål at fastsætte priser eller mængder. Informationsudveksling, der udgør karteller, indebærer en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, men det er desuden højst usandsynligt, at de opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.”

## **Parternes argumenter**

Axel Kaufmann har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet navnlig anført, at informationsudvekslingen er i overensstemmelse med konkurrencereglerne, idet den enten er omfattet af den vertikale gruppefritagelse eller – de horisontale elementer til trods – ikke har haft til formål at begrænse konkurrencen.

### *Den vertikale vinkel*

Informationsudvekslingen mellem Hugo Boss og Kaufmann fandt sted for at pleje det vertikale forhandler-/leverandørforhold og for at styrke interbrand-konkurrencen mellem Hugo Boss og de øvrige mærker på detailmarkedet for beklædningsgenstande. Informationsudvekslingen havde derfor konkurrencefremmende virkninger.

Hugo Boss' dual distributions-setup medførte, at informationsudvekslingen potentielt også kunne have konkurrencebegrænsende virkninger. Årsagen hertil er, at Hugo Boss' tilstedeværelse på detailmarkedet indebar, at informationsudvekslingen i en vis forstand også var horisontal, og at den derfor potentielt kunne påvirke intrabrand-konkurrencen om salg af Hugo Boss produkter på detailmarkedet for beklædningsgenstande.

Det fremgår dog af artikel 2, stk. 4, i den vertikale gruppefritagelsesforordning, at dual distribution er omfattet af gruppefritagelsen. I Kommissionens vertikale retningslinjer er det om baggrunden herfor anført, at den horisontale relation mellem parterne normalt har mindre betydning ved dual distribution. Årsagen hertil er bl.a., at leverandøren og forhandleren ved dual distribution – i modsætning til to "normale" konkurrenter – har en sammenfaldende "vertikal" interesse i, at forhandleren profitabelt sælger flest muligt af leverandørens produkter, og at denne sammenfaldende vertikale interesse styrker interbrand-konkurrencen mellem leverandørens produkter og de øvrige produkter på markedet.

Alt andet lige er informationsudvekslingen mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann derfor gruppefritaget og uden videre lovlig. Samtidig er det dog i dag ikke endeligt afklaret, om en informationsudveksling, der også er horisontal, er omfattet af gruppefritagelsen.

### *Den horisontale vinkel*

Der gælder ifølge praksis et udgangspunkt om, at horisontal informationsudveksling om aktuelle eller nært forestående tilbudskampagner har til formål at begrænse konkurrencen. Axel Kaufmann

har fra sagens start været enig heri, og det kan – officialmaksimen til trods – derfor virke disproportionalt, at Konkurrencerådet anvender langt størstedelen af de ca. 100 sider i den indbragte afgørelse på netop at få opstillet og bekræftet udgangspunktet. Dertil kommer, at det store fokus, der i afgørelsen er lagt på at påvise udgangspunktet, fjerner fokus fra det centrale spørgsmål relateret til sagens horisontale vinkel.

Det centrale spørgsmål er, om et realitetstjek fører til, at udgangspunktet konkret må fraviges, fordi parternes ”målsætning” med informationsudvekslingen mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann og den ”retlige og økonomiske sammenhæng” viser, at der konkret ikke er belæg for, at konkurrencen led skade.

Det er Axel Kaufmanns standpunkt, at svaret på dette spørgsmål er ”ja” – og at det derfor vil være en fejl at stemple informationsudvekslingen i sagen som en formålsovertrædelse. Det er Axel Kaufmanns standpunkt, at det centrale problem med den indbragte afgørelse er, at Konkurrencerådet konkret har undladt at foretage et realitetstjek.

Axel Kaufmann er isoleret betragtet enig i, at informationsudveksling om aktuelle eller nært forestående tilbudskampagner alt andet lige er egnet til at begrænse konkurrencen, og at Konkurrencerådet derfor – i forhold til sagens horisontale vinkel – med rette er startet med et udgangspunkt om, at informationsudvekslingen mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann udgjorde en formålsovertrædelse. Det er dog væsentligt at holde sig for øje, at udgangspunktet ikke er nok. Det centrale spørgsmål i denne sag knytter sig til 2. trin i analysen, dvs. efterprøvelsen af, om parternes målsætning og den konkrete retlige og økonomiske sammenhæng sår tvivl om, hvorvidt den formodede konkurrencebegrænsning (der er identificeret på grundlag af en ren formel vurdering) har rod i den virkelige verden. Det er Kaufmanns standpunkt, at det ikke er tilfældet, og at 2. trin i analysen derfor fører til, at der ikke er belæg for at konstatere en formålsovertrædelse i denne sag.

For det første havde informationsudvekslingen konkurrencefremmende virkninger, idet Axel Kaufmanns adgang til en indsigt, der gav mulighed for at købe mere forretningsmæssigt rentabelt ind, førte til en styrkelse af interbrand-konkurrencen mellem Hugo Boss og de andre mærker på detailmarkedet. De konkurrencefremmende virkninger indebar, at informationsudvekslingen ikke uden videre kan kvalificeres som havende et konkurrencebegrænsende formål. Det er således nødvendigt at undersøge virkningerne, førend det er muligt at konkludere, om informationsudvekslingen samlet set fremmede eller begrænsede konkurrencen, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i Generics-dommen

(sag C-307/18) præmis 103-111 og Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sagen, punkt 157-165.

For det andet overgik Hugo Boss i den for sagen relevante periode til et dual distributions-setup. Praktikere overalt i EU har påpeget, at leverandørens dobbeltrolle skaber betydelig usikkerhed om grænserne mellem lovlig og ulovlig informationsudveksling. De samme praktikere plæderer med henvisning hertil for, at konkurrencemyndighederne i sager om informationsudveksling ved dual distribution ikke kan basere sig på forhåndsformodninger, men derimod konkret skal demonstrere/sandsynliggøre konkurrenceskadelige virkninger. Dét burde have fået Konkurrencerådet til at indse, at der her er behov for at grave dybere, og at det ikke er tilstrækkeligt blot at basere sig på spekulative – og ikke dokumenterede – antagelser om parternes målsætning med informationsudvekslingen. Konkurrencerådet burde have stillet sig selv følgende to spørgsmål: 1) Er der en plausibel vertikal – og ikke konkurrenceskadelig – forklaring på informationsudvekslingen? 2) Er der belæg for, at der også kan have været en horisontal målsætning med informationsudvekslingen, nemlig at mindske konkurrencen mellem Axel Kaufmanns og Hugo Boss' detailforretninger?

Informationsudvekslingen havde dokumenterbart rod i parternes vertikale samhandelsforhold. Der er intet belæg for, at parterne i tillæg hertil har haft en horisontal målsætning. Tværtimod har Axel Kaufmann påvist, at de informationer, der blev modtaget fra Hugo Boss, ikke var egnet til at have, og de facto ikke havde, indflydelse på Axel Kaufmanns prissætning eller adfærd på detailmarkedet i øvrigt. Med andre ord viser parternes målsætning og sagens økonomiske sammenhæng med al ønskelig tydelighed, at der konkret ikke er nogen grund til at tro, at informationsudvekslingen har skadet konkurrencen.

