



SØ- OG HANDELSRETTEEN DOM

afsagt den 21. oktober 2019

Sag BS-28571/2018-SHR

Mediacenter Danmark A/S

(advokat Erik Kjær-Hansen)

mod

Konkurrencerådet

(advokat Jacob Pinborg)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Mads Bundgaard Larsen samt de sagkyndige medlemmer Jon Iversen og Henrik Ballebye Okholm.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen, der er anlagt den 7. august 2018, vedrører en prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. juni 2018, hvorved Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2017 om, at Mediacenter Danmark A/S (herefter "Mediacenter Danmark") og MPE Distribution ApS (herefter

”MPE Distribution”) i strid med konkurrencelovens § 6 har indgået en horisontal aftale og samordnet praksis om kundedeling.

Sagsøgeren, Mediacenter Danmark, har principalt fremsat påstand om, at Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. juni 2018 i sag KL-8-2017, hvorved Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2017 i sag 16/03827 blev stadfæstet over for Mediacenter Danmark, ophæves, subsidiært, at Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. juni 2018 i sag KL-8-2017, hvorved Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2017 i sag 16/03827 blev stadfæstet over for Mediacenter Danmark, hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Sagsøgte, Konkurrencerådet, har fremsat påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2017 er sålydende:

”

1. RESUMÉ

1. Denne sag handler om en aftale mellem Mediacenter Danmark A/S (herefter MCD) og MPE Distribution ApS (herefter MPE Distribution) om kundedeling inden for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser (tryksager, herunder reklamer mv.) til slutkunder (annoncørerne).
2. MCD har tidligere (i 2011) været involveret i en sag om kundedeling, hvor fem mediebyureauer som led i et fælles indkøbssamarbejde havde indgået gensidige, skriftlige aftaler om ikke at konkurrere om hinandens kunder. Konkurrencerådet påbød de fem mediebyureauer, inklusive MCD, at ophæve aftalerne og at afstå fra fremover at indgå tilsvarende aftaler.¹
3. Kilden til sagen er en henvendelse fra indehaveren af MPE Distribution til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 30. januar 2015, som gav styrelsen en formodning om, at der var indgået konkurrencebegrænsende aftaler om kundedeling blandt en række mediebyureauer.
4. Styrelsen foretog på baggrund af henvendelsen en kontrolundersøgelse den 27. august 2015 hos de mediebyureauer, herunder MCD, der var involverede i den ovenfor nævnte sag fra 2011. De besøgte mediebyureauer er stadig en del af et fælles indkøbssamarbejde, en såkaldt konsolidatorordning, under MCD. En konsolidatorordning er et samarbejde mellem konkurrerende mediebyureauer, der går ud på at pulje mængden af slutkunders adresseløse forsendelser for derved at opnå en lavere pris for distributionen.
5. Bortset fra en aftale mellem MCD og MPE Distribution fandt styrelsen ikke dokumentation for, at de øvrige mediebyureauer i konsolidatorordningen havde været involveret i konkurrencebegrænsende aftaler om kundedeling. Af de

¹ Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011, *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*.

kontrolbesøgte virksomheder er det således kun MCD, der er omfattet af denne sag.

6. Det fremgår af sagens dokumenter, at MCD og MPE Distribution i en periode fra slutningen af 2013 til slutningen af 2014 havde en aftale om, hvilke kunder MPE Distribution måtte tage kontakt til. MPE Distribution måtte således ikke tage kontakt til MCDs kunder. Aftalen ophørte med udgangen af 2014.
7. Der er to store distributører i Danmark, der omdeler adresseløse forsendelser: PostNord Danmark (herefter Post Danmark) og FK Distribution A/S (herefter FK Distribution).
8. Post Danmark og FK Distribution leverer og sælger distributionsydelsen direkte til større slutkunder. Post Danmark sælger endvidere ydelsen til mediebyureauer, der videresælger den (distribution af adresseløse forsendelser) til mindre slutkunder. Slutkunderne er typisk virksomheder indenfor detailhandlen som fx supermarkeder, byggemarkeder og butikskæder.
9. Det er styrelsens opfattelse, at de slutkunder – dvs. annoncører – som køber distribution af adresseløse forsendelser, overordnet kan opdeles i to grupper. For det første de store annoncører, der typisk forhandler direkte med én af de to distributører, og for det andet mindre annoncører, der kan opnå en bedre pris ved at lade en konsolidator forhandle en samlet ”puljepris” med distributøren.
10. Styrelsen vurderer, at det relevante marked i sagen ikke er bredere end markedet for indkøb og afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i Danmark. Det kan stå åbent, om produktmarkedet er snævrere og kun omfatter indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore kunder, og om det geografiske marked er snævrere end nationalt, da det ikke har betydning for sagens udfald.
11. Styrelsen har i det indhentede materiale fundet dokumentation for, at MCD og MPE Distribution har aftalt kundedeling i relation til afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. Parternes adfærd har medført, at slutkundernes valgmuligheder for så vidt angår køb af distribution af adresseløse forsendelser i den relevante periode blev mindsket.
12. Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis om kundedeling er i modstrid med den grundtanke i konkurrencereglerne, hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, som vedkommende vil føre på markedet. Aftaler mv. om kundedeling er således omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, og anses normalt for at udgøre en alvorlig overtrædelse, der har til formål at begrænse konkurrencen.
13. Styrelsen vurderer, at MCD og MPE Distributions aftale og samordnede praksis om kundedeling udgør en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3.
14. Styrelsen vurderer endvidere, at parternes aftale hverken kan fritages forbuddet i konkurrencereglerne i medfør af en gruppefritagelse, jf. konkurrencelovens § 10, stk. 1, eller i medfør af en individuel fritagelse, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1.