Axel Kaufmanns markedsandel er [REDACTED] på et muligt snævert afgrænset relevant detailmarked for beklædning i de storcentre, hvor Axel Kaufmann har butikker. Det må i lyset heraf – og henset til mængden af forskellige tøjmærker udbudt på det danske marked – anses for udelukket, at det er muligt at afgrænse et marked, hvor parterne har en markedsandel på over 10 pct. Som en følge heraf vil parternes informationsudveksling – hvis den ikke ”stemples” som en formålsovertrædelse – være omfattet af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7.

Det er på denne baggrund Axel Kaufmanns standpunkt, at afgørelsen skal ophæves, subsidiært at sagen hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Hugo Boss Nordic har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at der ikke er indgået en aftale eller en samordnet praksis med det formål at begrænse konkurrencen, at Hugo Boss og Hugo Boss' forhandlere ikke er konkurrenter, at kriterierne for en "til formåls" overtrædelse ikke er opfyldt, at der under alle omstændigheder alene er tale om enkeltstående eksempler på utilsigtet informationsudveksling – og ikke en strategi om at begrænse konkurrencen og at sagen ikke er fyldestgørende oplyst.

*Ingen aftale eller samordnet praksis om at begrænse konkurrencen*

Forholdet mellem Hugo Boss og forhandlerne er et vertikalt forhold. Hugo Boss er producent, mens Axel Kaufmann er forhandler. Sagens faktum gengiver begrænsede dele af den kommunikation, der var mellem Hugo Boss og forhandlerne igennem ca. fire år. Konteksten af hele korrespondancen omhandler Hugo Boss' salg af produkter, og forhandlerens indkøb af disse produkter. Formålet med korrespondancen er at pleje en vertikal aftale, herunder at fremme forhandlerens indkøb af Hugo Boss produkter med henblik på, at forhandleren sælger Hugo Boss produkter (styrke interbrand-konkurrencen). Der kan ikke konstateres et formål om at begrænse konkurrencen i noget marked.

Det er Konkurrencerådets ansvar og pligt at dokumentere, at den vertikale relation har haft et horisontalt formål. Konkurrencerådet har ikke løftet denne bevisbyrde. Tværtimod har sagens parter understøttet, at korrespondancen alene vedrører den vertikale relation. Sagens oplysningsgrundlag støtter heller ikke et synspunkt om, at korrespondancen har et horisontalt formål.

Sagens oplysningsgrundlag støtter, at Hugo Boss forsøger at øge sit salg til forhandlerne og til at styrke interbrand-konkurrencen.

Der er ikke tale om koordinering af markedsadfærd. Der er heller intet, der indikerer hverken et konkurrencebegrænsende formål eller følge. Såfremt der havde været et formål om at koordinere adfærd, ville informationsudvekslingen have været gensidig og omfattet betydeligt flere oplysninger om fremtidige forhold. Ikke mindst sker 70 pct. af salget i det ordinære salg. Der er ingen korrespondance om det ordinære salg i Konkurrencerådets afgørelse.

Sagen mellem Hugo Boss og forhandlerne er principiel, da den har betydning for, hvordan en producent kan kommunikere med sine forhandlere, når producenten gør brug af et parallelt distributionsnet. Der findes ikke retspraksis om denne situation, og hele området for parallel distribution er generelt ikke beskrevet fyldestgørende i teori og praksis. Det ligger dog fast, at parallel distribution



er anerkendt og foreneligt med konkurrencereglerne – og at der følgelig er et råderum for producent og forhandler til at kommunikere, idet denne kommunikation er gruppefritaget.

*Hugo Boss og Hugo Boss' forhandlere er ikke konkurrenter*

Forhandlerne af Hugo Boss' produkter er ikke Hugo Boss' konkurrenter. Forhandlerne er allierede samarbejdspartnere, der skal opfordres til at sælge så meget som muligt af Hugo Boss' kollektioner – og dermed mindre af de mærker, som Hugo Boss konkurrerer med. Dette har til formål at styrke interbrand-konkurrencen.

Dette udgangspunkt understøttes af det parallelle distributionssystem, som Hugo Boss gør brug af, og som efter fast teori og praksis er foreneligt med konkurrenceretten.

Korrespondancen og kommunikationen mellem Hugo Boss og Kaufmann skal sammenholdes med denne kontekst. Årsagen til Hugo Boss' kommunikation med forhandlerne beroede for det første på, at Hugo Boss ønskede at optimere sit salg til forhandlerne for på den måde at styrke sin position over for de andre producenter (konkurrenterne). For det andet beroede det på forhandlernes behov for at kunne foretage de rette indkøb. Sagens oplysningsgrundlag understøtter, at Hugo Boss og forhandlerne forsøgte at løse et problem i det vertikale samarbejde mellem dem. Oplysningsgrundlaget støtter ikke, at parterne forsøgte at koordinere adfærd.

For at løse et vertikalt problem aftalte parterne en procedure, der afspejler praksis om informationsudveksling mellem en producent og en forhandler. Informationsudvekslingen indeholdt ikke konkurrencefølsomme oplysninger, men indeholdt derimod ofte offentlige kendte oplysninger eller oplysninger som ikke udgjorde følsomme oplysninger. Hugo Boss' overvejelser bag løsningsmodellen var følgende:

De fremsendte oplysninger var generelle. De fremsendte oplysninger var ikke forretningshemmeligheder eller fortrolige. Hugo Boss' udsalgsstrategi i detailmarkedet er fuld transparent og udgør en kendt handelssædvane både for markedet og for kunderne, som Hugo Boss ingen interesse har i at lægge skjul på. De fremsendte oplysninger var offentligt kendte, da de blev fremsendt. Ofte var de fremsendte oplysninger en bekræftelse af igangværende kampagner. Oplysningerne var ikke egnet til at påvirke konkurrenceforholdene. De fremsendte oplysninger skete med henblik på at sikre en vedvarende samarbejdsrelation, der dels sikrede, at Hugo Boss' produkter blev solgt bredt i detailmarkedet, dels sikrede en effektiv konkurrence i detailmarkedet.

Formålet med fremsendelsen af oplysningerne var ikke at begrænse konkurrencen. Formålet for Hugo Boss var at sikre størst muligt salg af Hugo Boss' produkter i detailmarkederne samt at sikre dette på en måde, hvor intrabrand og interbrand-konkurrencen blev styrket. Fremgangsmåden gik derfor ikke videre, end hvad der var nødvendigt til opfyldelsen af målet.

Korrespondancen var ensidig. Hugo Boss har aldrig modtaget oplysninger om sine forhandlers forhold i detail-leddet, og Hugo Boss' detail-led har ikke efterspurgt denne information. Dette understreger både den vertikale relation og det beskrevne formål med dialogen. Korrespondancen var relateret til logistikforhold. Der var en praktisk begrundelse for, at forhandleren havde brug for oplysninger. Korrespondancen er begrænset og proportional. Alene enkeltstående oplysninger om nogle enkeltstående udsalg over en fireårig periode er blevet fremsendt.

Konkurrencerådets opfattelse af, at den beskrevne adfærd havde til formål at begrænse konkurrencen beror på ukendskab til markedet og markedsdynamikken. De anførte oplysninger har ingen betydning for konkurrencen i markedet og har ikke de konkurrencebegrænsende egenskaber, som Konkurrencerådet har anført uden at dokumentere eller substantivere denne vurdering.

Hugo Boss' retningslinjer for at fremsende oplysninger ligger inden for de hensyn, der blandt andet følger af Europa-Kommissionens horisontale retningslinjer om adgangen til lovligt at udveksle visse oplysninger, pkt. 57. Hugo Boss' retningslinjer følger også samme tilgang som accepteret af Konkurrencerådet i Konkurrencerådets afgørelser af 24. marts 2010 om Bestseller og af 23. oktober 2013 om Dagrofa. Udvekslingen af oplysningerne er dertil i overensstemmelse med udveksling af oplysninger i andre sager.

Hugo Boss har på den baggrund samlet set vurderet, at denne form for videregivelse af informationer ikke udgør videregivelse af forretningshemmeligheder eller fortrolig information. Derimod har der været tale om en proportional og nødvendig dialog med en forhandler med henblik på at sikre Hugo Boss' tilstedeværelse i alle salgskanaler, herunder til at understøtte det lovlige parallelle distributionssystem, som Hugo Boss har gjort brug af siden 2014.

*Kriterierne for en til formåls overtrædelse er ikke opfyldt*

Efter konkurrencelovens § 6 og artikel 101 i TEUF skal der sondres mellem aftaler, der har til formål og til følge at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet har i disse sager påstået, at mailkorrespondancerne havde til formål at begrænse konkurrencen. Udgangspunktet for en til formåls overtrædelse er, at det er evident, at konkurrencen er begrænset. Kun hvis det er evident, at konkurrencen er begrænset, kan det undlades at undersøge følgen af en påstået adfærd. Til formåls begrebet skal således i overensstemmelse med fast praksis fortolkes indskrænkende. Endvidere skal en påstået til formåls overtrædelse opfølges af et realitetstjek, der forholder sig til den retlige og økonomiske kontekst med henblik på at konstatere, om en helhedsvurdering understøtter, at formålet var at begrænse konkurrencen.

I relationen mellem Hugo Boss og forhandlerne er ingen af de to dele af testen opfyldt. Der er ikke udvekslet fortrolige oplysninger, og der er ingen dokumentation for, at udvekslingen har haft til formål at begrænse konkurrencen. Der er heller ikke dokumentation for, at informationsudvekslingen konkret har begrænset konkurrencen, eller at den har været egnet til at begrænse konkurrencen. Tværtimod følger det af sagens oplysningsgrundlag, at der ikke er dokumentation eller sandsynliggørelse for nogen form for konkurrencebegrænsning.

Der findes ingen relevant praksis, der understøtter, at relationen mellem Hugo Boss og forhandlerne havde til formål at begrænse konkurrencen. Der findes derimod relevant teori og praksis, der støtter, at adfærden ikke er problematisk i forhold til konkurrenceloven.

Samlet set er betingelserne for, at der foreligger en til formåls overtrædelse ikke opfyldt, og Konkurrencerådet har ikke påvist nogen effekt eller foretaget en undersøgelse heraf.

#### *Ingen strategi om at begrænse konkurrencen – oplysningerne var ikke forretningsfølsomme*

Sagens oplysningsgrundlag omhandler 12 mails mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann. Disse mails er sendt over en periode på fire år.

Konkurrencerådet har i duplikken oplyst, at henvisningen til nogle af disse mails alene havde til formål at belyse en relation mellem parterne – men ikke at belyse en overtrædelse. Duplikken må forstås sådan, at Konkurrencerådet mener, at kun ti af de 12 mails mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann indeholder oplysninger med et påstået konkurrencebegrænsende formål. I samme periode er udvekslet flere hundrede mails og mange telefonsamtaler mellem Hugo Boss og forhandlerne, og der har været betydeligt flere udsalg end de udsalg, som korrespondancen omhandler.

For flere af de anførte mailkorrespondancer er det åbenlyst, at der ikke er tale om fortrolige oplysninger. For enkelte af de nævnte mails skal der foretages en nærmere analyse af indholdet med afsæt i den retlige og økonomiske kontekst, herunder markeds- og brancheforholdene. Denne analyse viser, at oplysningerne ikke er fortrolige, selv om de pågældende mails ser omfattende ud.

Der er ikke grundlag for at anføre, at der på baggrund af 12 (ti) mails gennem en periode på fire år har været en strategi om at koordinere adfærd. Hvert år er der fire naturlige udsalg knyttet til sæsonskift. Dertil kommer de særlige begivenheder såsom fødselsdag, Black Friday etc. Heraf ses, at der ikke kan udledes en konklusion om, at Hugo Boss og forhandlerne over en fireårig periode har koordineret adfærd om udsalg. Det ligger tillige fast, at der ikke er koordineret adfærd i forhold til det almindelige salg.

Oplysningsgrundlaget understøtter alene nogle enkelte konkrete mails, der potentielt kunne vise sig at inkludere fortrolige oplysninger. En nærmere undersøgelse viser imidlertid, at oplysningerne ikke er følsomme.

Korrespondancen mellem Hugo Boss og forhandlerne skal analyseres og fortolkes i lyset af den retlige og økonomiske kontekst. Ud fra denne analyse er det mest sandsynlige, at korrespondancen er fremsendt som led i et vertikalt forhold, hvor Hugo Boss forsøger at optimere relationen til en forhandler. Oplysningerne fremsendes i generel form, ofte ud fra offentliggjorte og kendte oplysninger og normalt enten lige før, samtidig med eller lige efter, at et udsalg er i gang. Konteksten af kommunikationen mellem Hugo Boss og forhandleren har meget tydeligt et vertikalt formål – og ikke et horisontalt formål. Konkurrencerådets blotte konstatering af, at der kan konstateres et horisontalt overlap, er ikke tilstrækkeligt til at konstatere en til formåls overtrædelse.

De fremsendte oplysninger var dermed i vidt omfang generiske, offentligt kendte eller helt uden betydning for konkurrencen i markedet. Oplysningerne kunne ikke anvendes til at begrænse konkurrencen, men de kunne anvendes til at understøtte den vertikale relation.

#### *Konkurrencerådets afgørelse hviler på et ufuldstændigt oplysningsgrundlag*

Det påhviler Konkurrencerådet at oplyse sagen fyldestgørende til at kunne dokumentere den påståede overtrædelse. Denne forpligtelse skærpes, når der meddeles et påbud, herunder et påbud, der også kan føre til en alvorlig strafferetlig sanktion.

Konkurrencerådet har ikke oplyst sagen fyldestgørende. Herunder har Konkurrencerådet forsømt at undersøge, hvordan markedet fungerer, samt hvordan aktørerne i markedet vertikalt samarbejder. Ligeledes har Konkurrencerådet ikke undersøgt betydningen af, at Hugo Boss anvender et parallelt distributionssystem, hvor der alt andet lige vil være en vis informationsstrøm mellem en producent og en forhandler.

Oplysningsforpligtelsen påhviler Konkurrencerådet. Konkurrencerådet kan ikke lægge vægt på, at parterne ikke har fremlagt dokumentation for, at der ikke er tale om en overtrædelse. Det er Konkurrencerådet, der skal dokumentere den påståede lovovertrædelse – det er ikke parterne, der skal dokumentere, at loven ikke er overtrådt.

Konkurrencerådet har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at Konkurrencerådet med rette har fundet, at Hugo Boss og Axel Kaufmann har indgået en samordnet praksis om informationsudveksling af priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1. Konkurrencerådet påbød i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, med rette Hugo Boss og Axel Kaufmann at bringe overtrædelsen til ophør, såfremt dette ikke allerede var sket, og fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge.