2. AFGØRELSE

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

3. SAGSFREMSTILLING

3.1. INDLEDNING

18. Denne sag handler om et samarbejde om fælles indkøb og afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, mellem MCD og MPE Distribution i perioden ultimo 2013 til ultimo 2014.
19. Sagen udspringer af en henvendelse fra MPE Distribution, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtog den 30. januar 2015. Denne henvendelse gav styrelsen en formodning om, at der (igen) var indgået konkurrencebegrænsende aftaler om kundedeling blandt en række mediebureauer.
20. Konkurrencerådet har tidligere truffet afgørelse i en sag om kundedeling mellem mediebureauer. Det skete i en sag fra 2011,² hvor mediebureauerne MCD, Mediabroker, Carat, IUM og OMD som led i et fælles indkøbssamarbejde (en såkaldt konsolidatorordning) havde indgået skriftlige aftaler om ikke at konkurrere om hinandens kunder. Konkurrencerådet påbød de involverede bureauer at ophæve de konkurrencebegrænsende aftalevilkår og fremover at afstå fra tilsvarende aftaler, herunder at undlade at udveksle kundeoplysninger på en måde, der kunne muliggøre kundedeling. Parterne fremsendte efterfølgende bekræftelse på, at Konkurrencerådets påbud var efterkommet.
21. De pågældende mediebureauer var dengang og er stadig en del af en konsolidatorordning under MCD, der på vegne af de deltagende mediebureauer varetager forhandlingerne med Post Danmark om køb af distribution af adresseløse forsendelser til disse bureauers slutkunder.
22. Ved en konsolidatorordning forstås således en form for indkøbssamarbejde mellem konkurrerende mediebureauer, der går ud på at pulje mængden af slutkunders adresseløse forsendelser for derved at opnå en lavere pris for distributionen. De deltagende virksomheder i konsolidatorordningen fremstår dermed som én kunde over for distributøren.
23. På baggrund af henvendelsen fra MPE Distribution gennemførte styrelsen den 27. august 2015 en kontrolundersøgelse hos de mediebureauer, der var involveret i ovennævnte sag fra 2011, herunder MCD. Styrelsen fandt dog ikke dokumentation for, at de øvrige mediebureauer i konsolidatorordningen havde væ-

² Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011, *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*.

ret involveret i konkurrencebegrænsende aftaler. Af de besøgte virksomheder er det således kun MCD, der er omfattet af denne sag.

3.2. DE INVOLVEREDE VIRKSOMHEDER

24. I dette afsnit præsenteres de virksomheder, der er involveret i denne sag, dvs. MCD og MPE Distribution.

3.2.1.1. MCD

25. MCD er et helejet datterselskab under JP/Politikens hus. MCD tilbyder blandt andet afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder og rådgiver disse kunder om, hvordan deres markedsføring bedst muligt når frem til den ønskede målgruppe.
26. MCD havde i 2013 en samlet omsætning på [...] mio. kr., hvoraf [...] mio. kr. stammede fra afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. De tilsvarende tal for 2014 var henholdsvis [...] mio. kr. og [...] mio. kr.
27. MCD har en konsolidatoraftale med Post Danmark, der betyder, at virksomheden indkøber adresseløs distribution af Post Danmark på vegne af en lang række kunder, både egne kunder og andre mediebyråers kunder. MCD har derfor løbende dialog og forhandlinger med Post Danmark herom.
28. MCD står endvidere for viderefakturering af Post Danmarks betalingskrav til de virksomheder, der deltager i konsolidatorordningen.

3.2.1.2. MPE Distribution

29. MPE Distribution er en enkeltmandsvirksomhed, der tilbyder afsætning af adresseløse forsendelser til slutkunder samt rådgivning om slutkunders anvendelse af adresseløse forsendelser. MPE Distribution tilbyder yderligere formidling af trykkeriopgaver.
30. MPE Distribution havde [...] i 2013. I 2014 havde MPE Distribution en samlet omsætning på [...]. Hele omsætningen stammede fra afsætning af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder.
31. MPE Distribution havde i en periode fra ultimo 2013 til ultimo 2014 et samarbejde med MCD om afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. MPE Distribution samarbejder i dag med DistributionPLUS, der i lighed med MCD agerer som konsolidator i relation til indkøb og afsætning af adresseløse forsendelser.

3.3. MARKEDSBESKRIVELSE

32. Denne sag vedrører indkøb og afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.
33. Ved adresseløse forsendelser forstås tryksager, herunder tilbudsaviser, reklamer, vejvisere, telefonbøger og lokale, regionale og landsdækkende gratisaviser mv. Adresseløse forsendelser anvendes blandt andet af detailbutikker og -kæder til at markedsføre butikkernes produkter til alle husstande, der ikke har fra-bedt sig reklamer.
34. Der er to store distributører, der omdeler adresseløse forsendelser i Danmark: Post Danmark og FK Distribution. Post Danmark og FK Distribution sælger di-

strubutionen af adresseløse forsendelser til store slutkunder (fx Dansk Supermarked, Coop og Bauhaus). Post Danmark sælger endvidere ydelsen "på engros-niveau" til mediebyureauer. Mediebyureauerne videresælger distribution af adresseløse forsendelser til mindre slutkunder. Slutkunderne er typisk virksomheder indenfor detailhandlen som fx supermarkeder, byggemarkeder og butikskæder.

35. I perioden 2013-2014, hvor de involverede virksomheder havde indgået den i sagen omhandlede aftale, udgjorde den årlige omsætning af distribution af adresseløse forsendelser i værdi ca. 1,0 mia. kr. og i volumen ca. 2,6 mia. stk.
36. I 2014 stod de 20 største enkeltkunder for mere end 80 pct. af den samlede årlige mængde forsendelser. Kunderne i MCD's konsolidatorordning (der var den eneste konsolidatorordning for adresseløse forsendelser i 2014) havde i samme periode en samlet volumen på ca. 0,4 mia. stk., hvilket svarede til ca. 15 pct. af totalmængden.³

Konsolidering

37. Virksomheder, der – som de involverede virksomheder – videresælger distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore kunder uden selv at varetage distributionen, er typisk mediebyureauer og lignende virksomheder, der også tilbyder andre ydelser, såsom trykning af reklamer, rådgivning inden for markedsføring osv.
38. Virksomhederne går typisk sammen for at pulje mængden af deres småkunders adresseløse forsendelser. Virksomhederne opnår dermed lavere priser, som deres kunder formentlig ikke hver især ville kunne opnå ved direkte handel med én af de to distributører.
39. Muligheden for at kunne opnå en bedre pris ved at gå sammen i konsolidatorordninger stammer fra et tilsagn, som Post Danmark afgav til Konkurrencerådet i 2005. Tilsagnet blev givet for at fjerne nogle konkurrenceretlige betæneligheder ved Post Danmarks prisstruktur, således at den fremtidige prissætning blev baseret på mere objektive kriterier:⁴

"Ligebehandlingen sikres yderligere ved, at de samme kriterier, der gælder for koncerner med hensyn til kvantums- og frekvenstillæg udstrækkes til at gælde konkurrenter og indkøbsforeninger, når de opfylder tilsvarende forretningsbetingelser som gælder for koncerner. Post Danmark har således accepteret, at indkøbsforeninger såvel som konkurrenter har ret til at få uddelt adresseløse forsendelser efter de samme vilkår som andre storkunder. Styrelsen tillægger dette stor betydning." (Styrelsens understregning).⁵

40. Tilsagnet indebar således, at konsolidatorordninger, der er en form for indkøbsforeninger, fik ret til at få distribueret deres kunders adresseløse forsendelser

³ Kilde: Post Danmark og FK Distribution. (Omsætningen i værdi for deltagerne i konsolidatorordningen kendes ikke, men har skønsmæssigt ligget på ca. 100-150 mio. kr., svarende til 10-15 pct. af totalomsætningen).