Den samordnede praksis var horisontal, idet de udvekslede oplysninger om priser, rabatter og mængder vedrørte Hugo Boss' strategi og adfærd på detailmarkedet for salg af beklædningsgenstande, hvor både Hugo Boss og Axel Kaufmann var aktuelle konkurrenter.

Fremtidige og individualiserede oplysninger om priser, rabatter og mængder mellem konkurrenter anses generelt for strategiske, og informationsudveksling om sådanne oplysninger anses generelt for i sig selv at være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen og har derfor til formål at begrænse konkurrencen.

De konkrete udvekslede oplysninger om priser, rabatter og mængder mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann var strategiske, fremtidige og individualiserede. Den konkrete informationsudveksling var i sig selv tilstrækkelig skadelig for konkurrencen og havde derfor til formål at begrænse konkurrencen.

Analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den samordnede praksis om informationsudveksling indgår, drager ikke tvivl om det konkurrencebegrænsende formål med den samordnede praksis, men understøtter tværtimod dens skadelige karakter.

*Den samordnede praksis er horisontal*

Hugo Boss og Axel Kaufmann indgår både i en vertikal og en horisontal relation. Konkurrencerådet har derfor forholdt sig til, om den samordnede praksis mellem parterne skete inden for rammerne af deres vertikale eller horisontale relation.

Informationsudvekslingen i sagen gik ud på, at Hugo Boss udvekslede strategiske oplysninger om sine fremtidige priser, rabatter og mængder mv. til Axel Kaufmann. Det var vel at mærke priser, rabatter og mængder, som Hugo Boss ville bruge ved sit eget fremtidige salg af Hugo Boss-produkter til slutkunder på detailmarkedet – hvor parterne var konkurrenter og havde en horisontal relation. Der var derimod ikke tale om oplysninger, som vedrørte parternes vertikale leveringsaftaler.

Axel Kaufmann har da også selv bekræftet, at der har været en informationsudveksling om priser mellem konkurrenter.

Det forhold, at Hugo Boss også har en vertikal relation med Axel Kaufmann, ændrer ikke på, at de er hinandens konkurrenter, når det kommer til detailsalg af beklædningsgenstande – og at de udvekslede oplysninger netop vedrørte Hugo Boss' detailsalg og dermed var relevante i parternes horisontale relation. Den vertikale relation ændrer heller ikke på, at Axel Kaufmann har modtaget konkurrencefølsomme oplysninger om deres konkurrents adfærd og strategi på detailmarkedet, som de ikke kan undgå direkte eller indirekte at tage hensyn til, herunder ved fastlæggelsen af deres egen adfærd og strategi på detailmarkedet. Dette bekræftes da også af Axel Kaufmann, som selv har anført, at det var "en sidegevinst ved informationsudvekslingen, at den synliggjorde Hugo Boss' konkurrerende aktiviteter".

Konkurrencerådet har på den baggrund vurderet, at genstanden for overtrædelsen i disse sager ikke er elementer i en vertikal aftale mellem parterne, men derimod en horisontal samordnet praksis mellem dem. Der er for Konkurrencerådet ingen tvivl om, at den samordnede praksis er horisontal, men rådet vil for en god ordens skyld forklare, hvorfor den samordnede praksis ikke er omfattet af den vertikale gruppefritagelse, sådan som klagerne har hævdet.

*Den samordnede praksis er ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse*

Det følger af artikel 2, stk. 4, i gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, at vertikale aftaler mellem konkurrenter som det klare udgangspunkt er udelukket fra gruppefritagelsens anvendelsesområde. Forordningens artikel 2, stk. 4, litra a), indeholder dog en undtagelse, hvorefter gruppefritagelsen alligevel finder anvendelse i tilfælde, hvor konkurrenter indgår i et parallelt distributionssystem og indgår en ”ikke-gensidig vertikal aftale”.

Gruppefritagelsen finder dermed kun anvendelse, hvis selve den konkrete aftale eller samordnede praksis mellem konkurrenter i et parallelt distributionssystem kan anses som en ikke-gensidig vertikal aftale/praksis i henhold til forordningen.

Forordningens artikel 1, stk. 1, opstiller to betingelser for, at en aftale eller samordnet praksis mellem virksomheder kan anses som vertikal. Der kræves for det første, at parterne i relation til den omhandlede aftale eller samordnede praksis skal virke i forskellige omsætningsled. Der kræves for det andet, at den omhandlede aftale eller samordnede praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne må købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenesteydelser. Denne betingelse indebærer, at en aftale dermed ikke automatisk anses som en vertikal aftale omfattet af gruppefritagelsen, blot fordi den er indgået mellem virksomheder, der (også) opererer i forskellige omsætningsled. Ifølge punkt 25 d) i Kommissionens vertikale retningslinjer afspejler betingelsen, at forordningens sigte er at fritage deciderede købs- og distributionsaftaler, dvs. ”aftaler som vedrører betingelserne for køb, salg eller videresalg af varer eller tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og/eller betingelserne for køberens salg af de varer eller tjenesteydelser, hvori ovennævnte varer eller tjenesteydelser indgår”. Det er også dette sigte, som den øvrige del af retningslinjerne tager udgangspunkt i og skal læses i lyset af.

Det er Konkurrencerådets klare vurdering, at den samordnede praksis mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann ikke opfylder betingelserne for at kunne anses som en vertikal praksis omfattet af gruppefritagelsen.

Den samordnede praksis i sagerne vedrører Hugo Boss’ informationsudveksling om de priser, rabatter, mængder mv., som Hugo Boss ville benytte ved sit eget fremtidige salg af Hugo Boss-produkter på detailmarkedet. I relation til den i sagerne omhandlede samordnede praksis virkede Hugo Boss og Axel Kaufmann dermed ikke i forskellige omsætningsled, men tværtimod som konkurrenter i samme omsætningsled.

Den samordnede praksis vedrører derudover ikke betingelserne for hverken Axel Kaufmanns eller Hugo Boss' salg af de varer, som Hugo Boss leverer til Axel Kaufmann – eller betingelserne for Axel Kaufmanns videresalg af disse varer. Den omhandler derimod Hugo Boss' udveksling af strategiske oplysninger om Hugo Boss' eget fremtidige salg af Hugo Boss-produkter til slutkunder på detailmarkedet – og dermed oplysninger som intet har at gøre med parternes vertikale leveringsaftaler eller betingelserne herfor.

Når en samordnet praksis ikke kan anses som vertikal, men derimod er horisontal, finder undtagelsen i forordningens artikel 2, stk. 4, litra a) – og dermed selve gruppefritagelsen – ikke anvendelse. Den horisontale samordnede praksis skal i stedet bedømmes efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1.

Konkurrencerådet fastholder af de ovenfor nævnte grunde, at den samordnede praksis i sagerne er horisontal.

#### *Den samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen*

Det væsentligste kriterium, for at afgøre om en aftale mv. kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, er, at aftalen i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Ved denne vurdering skal der tages hensyn til (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår. Ved vurderingen af den retlige og økonomiske sammenhæng tages der hensyn til, hvilke produkter der er tale om, og hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.