⁴ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 23. februar 2005, *Post Danmarks fremtidige prissætning*. Tilsagnet blev gjort bindende til og med 31. december 2006. Ud fra det oplyste følger Post Danmark stadig det angivne tilsagn i dag.

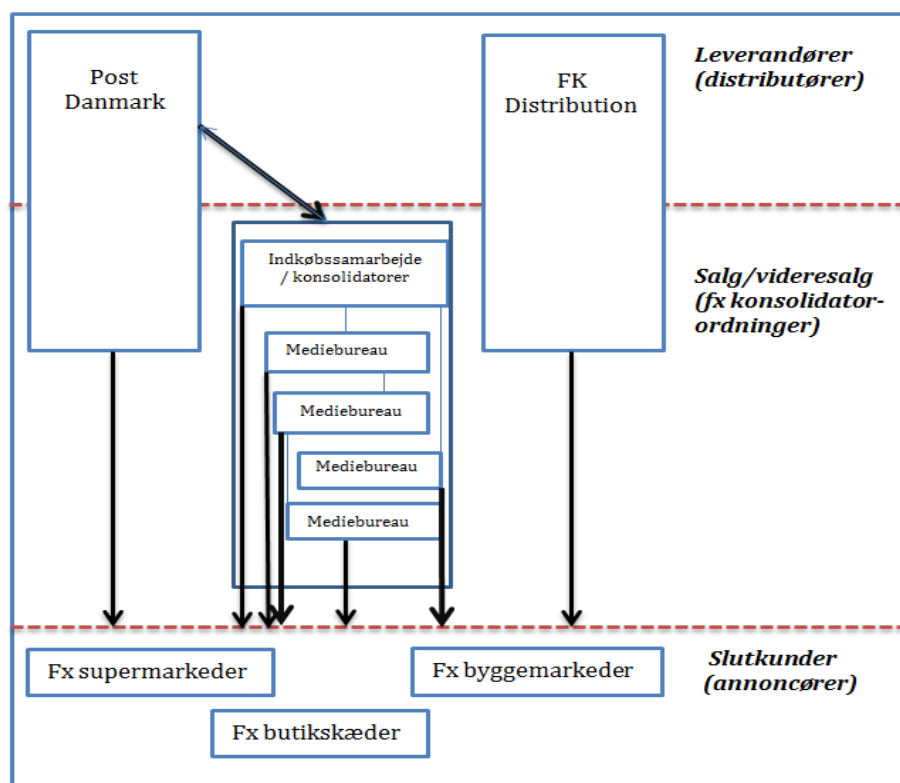
⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 23. februar 2005, *Post Danmarks fremtidige prissætning*, punkt 9.

hos Post Danmark på samme vilkår, som Post Danmark tilbød store enkeltkunder.

Salg og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser

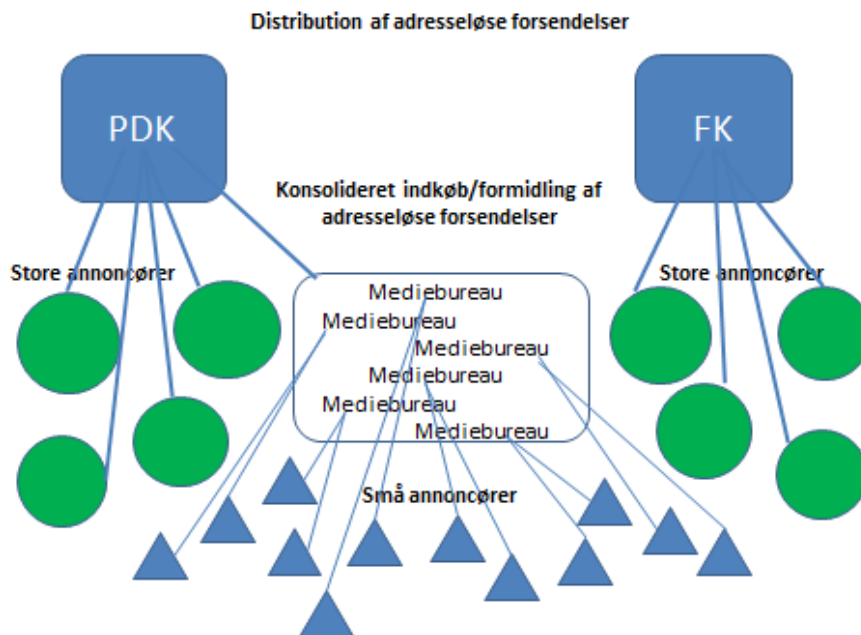
41. Omsætningsleddene for salg og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser er illustreret i nedenstående figur 1:

Figur 1: Afsætning af distribution af adresseløse forsendelser



42. Post Danmark og FK Distribution er således leverandører af ydelsen distribution af adresseløse forsendelser. De to virksomheder sælger denne tjenesteydelse direkte til store slutkunder/annoncører. Herudover sælger Post Danmark til videreforhandlere af ydelsen (som fx deltagerne i en konsolidatorordning eller andre videreforhandlere), der videresælger ydelsen til små og mellemstore slutkunder/annoncører.
43. MCD forhandler i sin egenskab af konsolidator betingelser, herunder pris for distribution af adresseløse forsendelser med Post Danmark. Forhandlingerne sker på vegne af egne kunder og på vegne af andre mediebureauers kunder, idet prisen forhandles på baggrund af kundernes samlede mængde. Det vil i princippet sige, at MCD og MPE Distribution direkte eller indirekte køber distributionen af Post Danmark og videresælger den til deres kunder.
44. Distributørerne og videreforhandlerne af distribution af adresseløse forsendelser sælger typisk til forskellige typer af slutkunder. Dette er illustreret i nedenstående figur 2:

Figur 2: Afsætning af distribution til forskellige kundegrupper



45. Post Danmark og FK Distribution sælger således typisk distribution til slutkunder med en stor volumen, dvs. kunder, som skal have omdelt et stort antal adresseløse forsendelser. Disse slutkunder er benævnt 'store annoncører' i figur 2.
46. I modsætning til FK Distribution sælger Post Danmark herudover distribution af adresseløse forsendelser til en række virksomheder, der videresælger distributionen til slutkunderne. Disse videresælgende virksomheder indgår typisk i en konsolidatorordning, hvor kundernes forsendelser puljes for at opnå en bedre pris. Konkret sker det ved, at Post Danmark alene forhandler en samlet pris med konsolidatoren.
47. Både konsolidatoren og de virksomheder, som deltager i ordningen, videresælger distribution af adresseløse forsendelser til egne slutkunder. Virksomhederne i konsolidatorordningen kan dog også videresælge distributionen til andre konkurrerende mediebureauer, som så igen videresælger distributionen til slutkunder. De slutkunder, der benytter sig af disse formidlingsvirksomheder som et mellemlid i forhold til distributøren, er typisk kunder med en mindre volumen, fx reklamer, der kun skal omdeles få gange om året og/eller kun i et begrænset geografisk område, og som derfor ikke kan opnå en tilstrækkelig god pris ved selv at forhandle direkte med distributøren. Disse kunder er benævnt 'små annoncører' i figur 2.
48. Langt hovedparten af de adresseløse forsendelser hidrører fra store annoncører, der køber distributionen direkte hos distributørerne. I den omhandlede periode dækkede de 20 største annoncører i Danmark således omkring 80 pct. af omsætningen på markedet for distribution af adresseløse forsendelser.⁶

3.4. DEN OMHANDLEDE ADFÆRD

49. Dette afsnit omfatter en overordnet beskrivelse af samarbejdsrelationen mellem MCD og MPE Distribution samt en mere uddybende gennemgang af det mate-

⁶ Kilde: Post Danmark og FK Distribution.

riale, der er genstand for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af dette samarbejde. Materialet dækker perioden fra ultimo 2013 til ultimo 2014.

50. Som anført i afsnit 3.1 modtog styrelsen en henvendelse den 30. januar 2015 fra indehaveren af MPE Distribution. MPE Distribution oplyste blandt andet om en sms-korrespondance mellem MPE Distribution og MCD, som umiddelbart gav anledning til betænkeligheder. Styrelsen aflagde derfor efter aftale med MPE Distribution et besøg hos virksomheden den 9. marts 2015 med henblik på data-sikring af denne sms-korrespondance.
51. Den 27. august 2015 foretog styrelsen kontrolundersøgelse hos en række medie-bureauer, herunder MCD.

3.4.1.1. Samarbejdsrelationen mellem MCD og MPE Distribution

52. MCD var i den relevante periode konsolidator i det indkøbssamarbejde, som stadig består af de mediebureauer, der etablerede ordningen, dvs. MCD, Dentsu Aegis/Carat, Mediabroker, IUM og OMD.
53. MPE Distribution indgik i november 2013 en samarbejdsaftale med MCD om fælles indkøb og afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Dette samarbejde gik ud på, at MCD tog MPE Distributions kunders efterspørgsel af adresseløse forsendelser med i forhandlingerne med Post Danmark. Derved øgedes den mængde, som var forhandlingsgrundlaget i MCDs prisforhandlinger med Post Danmark, uden at MPE distribution indgik som et egentligt medlem af konsolidatorordningen.⁷
54. Ifølge MCD fungerede MPE Distribution som en slags "forlænget arm" til at skaffe nye kunder til MCD. Det var med afsæt i Jylland, hvor MCD med et begrænset salgs set-up (1 sælger i direkte salg) ikke selv havde en tilstrækkelig kapacitet.⁸
55. MCD har yderligere oplyst, at samarbejdet fungerede sådan, at MPE Distribution fik en bruttopris hos MCD, og MPE Distribution forhandlede så selv en slutpris med slutkunden. MPE Distribution bar selv den økonomiske risiko i relation til de aftaler, virksomheden indgik med kunderne.⁹ Ifølge MCD var den økonomiske risiko i praksis alene forankret i afregningsforholdet mellem MPE Distribution¹⁰ og slutkunden (debitorrisiko).¹¹
56. Efter det oplyste varede samarbejdet mellem MCD og MPE Distribution fra slutningen af 2013¹² til udgangen af 2014, idet MPE Distribution valgte ikke at forlænge aftalen med MCD for 2015.
57. De foreliggende dokumenter vedrørende samarbejdsaftalen mellem MPE Distribution og MCD dækker perioden november 2013 til december 2014.¹³

3.4.1.2. Den relevante adfærd

⁷ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016.

⁸ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016.

⁹ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016.

¹⁰ I MCDs tilføjelser i styrelsens referatet, står der MPD. Dette må forstås som MPE Distribution.

¹¹ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016.

¹² Mail fra MPE Distribution til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 30. januar 2015.

¹³ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

58. MCD har oplyst, at MCD og MPE Distribution løbende drøftede kundeemner og tilgang, og at MCD instruerede MPE Distribution i ikke at tage kontakt til kunder, der allerede var omfattet af aftaler med MCD.¹⁴
59. MCD har yderligere oplyst, at MPE Distribution bidrog med at skaffe nye kunder i det jyske område, hvor MPE Distribution havde sit netværk. MPE Distribution spurgte derfor løbende MCD, om konkrete kunder allerede havde en kunderelation til MCD. På den måde blev MPE Distribution oplyst om, hvilke kunder MPE Distribution måtte henvende sig til.¹⁵
60. MPE Distribution har i en mail af 30. januar 2015 til styrelsen¹⁶ anført følgende vedrørende håndteringen af kunder i relation til samarbejdet med MCD:

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

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

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

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

Jeg konfronterer min kontakt hos MCD med dette, og får blot at vide at det skal jeg ikke pille i. Til gengæld må jeg MEGET gerne tage nogle af kunderne fra DistributionPLUS, da de ifølge ham skaber en masse støj, da de bare byder på alt hvad de kommer i nærheden af og ikke kan styres.¹⁷

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

I oktober 2015¹⁸ får jeg pludselig et opkald fra MCD, som fortæller at min aftale for 2015 bliver justeret, så mine priser sættes op med godt 5 %. Det forstår jeg intet af, da jeg til fulde har levet op til den volumen der står i min nuværende aftale. Jeg får også at vide at jeg skal spørge om lov til at kontakte ALLE nye kundeemner.