Det følger videre af fast retspraksis, at formålet med en aftale skal fastlægges ud fra objektive kriterier og er uafhængigt af, om parterne har haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen eller ej. For at en aftale mv. kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, må der foreligge pålidelige og solide erfaringer for, at det kan fastslås, at aftalen efter sin art er skadelig for konkurrencen.

EU-Domstolen har i sin praksis taget stilling til visse former for aftaler, hvor der netop foreligger sådanne pålidelige og solide erfaringer. Domstolen har bl.a. fastslået, at informationsudveksling af strategiske, individualiserede og fremtidige oplysninger om priser, rabatter og mængder generelt har



til formål at begrænse konkurrencen, fordi en sådan informationsudveksling i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Når Domstolen har fastslået dette, skyldes det dels, at priser og mængder generelt er de væsentligste konkurrenceparametre mellem virksomheder, dels at informationsudvekslingen mindsker den strategiske usikkerhed om konkurrentens forventelige adfærd på markedet og derfor har til formål at skabe konkurrencevilkår, der ikke svarer til de normale konkurrencevilkår. En sådan informationsudveksling skader derfor i sig selv konkurrencen og strider åbenlyst i mod hele grundtanken bag konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, som er, at enhver virksomhed selvstændigt og uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet.

Det følger af fast retspraksis, at når først det er fastslået, at en aftale mv. har til formål at begrænse konkurrencen, ophører den ikke med at blive anset som en sådan aftale, blot fordi den også måtte have alternative, lovlige formål. En aftale mv. kan dermed godt anses for at have et konkurrencebegrænsende formål i henhold til konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, selvom aftalen også måtte forfølge andre (muligt) lovlige formål.

#### *Indholdet af den samordnede praksis*

Hugo Boss har over perioder på ca. fire år sendt oplysninger til Axel Kaufmann om sine planlagte priser, rabatter og mængder i forbindelse med fremtidige udsalg i Hugo Boss' butikker. Konkurrencerådet har fundet, at disse oplysninger var strategiske, individualiserede og fremtidige.

Konkurrencerådet har i sin afgørelse af 24. juni 2020 vurderet, at de enkelte mailkorrespondancer, der er behandlet i rådets afgørelse, udgør én sammenhængende overtrædelse, og at mailkorrespondancerne samlet set dokumenterer denne overtrædelse og understøtter dens konkurrencebegrænsende karakter. Konkurrencerådet bemærker i den forbindelse, at det følger af fast retspraksis, at en overtrædelse af konkurrencereglerne kan foreligge ikke blot ved en enkeltstående handling, men også ved en række handlinger eller en sammenhængende adfærd, når handlingerne indgår i en samlet plan, fordi de har samme formål om at begrænse konkurrencen. Det er ligeledes fastslået i retspraksis, at hver enkelt af de fremlagte beviser for en overtrædelse ikke selvstændigt skal dokumentere hvert enkelt led i overtrædelsen – det er tilstrækkeligt, at de fremlagte beviser ud fra en samlet betragtning opfylder dette krav om at dokumentere overtrædelsen.

#### *Oplysningerne var strategiske*

Hugo Boss har i flere tilfælde sendt detaljerede lister med specifikke oplysninger om både priser, rabatter og mængder på specifikke varer, der ville blive sat på udsalg. Hugo Boss har også i flere tilfælde sendt mails med specifikke oplysninger om, hvilke rabatter Hugo Boss ville sætte sine kollektioner på udsalg med. Dette fremgår f.eks. af Hugo Boss' mail af 22. november 2016.

Hugo Boss har videre i flere tilfælde – både direkte og indirekte – sendt oplysninger om, hvilke varer/kollektioner Hugo Boss ikke ville reducere prisen på ved de pågældende udsalg og dermed sælge til fuld pris (med 0 pct. i rabat), og hvornår Hugo Boss ikke ville holde udsalg og dermed sælge alle sine varer til fuld pris.

Axel Kaufmann har som følge af informationsudvekslingen fået et detaljeret billede af Hugo Boss' fremtidige prissætning og udsalgsstrategi, herunder hvornår og med hvilke varer/kollektioner, priser/rabatter og i visse tilfælde mængder, Hugo Boss ville holde udsalg – og mindst lige så vigtigt hvornår og med hvilke varer/kollektioner Hugo Boss ikke ville holde udsalg.

Oplysninger om fremtidige priser, rabatter og mængder anses som nævnt generelt for at være strategiske oplysninger, og det er de også konkret i de omhandlede sager. Konkurrencen på markedet for detailsalg af beklædningsgenstande udspiller sig nemlig i særdeleshed på pris. Dette understreges også af Kaufmanns mail af 17. december 2016 til Hugo Boss. Som det ses af mailen, har Kaufmann oplevet, at kunderne er prisfølsomme og køber produkterne det sted, hvor de er billigst. Det bekræfter, at priser generelt er en væsentlig konkurrenceparameter på det omhandlede marked, og viser desuden, at dette også gælder konkret i intrabrand-konkurrencen mellem HUGO BOSS og forhandlerne. Når konkurrerende detailforhandlere – som i disse sager – sælger produkter fra samme tøjmærke, har forbrugerne nemlig alt andet lige nemmere ved at sammenligne forhandlernes priser, end hvis der havde været tale om forskellige tøjmærker.

Den samordnede praksis har således omfattet udveksling af oplysninger, som vedrørte væsentlige konkurrenceparametre både generelt på markedet og konkret mellem parterne. Konkurrencerådet har derfor fundet, at de udvekslede oplysninger var egnede til at fjerne eller væsentligt reducere Axel Kaufmanns strategiske usikkerhed om Hugo Boss' fremtidige prissætning og udsalgsstrategi på markedet og derfor var strategiske.

*Oplysningerne var individualiserede*

Konkurrencerådet har derudover fundet, at oplysningerne var tilstrækkeligt individualiserede og detaljerede til, at Kaufmann kunne identificere dem og bruge dem strategisk. Hugo Boss sendte oplysninger om specifikke priser, rabatter og mængder, og i flere tilfælde blev disse oplysninger sendt i detaljerede og omfattende lister. I de tilfælde, hvor Hugo Boss alene sendte oplysninger om specifikke rabatter, kunne Axel Kaufmann nemt identificere de priser, rabatterne vedrørte. Dels kendte de, som kunder hos Hugo Boss, de vejledende priser, Hugo Boss opererede med, dels kunne Axel Kaufmann gøre sig bekendt med dem i Hugo Boss' butikker og webshop.

I flere tilfælde oplyste Hugo Boss, hvilke specifikke varer de fremsendte priser, rabatter og mængder vedrørte. Axel Kaufmann havde qua deres rolle som kunde hos Hugo Boss også forudsætningerne for at vide, hvilke varer/kollektioner, de øvrige oplysninger om priser og rabatter vedrørte. Dette bekræftes bl.a. af Axel Kaufmanns egen identificering af kollektionerne i interne mails. Det bekræftes også af, at Axel Kaufmann netop har været i stand til at identificere overlappet af de varer, der var omfattet af informationsudvekslingen.