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

61. MPE Distribution har oplyst, at størstedelen af kommunikationen med MCD foregik mundtligt ved telefonsamtaler.¹⁹ En del af kommunikationen mellem MCD

¹⁴ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016.

¹⁵ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016.

¹⁶ Jf. Mail fra MPE Distribution til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 30. januar 2015.

¹⁷ Styrelsens kontrolundersøgelse hos Carat viste, at Carat og DistributionPlus på daværende tidspunkt havde et tilsvarende indkøbssamarbejde.

¹⁸ Mailen er fra januar 2015, og der skulle rettelig stå 2014.

og MPE Distribution om MPE Distributions håndtering af bestemte kunder er dog foregået via sms. Disse sms-beskeder er gengivet i det følgende:²⁰

21. februar 2014

MPE: *Hej [...] jeg er ved at lave et tilbud til [...] håber ikke det er en du har ring lige til mig hvis det er en du har. [...]*

MCD: *Hej [...]. Jeg holder fri, er faktisk i sommerhus i Jylland - her er nu ik' så ringe endda :) [...] har vi allerede som kunde, og de har kørt gennem os de sidste 5 år.*

MPE: *Haha super jeg laver ikke en pris til ham go ferie*

MCD: *Tak. Jeg ringer til dig mandag.*

MPE: *Super*

¹⁹ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens referat af telefonsamtale med MPE Distribution af 3. februar 2015.

²⁰ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

21. februar 2014

MPE: Hej [...] jeg er ved at lave et tilbud til [...] håber ikke det er en du har ringe til mig hvis det er en du har. [...]

MCD: Hej [...]. Jeg holder fri, er faktisk i sommerhus i Jylland - her er nu ik' så ringe endda :) [...] har vi allerede som kunde, og de har kørt gennem os de sidste 5 år.

MPE: Haha super jeg laver ikke en pris til ham go ferie

MCD: Tak. Jeg ringer til dig mandag.

MPE: Super

25. februar 2014

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

MPE: Ok

MPE: Hvad med [...]log [...]

MCD: Angrib:)

MPE: Haha

MPE: [...]log [...]

MCD: [...] no go. [...], hvad er det?

MPE: Helse blad

MCD: Kender dem ikke

MPE: Ok

MPE: 4000000 mil om året den er ved fk kommer 8 gange om året [...]

MCD: Har jeg selv dialog med.

MPE: Ok

12. marts 2014

MPE: [...] må jeg nappe den

MCD: Nej, det er min.

MPE: Pis du har jo det hele hvad med den avis der hedder [...] og hvad med de svarkuverter der kommer fra [...]

MCD: Det er også mit:)

MPE: Nice

9. april 2014

MPE: Har du nogle boghandler ?

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

MPE: Jeg prøver

28. april 2014

MPE: [...] har du den

MCD: Jep

30. april 2014

MPE: [...] har du den

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

15. maj 2014

MPE: [...] har du den

MCD: Ja det har jeg.

MPE: Hm

17. juni 2014

MPE: [...] har du den

MPE: Hvordan er det nu med [...] har du den

MCD: [...] er min, og [...] har jeg dialog med omkring 2015.

MPE: Du sover ikke var

MCD: Ikke altid

MPE: Haha

18. juni 2014

MPE: [...] har du den Ålborg

MCD: Den har jeg ikke.

19. juni 2014

MPE: [...] har du den

MCD: Jep:) Har du styr på dine logoer

MPE: Haha

25. august 2014

MPE: [...] erhverv har du den?

MCD: Nej, angrib du bare den.

62. Det fremgår af korrespondancen ovenfor, at MPE Distribution løbende spørger MCD, om konkrete kunder "tilhører" MCD med henblik på at afstemme, hvilke kunder MPE må "angribe".
63. MCD og MPE Distribution har endvidere haft en korrespondance, hvor MPE Distribution blot nævner navnet på en kunde, som MCD så siger "ja", "nej" eller "angrib" til. Disse sms-beskeder er gengivet i det følgende:²¹

26. februar 2014

MPE: [...] og [...]

MCD: Ja til [...] og nej til [...]

4. marts 2014

MPE: [...]?[...]?[...]?

MCD: Nej nej nej

MPE: Hvad alle 3

MCD: Ja

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

MCD: Jeg kigger når jeg kommer på kontoret senere

MPE: Klasse

27. marts 2014

MCD: Hej [...]. Jeg har kun [...],[...],[...] og [...] kommune.

MPE: Verdensklasse jeg napper de sidste

²¹ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

31. marts 2014

MPE: [...]?

MCD: Angrib:)

MPE: Hvad med [...] og [...]

MCD: [...] er for store, men måske [...]

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

MCD: Nej

MPE: [...]

MCD: Dem har jeg dialog med - de er FK

MPE: Ok

64. Det fremgår tillige af denne korrespondance ovenfor, at MPE Distribution løbende afstemmer med MCD, hvilke kunder MPE må "angribe".
65. MPE Distribution har angivet, at en stor del af kommunikationen om kunderne er foregået mundtligt. En del af sms korrespondancen mellem parterne kan derfor fremstå indforstået, fordi korrespondancen kun omfatter den ene parts spørgsmål eller svar. Disse sms-beskeder er gengivet i det følgende:²²

15. november 2013

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

24. februar 2014

MCD: Prøv og giv dem her et kald – [...]

28. marts 2014

MPE: [...]? Har du den

10. april 2014

MPE: Har du nogle plantecenter jeg ikke må nape

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

11. april 2014

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

²² Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

21. maj 2014

MPE: [...]?

12. juni 2014

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

66. Herudover omfatter korrespondancen også et eksempel på, at MCD tilsyneladende har fået mistanke om, at MPE Distribution har givet et tilbud til én af MCD's kunder. Denne korrespondance er gengivet i det følgende:²³

29. oktober 2014

MCD: Hej min ven, Har du givet en pris til noget der hedder [...]?

MPE: Nej skal jeg det

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

MPE: Det er ikke mig er det en du har

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

MPE: Har du [...]

MCD: Jep

67. Det fremgår af den ovenstående sms-korrespondance, at MPE Distribution fik besked på, at [...] er en MCD-kunde, som MCD beder MPE om ikke at kontakte. Få dage efter giver MCD dog alligevel tilladelse til, at MPE Distribution må kontakte kunden. Denne besked er gengivet nedenfor:²⁴

5. november 2014

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

68. Det indhentede materiale omfatter endvidere en korrespondance, hvoraf det fremgår, at MCD angiver, at MPE Distribution bør sende medarbejderen i MCD penge for "svie og smerte":²⁵

10. november 2014

MPE: Har du [...]

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

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

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

²³ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

²⁴ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

²⁵ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

69. MPE Distribution har i den forbindelse oplyst, at MCD-medarbejderens bemærkning om den ovenstående sms-korrespondance vedrørende [...] og "penge for svie og smerte" skyldtes, at MPE Distribution trods parternes aftale var kommet til at tage en af MCDs kunder.²⁶
70. Det indhentede materiale omfatter endelig en mail-korrespondance mellem MCD og MPE Distribution af 15.-16. maj 2014, hvor MPE Distribution giver et tip til MCD om at kontakte en bestemt kunde ([...]), som netop har afslået MPE Distributions tilbud:²⁷

15-16. maj 2014

[...]

MPE: *Måske du kan nappe den her ☺*

MCD: *Har du sagt til hende at jeg ringer? !/[...]*

MPE: *Nej*

3.5. HØRINGSSVAR

71. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte den 30. marts 2017 en klagepunktsmeddelelse i høring hos MCD og MPE Distribution.
72. MPE har ikke ønsket at afgive høringssvar. MCD har afgivet høringssvar den 22. maj 2017.
73. MCD's bemærkninger i høringssvaret angår bl.a. enkelte processuelle spørgsmål, som styrelsen har besvaret i et særskilt svar til MCD.
74. MCD har i høringssvaret i det hele henholdt sig til virksomhedens tidligere fremførte bemærkninger. MCD har herudover anført konkrete bemærkninger til styrelsens vurdering af aftaleforholdet. Disse bemærkninger kan kort sammenfattes til følgende:
- Aftalen har ikke til formål eller følge at begrænse konkurrencen efter konkurrencelovens § 6.
 - Aftalen kan fritages i medfør af den vertikale gruppefritagelsesforordning.
 - Aftalen kan individuelt fritages efter konkurrencelovens § 8.
75. MCD's bemærkninger samt styrelsens kommentarer hertil er indarbejdet i de relevante vurderingsafsnit nedenfor.
76. MCD har endelig anført i høringssvaret, at MCD's aftale med MPE Distribution ingen sammenhæng har med sagen om mediebyureauers kundedeling i 2011. MCD har således tilkendegivet, at:

"2011-sagen angik aftaler om et indkøbssamarbejde mellem en række mediebyureauer, mens der i denne sag – MCD's aftale med MPE – ikke er nogen medieby-

²⁶ Jf. Mail fra MPE Distribution til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 3. februar 2015.

²⁷ Jf. Mailkorrespondance mellem MCD og MPE Distribution af 15.-16. maj 2014.

reauser involveret. Her er der alene tale om et samarbejde mellem MCD og MPE, som ikke er med i konsolidator-ordningen, som ikke var part i 2011-sagen, og som ikke er et mediebureau. MPE består af én person, der forhandler MCD's distributionsydelse, som MCD indkøber hos PostNord som led i MCD's engros-virksomhed. Dette i modsætning til eksempelvis Carat, som er et stort internationalt mediebureau. MPE fungerer i forhold til MCD som en sælger, der er lokalt kendt og forankret i Jylland, hvor MCD er svagt repræsenteret med blot én sælger. Der er derfor ingen sammenhæng til 2011-sagen.

Der er således intet grundlag for styrelsens antagelse i punkt 3 [punkt 3 i klagepunktmeddelelsens resumé er nu punkt 2 i resuméet] om, at "begge aftaleforhold er en del af et samlet sagskompleks". Det er derfor uforeneligt med det forvaltningsretlige saglighedskrav og loyal sagsoplysning, at styrelsen ikke behandler sagerne hver for sig og uden 2011-sagen som bærende afsæt for indstilling til afgørelse."

77. Styrelsen bemærker hertil, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution er en ny sag. Dette forhold kommer bl.a. til udtryk i indstillingen til afgørelse. Indstillingen vedrører således en selvstændig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 fremfor en overtrædelse af dét påbud, som MCD blev pålagt i 2011-sagen (om at ophæve aftalerne om kundedeling og fremover at afstå fra at indgå tilsvarende aftaler).
78. Referencen i klagepunktmeddelelsens resumé til 2011-sagen er således ikke udtryk for, at 2011-sagen er fremhævet som det "bærende afsæt for indstilling til afgørelse". Referencen tjener primært som forklaring på, hvorfor der blev aflagt kontrolbesøg hos hele kredsen af mediebureauer, der var involveret i den daværende sag.

4. VURDERING

4.1. MARKEDSAFGRÆNSNING

80. For at vurdere, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens²⁸ § 6, kan det være nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det er dog ikke nødvendigt med en endelig afgrænsning, medmindre det uden en sådan ikke er muligt at afgøre, om aftalen m.v. kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og/eller har til formål eller til følge mærkbart at begrænse konkurrencen.²⁹
81. Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Formålet med at afgrænse et marked både som produktmarked og som geografisk marked er at konstatere hvilke aktuelle konkurrenter, der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.³⁰
82. Det følger af konkurrencelovens § 5a og Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, at udgangspunktet for markedsafgrænsningen er en analyse af efterspørgsels- og udbudssubstitution.³¹ I de følgende afsnit vil det relevante produktmarked og geografiske marked blive undersøgt.

²⁸ LBK nr. 869 af 8. juli 2015 ("konkurrenceloven").

²⁹ Jf. Rettens dom af 25. oktober 2005 i sag T-38/02, *Groupe Danone mod Kommissionen*, præmis 99 og den deri citerede praksis.

³⁰ Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (1997/C 372/03) ("markedsafgrænsningsmeddelelsen"), punkt 2.