#### *Oplysningerne var fremtidige*

Konkurrencerådet har endvidere fundet, at oplysningerne var fremtidige. Det skyldes, at Hugo Boss i langt størstedelen af tilfældene udvekslede oplysningerne om priser, rabatter og mængder til Axel Kaufmann, før Hugo Boss afholdt de pågældende udsalgskampanjer. Det forhold, at der i enkelte af Hugo Boss' mails med fremtidige oplysninger også er sendt oplysninger om igangværende udsalg, ændrer ikke på den fremtidige karakter af de øvrige oplysninger i disse mails.

Konkurrencerådet bemærker i øvrigt, at oplysningerne om priser, rabatter og mængder efter rådets vurdering i langt størstedelen af tilfældene desuden blev udvekslet på tidspunkter, hvor Axel Kaufmann havde mulighed for at planlægge eller ændre deres eventuelle udsalg, herunder udsalgsvarer og udsalgspriser, under hensyntagen til oplysningerne.

Konkurrencerådet har på den baggrund fundet, at den samordnede praksis omfattede udveksling af strategiske, individualiserede og fremtidige oplysninger.

#### *Den samordnede praksis havde et konkurrencebegrænsende formål*

Konkurrencerådet har fundet, at formålet med den samordnede praksis objektivt set har været at begrænse konkurrencen. Informationsudvekslingen var egnet til at fjerne eller væsentligt reducere den strategiske usikkerhed, som Axel Kaufmann normalt ville skulle handle under ved fastlæggelsen af

deres adfærd på markedet. Denne usikkerhed vedrørte endda prissætningen og udsalgsstrategien hos en tæt konkurrent, idet informationsudvekslingen vedrørte Hugo Boss-produkter, som Axel Kaufmann også selv forhandlede.

En virksomhed, der har fået kendskab til sin konkurrents fremtidige priser, rabatter og mængder, opnår den konkurrencemæssige fordel, at virksomheden frit kan indrette sin egen fremtidige prisstrategi under hensyntagen til oplysningerne og dermed undgå at løbe samme risiko for at miste indtægter eller markedsandele, som hvis virksomheden ikke havde fået de pågældende oplysninger. Virksomheden får derudover en konkurrencemæssig fordel ved bedre at kunne vurdere det forventede konkurrencepres fra konkurrenten end ellers.

Axel Kaufmann kunne bruge oplysningerne i forhold til deres egen beslutning om at holde udsalg eller ej, og hvis de valgte at holde udsalg, kunne de også bruge oplysningerne til at vurdere, hvornår det ville være en fordel at holde udsalg, og hvilke priser, varer/kollektioner og mængder udsalgene med fordel skulle omfatte. Oplysningerne kunne også bruges til at imødekomme kunderne på anden måde, fx ved at give dem gratis varer med i købet.

De udvekslede oplysninger var nyttige for Axel Kaufmann og gav dem en konkurrencemæssig fordel, uanset hvad deres strategi måtte have været, før de modtog oplysningerne, og uanset om de også valgte selv at holde udsalg eller ej. Axel Kaufmann kunne således bruge oplysningerne til at vurdere, om de skulle holde fast i deres hidtidige pris- og udsalgsstrategi, eller om det ville være en fordel at ændre deres strategi eller adfærd, herunder ved fx at holde færre udsalg, sætte færre varer på udsalg, have lavere udsalgsrabatter eller i stedet give gratis varer med i købet til kunderne.

Den strategiske værdi af oplysningerne ændres ikke af, at der kun har været et mindre overlap mellem de varer, der var omfattet af Hugo Boss' udsalgskampagner, og de varer, som Axel Kaufmann solgte i sine fysiske butikker. Denne viden har netop i sig selv været nyttig for Axel Kaufmann, idet den satte Axel Kaufmann i stand til at konstatere, at Axel Kaufmann kun i begrænset omfang selv havde de pågældende varer til salg i sine fysiske butikker. Når Axel Kaufmann ikke (længere) havde de varer i butikkerne, som Hugo Boss satte på udsalg, fik Axel Kaufmann nemlig vished om, at Hugo Boss' udsalg ikke ville udgøre nogen større risiko for Axel Kaufmanns salg af Hugo Boss-produkter. Axel Kaufmann kunne derfor fastholde sine normalpriser uden samme risiko for kunde- og omsætningstab, som hvis Hugo Boss' udsalgskampagner havde omfattet varer, som Axel Kaufmann faktisk havde til salg i sine butikker.

Konkurrencerådet bemærker desuden, at Hugo Boss' udsalgskampagner ofte omfattede ikke-sæsonaktuelle varer, og at Axel Kaufmann løbende solgte ikke-sæsonaktuelle varer på sin outlet-webshop. Axel Kaufmann havde således også mulighed for at fastsætte sine priser på disse varer på webshoppen under hensyntagen til de modtagne oplysninger fra Hugo Boss.

Brugen af oplysningerne var desuden ikke begrænset til Axel Kaufmanns Hugo Boss-produkter. Oplysningerne kunne også påvirke Axel Kaufmanns adfærd i forhold til varer fra de øvrige tøjmærker, som de forhandlede. Axel Kaufmann kunne eksempelvis konstatere, at Hugo Boss stort set aldrig satte de såkaldte "NOS"-varer (dvs. bl.a. klassiske hvide og lyseblå skjorter) på udsalg. Dette gav Axel Kaufmann den vished, at Hugo Boss' udsalgskampagner dermed ikke ville lægge et konkurrencepres på Axel Kaufmanns salg af klassiske hvide og lyseblå skjorter fra hverken Hugo Boss-mærket eller de øvrige forhandlede tøjmærker.

Uden informationsudvekslingen havde Axel Kaufmann ikke haft denne nyttige viden om Hugo Boss' udsalgskampagner. De ville i så fald skulle have taget stilling til deres strategi og markedsadfærd på normale konkurrencevilkår, dvs. med den sædvanlige strategiske usikkerhed om deres konkurrenters forventelige adfærd på markedet. Alene denne usikkerhed om Hugo Boss' forventelige adfærd kunne have været nok til, at Axel Kaufmann havde handlet anderledes og fx selv havde holdt flere udsalgskampagner, brugt højere rabatter eller sat flere varer på udsalg end ellers – både i forhold til Hugo Boss-mærket og de øvrige forhandlede tøjmærker. Informationsudvekslingen gav dermed Axel Kaufmann en væsentlig konkurrencemæssig fordel. Dette bekræftes af Axel Kaufmann selv, der har anført, at det var "en sidegevinst ved informationsudvekslingen, at den synliggjorde Hugo Boss' konkurrerende aktiviteter".

Informationsudveksling mellem konkurrenter kan desuden – uanset at den kun er envejs – skabe en forståelse eller forventning mellem dem og derved muliggøre koordinering. Den virksomhed, der sender strategiske oplysninger til sin konkurrent, kan således have en forventning om, at konkurrenten vil indrette sig efter dem. Når Hugo Boss har sendt oplysninger til Axel Kaufmann, som reducerer deres usikkerhed om timing og indhold af Hugo Boss' udsalgskampagner, kan Hugo Boss samtidig have reduceret sin egen risiko for, at Axel Kaufmann ellers ville holde udsalg på andre tidspunkter og/eller på samme tidspunkter, men med andre varer/kollektioner end Hugo Boss' udsalgskampagner. Hugo Boss kan derved også have reduceret det konkurrencepres, som Hugo Boss ellers ville kunne have mødt fra Axel Kaufmann.