4.1.1. Det relevante produktmarked

83. I dette afsnit undersøges det relevante produktmarked.
84. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.³²
85. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende aftale, samordnede praksis eller vedtagelse vedrører. Dernæst afgrænses hvilke øvrige produkter eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed.

4.1.1.1. Salg og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser

86. Afsætning af distribution af adresseløse forsendelser sker både i form af direkte salg fra distributørerne til slutkunderne (annoncørerne) og i form af videresalg fra mediebureauerne til annoncørerne.
87. Aftalerne i denne sag vedrører fælles indkøb samt videresalg af tjenesteydelsen "distribution af adresseløse forsendelser" til slutkunder(annoncører). Afgrænsningen af produktmarkedet foretages derfor med udgangspunkt i denne ydelse.
88. Det skal herefter undersøges, om produktmarkedet skal afgrænses bredere til at omfatte distribution af andre typer af tryksager, eller om markedet skal afgrænses mere snævert i relation til kunder eller særlige typer af adresseløse forsendelser.
89. Der foreligger en fast dansk og EU-praksis for, at distribution af adresseløse forsendelser og distribution af adresserede forsendelser ikke tilhører samme produktmarked. Det skyldes sammenfattende, at de to produkter ikke anses for indbyrdes substituerbare, hverken med hensyn til egenskaber, pris eller anvendelsesformål.³³
90. Det fremgår eksempelvis af Kommissionens afgørelse i fusionen mellem Posten A/B og Post Danmark AS, at:

*"The market investigation confirms both the distinctions considered by the Commission in previous cases (domestic and international, international inbound/international outbound, standard/express, business mail/mail for private customers), and the additional distinction suggested by the Parties (addressed/unaddressed)."*³⁴

91. Det fremgår heraf, at Kommissionens markedsundersøgelse i sagen bekræftede sondringen i tidligere sager mellem distribution af adresserede og adresseløse forsendelser. Det følger endvidere af afgørelsen, at Kommissionen bl.a. på denne baggrund afgrænsede markedet for distribution af grænseoverskridende adresseret post fra andre typer af distribution af post, og herunder bl.a. adresseløse forsendelser, jf. pkt. 26 i afgørelsen.

³¹ Jf. markedsafgrænsningsmeddelelsen, punkt 13, 1. pkt.

³² Jf. markedsafgrænsningsmeddelelsen, punkt 7.

³³ Jf. fx Kommissionens beslutning af 21. april 2009 i sag Comp/M.5152, *Posten AB / Post Danmark A/S*, Kommissionens beslutning af 4. juli 2012 i sag Comp/M.6503, *La Poste/ Swiss Post/ JV*, Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2007, *Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks priser og vilkår for magasinpost* og Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, *Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling*.

³⁴ Kommissionens beslutning af 21. april 2009 i sag Comp/M.5152 – *Posten A/B / Post Danmark AS*, punkt 17.

92. Konkurrencerådet har senest i en afgørelse af 25. maj 2011 om "MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser" undersøgt markedet for adresseløse forsendelser. Konkurrencerådet fandt, at:

"... det relevante marked i nærværende sag ikke kan være bredere end det tidligere afgrænsede marked for distribution af adresseløse forsendelser."

93. De oplysninger, styrelsen er i besiddelse af om de forskellige segmenter inden for distribution af postforsendelser giver ikke grundlag for at fravige den tidligere praksis, hvor distribution af adresseløse forsendelser er afgrænset som et separat marked. Der er heller ikke i forbindelse med sagen fremkommet oplysninger, der giver anledning til en ændret vurdering. Det efterspurgte og udbudte produkt i relation til denne sag er dermed som udgangspunkt "distribution af adresseløse forsendelser".
94. Som nævnt i afsnit 3.3 sælges dette produkt imidlertid via to forskellige kanaler, der som udgangspunkt retter sig mod hver sin kundegruppe. For det første distributørens direkte salg af ydelsen til primært store kunder, og for det andet mediebureauernes videresalg af ydelsen til små og mellemstore kunder. De i sagen involverede virksomheder tilhører sidstnævnte kategori.
95. Styrelsen har derfor undersøgt, om der kan afgrænses et særskilt marked for indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore virksomheder,³⁵ jf. i det følgende:

4.1.1.2. Efterspørgselssubstitution

96. Kommissionen har behandlet spørgsmålet, om distributørers og konsolidatorers salg og videresalg af en distributionsydelse foregår på samme produktmarked. Det skete i en fusionssag fra 2001, hvor Kommissionen afgjorde, at de involverede parter (distributører og konsolidatorer) befandt sig på samme marked. Kommissionen lagde i sin vurdering af sagen vægt på, at det er afgørende for kunderne, om virksomhederne tilbyder ydelsen til en ensartet kvalitet og til en konkurrencedygtig pris.³⁶
97. I Mediebureau-sagen fra 2011 blev det i overensstemmelse med Kommissionens afgørelse tillagt vægt, at slutkunderne efterspurgte distribution af adresseløse forsendelser fra både distributører, MCD-konsolidatorordningen og full service mediebyureauerne. På den baggrund var konklusionen, at mediebyureauerne/konsolidatorerne agerede på samme omsætningsled og i konkurrence med distributøerne.³⁷
98. De oplysninger, som styrelsen i dag har om kunderne, viser imidlertid, at kunderne overordnet set kan opdeles i to segmenter. For det første de storkunder, som på grund af deres mængde af forsendelser er i stand til at opnå en konkurrencedygtig pris gennem en direkte aftale med distributøren, og for det andet de små og mellemstore kunder, som kun vil kunne opnå en konkurrencedygtig pris ved at blive "puljet" med andre småkunder.

³⁵ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, punkt 43.

³⁶ Kommissionens beslutning af 13. marts 2001 i sag COMP/M.1915, *The Post Office/TPG/SPPL*, punkt 70 og 76.

³⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011 - *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*.