Konkurrencerådet har samlet vurderet, at den samordnede praksis havde til formål at skabe konkurrencevilkår, som ikke svarede til de normale konkurrencevilkår på markedet, og dermed havde til formål at begrænse konkurrencen.

*Den retlige og økonomiske sammenhæng understøtter det konkurrencebegrænsende formål*

Konkurrencerådet har fundet, at en vurdering af den retlige og økonomiske sammenhæng for den samordnede praksis understøtter dens konkurrencebegrænsende formål.

Den økonomiske sammenhæng viser bl.a., at der traditionelt har været to faste perioder for, hvornår forhandlerne holdt udsalg (vinter- og sommerudsalg), men at flere forhandlere – herunder Hugo Boss – de senere år har valgt at supplere de faste udsalgsperioder med løbende udsalgsdage/-kampanjer. Denne udvikling med flere og hyppigere udsalg har forventeligt ført til mere konkurrence mellem forhandlerne og lavere priser til gavn for forbrugerne. Det er Konkurrencerådets vurdering, at udviklingen har lagt et konkurrencemæssigt pres på Axel Kaufmann, og at den samordnede praksis har været egnet til at begrænse dette konkurrencepres. Dette bekræftes bl.a. af Axel Kaufmanns eget udsagn i mail af 30. november 2017 til Hugo Boss.

Den økonomiske sammenhæng viser derudover, at den samordnede praksis vedrørte en af de væsentligste konkurrenceparametre mellem parterne, og at parterne konkurrerede om de samme kunder. Den samordnede praksis vedrørte nemlig Hugo Boss-produkter, som både Hugo Boss og Axel Kaufmann sælger. Parterne konkurrerer om de samme kunder, og de konkurrerer i særdeleshed på pris. Når parternes informationsudveksling netop angår priser på Hugo Boss-produkter, understøtter den økonomiske sammenhæng, at den samordnede praksis var egnet til at begrænse konkurrencen.

Der foreligger derudover ingen retlige forhold eller regulering på markedet, der kan drage tvivl om den skadelige karakter af den samordnede praksis. Det forhold, at parterne indgår i et vertikalt kunde-/leverandørforhold med hinanden ændrer ikke på, at de samtidig er konkurrenter til hinanden, eller på at den samordnede praksis skete mellem dem som konkurrenter.

Der er efter Konkurrencerådets vurdering intet ved hverken markedets eller produkternes karakteristika eller de økonomiske og retlige forhold i øvrigt, som kan rejse tvivl om, at den samordnede praksis i sig selv var egnet til at begrænse konkurrencen. Den økonomiske sammenhæng understreger tværtimod den skadelige karakter af parternes samordnede praksis.

## **Resultat og begrundelse**

### *Sagens problemstillinger*

Sagen angår, om Hugo Boss Nordic ApS og Axel Kaufmann ApS har indgået en samordnet praksis i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved, at Hugo Boss har videregivet en række oplysninger til Axel Kaufmann. For Konkurrenceankenævnet angår sagen navnlig spørgsmålet, om der ved informationsudvekslingen er tale om en samordnet praksis og i så fald, om den samordnede praksis havde horisontal eller vertikal karakter, og om den samordnede praksis havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Sagen angår herudover, om Konkurrencerådet har oplyst sagen tilstrækkeligt.

Tre nævnsmedlemmer – Jan Schans Christensen, Birgitte Sloth og David Dreyer Lassen – udtaler:

### *Samordnet praksis*

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, forbyder virksomheder m.v. ”at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen”. Forbuddet gælder efter stk. 3 også for ”samordnet praksis mellem virksomheder”. Samordnet praksis omfatter en koordinering mellem virksomheder, hvor de ikke går så langt som til at indgå en aftale, men dog bevidst erstatter den konkurrence, der er forbundet med normal konkurrence, med samarbejde. Det forudsættes hertil, at der har været en eller anden form for kontakt mellem virksomhederne, f.eks. afholdelse af møder eller udveksling af information, og at der foreligger en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af og har årsagssammenhæng med samordningen.

Af korrespondancen mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann fremgår, at virksomhederne på mail og ved i hvert fald ét møde har udvekslet informationer om priser, rabatter og mængder samt orienteret internt herom. Oplysningerne, der blev udvekslet, var væsentligt mere detaljerede og konkrete end de oplysninger om kommende udsalg og rabatter, som var offentligt tilgængelige, herunder gennem reklamer. Udvekslingen af oplysningerne gjorde det muligt for Axel Kaufmann at tilrettelægge salget af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss således, at Axel Kaufmann ikke var i samtidig konkurrence med Hugo Boss’ eget salg af samme beklædningsgenstande, og dermed at undgå at skulle sætte de pågældende beklædningsgenstande på udsalg. Vi tiltræder derfor, at der var tale om strategiske oplysninger, og at der ved udvekslingen af de strategiske oplysninger var tale om en samordnet praksis mellem virksomhederne. Det forhold, at det kun var Hugo Boss, der videregav

oplysningerne til Axel Kaufmann og ikke omvendt, ændrer ikke herved, idet Axel Kaufmann må anses for at have accepteret oplysningerne og tilpasset sin markedsadfærd efter dem.

### *Horisontal karakter*

Det er ubestridt, at Hugo Boss og Axel Kaufmann har indgået i en vertikal såvel som horisontal relation, idet Hugo Boss er såvel producent som forhandler af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss, ligesom Axel Kaufmann er forhandler af samme beklædningsgenstande. Der er således tale om "dual distribution" eller parallel distribution. Det er herunder uomtvistet, at der – udover den informationsudveksling som er genstand for Konkurrencerådets afgørelse i sagen – har været en betydelig yderligere informationsudveksling mellem parterne, som ubestridt vedrørte parternes vertikale relation, dvs. bl.a. oplysninger angående Axel Kaufmanns videresalg af Hugo Boss' varer.

Informationsudvekslingen, der er genstand for Konkurrencerådets afgørelse, vedrørte imidlertid strategiske oplysninger om Hugo Boss' salg på detailmarkedet af varer af mærket Hugo Boss, og oplysningerne blev videregivet til Axel Kaufmann, der – ligesom Hugo Boss – solgte varer af mærket Hugo Boss. Oplysningerne, som blev fremsendt af Hugo Boss, var ikke af en art eller et indhold, der vedrørte Hugo Boss' producentvirksomhed. Oplysningerne angik derimod entydigt Hugo Boss' detailvirksomhed. Der var således ikke tale om sædvanlige oplysninger videregivet af en producent til en kunde i forbindelse med købs- eller distributionsaftaler angående videresalg af Hugo Boss' varer, men derimod om udveksling af oplysninger mellem konkurrenter.

Vi bemærker hertil, at der ved parallel distribution kan foregå kommunikation af strategisk karakter mellem en leverandør og en forhandler, som er både naturlig og nødvendig for at pleje det vertikale samarbejdsforhold. Dette forhold ændrer imidlertid ikke ved, at producentens oplysninger om priser, rabatter og mængder på de varer, som producenten selv sælger på detailmarkedet, har horisontal karakter.

Vi tiltræder på denne baggrund, at den samordnede praksis havde horisontal karakter.

Allerede fordi den samordnede praksis havde virkning mellem konkurrenter i samme omsætningsled og ikke vedrørte de betingelser, hvorpå parterne kunne købe, sælge eller videresælge beklædningsgenstandene fra Hugo Boss, er der ikke tale om en vertikal aftale, der er omfattet af gruppefritagelsen i Kommissionens forordning (EU) 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, jf. artikel 2, stk. 4, litra a, jf. artikel 1, stk. 1, litra a.

#### *Til formål at begrænse konkurrencen*

For at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål, skal der være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger, jf. Højesterets dom af 27. november 2019 (UfR 2020.524).

Den horisontale samordnede praksis vedrørte priserne, tidspunkterne og mængderne for fremtidige udsalg af nærmere specificerede beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss. Udveksling af individualiserede oplysninger mellem konkurrenter vedrørende planlagte fremtidige priser eller mængder anses efter fast konkurrenceretlig praksis som udgangspunkt for at begrænse konkurrencen.

Som nævnt omfattede den samordnede praksis ikke udveksling af sædvanlige oplysninger videregivet af en producent til en kunde i forbindelse med købs- eller distributionsaftaler angående videre salg af varer, og udvekslingen af oplysningerne gjorde det muligt for Axel Kaufmann at undgå at skulle sætte beklædningsgenstande på udsalg. Den retlige og økonomiske sammenhæng understøtter derfor, at den samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen.

Vi tiltræder på denne baggrund, at oplysningerne efter deres karakter var egnet til at koordinere virksomhedernes adfærd på markedet, og at der var tale om en samordnet praksis, der må anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen. Den samordnede praksis formindskede således den usikkerhed, der var på markedet ved prisfastsættelsen af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss til skade for konkurrencen, jf. også Domstolens dom af 19. marts 2015 i sag C-286/13 P, Dole Food Company m.fl., præmis 121-123 og 134.

#### *Sagsbehandlingsfejl*

Af bl.a. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13, Cartes Bancaires, fremgår det, at en aftales formål altid – i varierende grad – skal vurderes i lyset af den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgår i. Det følger samtidig af bl.a. EU-Domstolens domme af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba, og af 27. april 2017 i sag C-469/15 P, FSL, samt bl.a. af Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. december 2018 i sag nr. KL-10-2017, Team DS, at når parterne har indgået en til formål-aftale, kan konkurrencemyndighedernes analyse af den økonomiske og retlige

sammenhæng begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt. Det samme gælder en samordnet praksis, der må anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen. Endelig fremgår det af bl.a. EU-Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, Expedia, at når en aftale eller en samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, vil aftalen eller vedtagelsen efter sin art og uanset dens faktiske følger udgøre en mærkbar begrænsning af konkurrencen.

Vi finder, at det forhold, at Hugo Boss og Axel Kaufmann tillige – og hovedsageligt – har udvekslet oplysninger i forbindelse med parternes vertikale relation som producent henholdsvis forhandler, ikke har betydning for den vurdering af de konkurrenceskadelige virkninger, der skal foretages efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, jf. også Europa-Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 74.

Vi finder på denne baggrund, at Konkurrencerådet i denne sag har oplyst sagen fyldestgørende og foretaget en vurdering, som er tilstrækkelig for at fastslå informationsudvekslingens konkurrencebegrænsende formål, og at Konkurrencerådet herefter ikke har været forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse af konkurrencebegrænsningens mærkbarhed.

### *Konklusion*

Med disse bemærkninger, og eftersom det i øvrigt af Hugo Boss og Axel Kaufmann anførte ikke kan føre til et andet resultat, tiltræder vi, at Hugo Boss og Axel Kaufmann i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 3, jf. stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, har indgået en samordnet praksis om informationsudveksling af priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg.

Vi stemmer derfor for at stadfæste Konkurrencerådets afgørelse.

To nævnsmedlemmer – Palle Bo Madsen og Claus Berg – udtaler:

Konkurrencerådet har i sin afgørelse fundet, at den beskrevne informationsudveksling mellem parterne i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101 har haft til formål at begrænse intrabrand-konkurrencen mellem parterne. Der er af samme grund ikke foretaget nogen konkret effektanalyse. Betingelsen for, at en konkurrenceaktivitet kan siges at have konkurrencebegrænsning til formål, er, at der foreligger ”fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at

det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger”, jf. UfR 2020.524 H. Tilsvarende skal kriteriet ”til formål” ifølge EU-domstolspraksis fortolkes indskrænkende, hvor der savnes sikker retlig eller økonomisk erfaring for konkurrenceskader, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, Budapest Bank.

Det er ubestridt, at såkaldt parallel distribution, som der i den foreliggende sag er tale om, er kendetegnet ved at rumme såvel et vertikalt som et horisontalt element. Vi finder ikke, at disse elementer i situationen kan adskilles på en sådan måde, at en krænkelsesvurdering kan baseres alene på de horisontale elementer, idet en konkurrenceretlig vurdering må inddrage det dualistiske aspekt i samarbejdet, herunder betydningen af parternes vertikale relation set i forhold til konkurrencen på det relevante marked.

Den generelle erfaring med hensyn til konkurrenters informationsudveksling, som Konkurrencerådet henviser til, kan på konkurrencerettens nuværende stade efter vores opfattelse ikke med sikkerhed udstrækkes til at omfatte parallel distribution med såvel vertikale som horisontale elementer, hvor deltagerne sammen indgår i en bredere interbrand-konkurrence.

Medens en rent horisontal udveksling af konkurrencefølsom information mellem konkurrenter som det klare udgangspunkt vil være egnet til at skade konkurrencen og dermed have konkurrencebegrænsning til formål, kan en tilsvarende formodning ikke umiddelbart opstilles i alle tilfælde af parallel distribution, der primært baserer sig på en vertikal relation, hvor en vis strategikommunikation og -planlægning mellem leverandør og forhandler kan være både naturlig og nødvendig.

Vi finder på det foreliggende grundlag ikke, at den informationsudveksling, som i det foreliggende parallelle distributionssystem har fundet sted i leverandør/forhandler-forholdet, i sig selv – efter sin karakter og i den givne markedsmæssige sammenhæng – med tilstrækkelig sikkerhed kan konstateres at have haft et konkurrencebegrænsende formål. Dette gælder, uanset at der ikke måtte være opstillet vandtætte skotter mellem leverandørens roller på henholdsvis engrosmarkedet og detailmarkedet, hvorved informationsudvekslingen tillige har haft en vis horisontal karakter og konsekvens. Uanset at der kan konstateres en vis samordnet praksis, findes det således ikke fuldt tilstrækkeligt dokumenteret eller sandsynliggjort, at denne samordning har haft konkurrencebegrænsning til formål.

Vi finder på denne baggrund, at Konkurrencerådets analyse af samarbejdets indhold, dets tilsigtede formål samt den økonomiske og retlige sammenhæng, som det indgår i, ikke med den fornødne sikkerhed har godtgjort, at der foreligger en samordnet praksis med konkurrencebegrænsning til formål. Vi stemmer derfor for, at Konkurrencerådets afgørelse ophæves, og at sagerne hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

### **Herefter bestemmes**

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

Birgitte Sloth

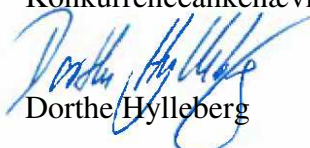
Claus Berg

David Dreyer Lassen

Jan Schans Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 23. juni 2021

  
Dorthe Hylleberg  
kontorfuldmægtig