99. Selv om slutkunderne (annoncørerne) efterspørger den samme fysiske tjenesteydelse, nemlig distributionen af deres adresseløse forsendelser, er der store forskelle på deres karakteristika. I den ene ende af skalaen findes der nogle store annoncører, der efterspørger omdeling af 100-200 millioner adresseløse forsendelser om året. I den anden ende af skalaen findes der en lang række små annoncører, hvis efterspørgsel angår en langt mere begrænset mængde adresseløse forsendelser.
100. Den pris, som slutkunderne skal betale distributøren for at få distribueret deres reklamer og tilbudsaviser mv., afhænger i høj grad af det antal forsendelser, de skal have omdelt.
101. En annoncør med en stor årlig volumen vil derfor typisk indgå 2-3-årige aftaler direkte med én af de to distributører, dvs. Post Danmark og FK Distribution. Disse relativt få, men meget store annoncører er særligt vigtige for distributørerne, jf. at de som nævnt dækker en meget stor del af distributørernes omsætning ved distribution af adresseløse forsendelser. Annoncører med en stor volumen indebærer stordriftsfordele og omkostningsbesparelser for distributørerne, der bl.a. betyder, at distributørerne kan planlægge distributionen et halvt til et helt år frem i tiden, og disse annoncører er derfor også i stand til at forhandle sig frem til en favorabel pris for distributionen.
102. Mindre annoncører med relativt små mængder vil derimod ikke kunne opnå samme mængderabat hos distributørerne. De har derfor en fordel ved at indgå aftale med et mediebyureau eller en tilsvarende afsætningskanal, der kan pulje annoncørens forsendelser med andre små annoncører og derigennem opnå en bedre pris hos distributøren. Dertil kommer, at disse "videresælgende" virksomheder typisk har en anden hovedaktivitet, fx medierådgivning, som kunden benytter sig af, og at salg af distribution af adresseløse forsendelser dermed ofte sker i tilknytning hertil.
103. Det er styrelsens umiddelbare vurdering, at ved en lille, varig stigning i storannoncørens pris for distribution hos fx Post Danmark vil storannoncøren være motiveret til at skifte til Post Danmarks konkurrent, FK Distribution og vice versa, for derigennem at holde omkostningerne til distributionen så langt nede som muligt. Derimod er det usandsynligt, at det vil være rentabelt for sådanne storkunder at indkøbe distributionen via et mediebyureau eller tilsvarende afsætningskanal mellemlid på de vilkår, som en lille annoncør køber til – heller ikke selv om denne afsætningskanal deltager i en konsolideringsordning. Dertil kommer, at hvis distributøren hæver prisen over for de store annoncører, vil de antageligvis foretage en tilsvarende prisstigning over for konsolidatorerne.
104. Tilsvarende er det usandsynligt, at en lille annoncør, der mødes med en lille, varig prisstigning hos et mediebyureau mv., vil skifte til direkte handel med distributøren, da det netop er muligheden for at pulje den lille mængde med andre småannoncørers mængde, der giver en prismæssig fordel for den lille annoncør. Der skal derfor være tale om en relativt stor prisstigning, før det vil være rentabelt for annoncører med små volumener at overgå til direkte køb hos distributøren.
105. Dette kunne tale for, at der efterspørgsmæssigt ikke er direkte substitution mellem de afsætningskanaler, der benyttes af henholdsvis store og små annon-

cører, og at markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser derfor bør segmenteres yderligere efter kundegrupper.

4.1.1.3. Udbudssubstitution

106. I relation til udbudssubstitution kræves det, at virksomheder som reaktion på små varige ændringer i de relative priser omgående kan omstille deres produktion til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sigt, uden at det medfører betydelige omkostninger eller risici.
107. Udbudsmæssigt er der meget stor forskel på distributørerne og mediebureauerne: Distributørerne sælger deres distribution direkte til slutkunder og sælger endvidere denne ydelse "på engrosniveau" til mediebureauerne. Mediebureauerne udfører ikke selv ydelsen, men formidler den til egne kunder. Mediebureauerne dækker tillige kundernes efterspørgsel på trykkeriopgaver, rådgivning inden for markedsføring osv. Mediebureauerne vil antageligvis ikke uden betydelige omkostninger kunne omstille deres virksomhed til at varetage distributionsydelsen og dermed til at foretage direkte salg af ydelsen. Distributørerne vil derimod umiddelbart kunne sælge distributionen direkte til små og mellemstore kunder, men især med hensyn til levering af tilknyttede rådgivningsydelser mv. er det tvivlsomt, om distributørerne hurtigt vil kunne omstille sig til udgøre et acceptabelt alternativ for mediebureauernes kunder.
108. Dette kunne også tale for, at der i relation til denne sag kan afgrænses et særskilt "marked for videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører", idet distributørerne i forbindelse med deres direkte salg af distributionen henvender sig til en anden kundegruppe end mediebureauerne. Det vil sige, at distributører og mediebureauer ikke umiddelbart kan anses for at være i direkte konkurrence med hinanden, selv om de begge beskæftiger sig med salg af distribution.
109. Ganske vist findes der nogle af de mellemstore annoncører, for hvem det ikke er helt entydigt, hvorvidt de kan karakteriseres som en stor eller lille annoncør i denne sammenhæng. Men samlet set er det styrelsens vurdering, at markedet for distributørernes direkte salg af distributionen adskiller sig på en række væsentlige punkter fra markedet for indkøb og videresalg af distributionen, og at der dermed er mest, der taler for, at det relevante produktmarked i relation til den her omhandlede sag er *markedet for indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører*.
110. Denne sag vedrører imidlertid mulige konkurrencebegrænsende aftaler mv. om kundedeling, og sagens resultat vil derfor ikke påvirkes af, om produktmarkedet afgrænses bredt til det samlede marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser eller mere snævert til markedet for videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører. Styrelsen har derfor valgt at lade spørgsmålet stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.1.1.4. Delkonklusion

111. Det er styrelsens vurdering, at der i denne sag kan afgrænses et relevant produktmarked, der ikke er bredere end markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. Der er forhold, der indikerer, at markedet kan segmenteres efter kundegrupper i henholdsvis salg og videresalg af distribution af

adresseløse forsendelser. Styrelsen har dog valgt at lade spørgsmålet stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.1.2. Det relevante geografiske marked

112. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.³⁸
113. Ved afgrænsningen af det relevante marked kan der lægges vægt på parametre såsom nationale eller lokale præferencer, forbrugerpræferencer, kundernes købsmønstre, handelsstrømme/eksportmønstre, transportomkostninger, lovgivningsmæssige forhold m.v.³⁹

4.1.2.1. Afsætning af distribution af adresseløse forsendelser

114. Styrelsen tager i den følgende vurdering af det geografiske marked udgangspunkt i, at det relevante produktmarked i denne sag ikke er bredere end markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.
115. Både EU Kommissionen og Konkurrencerådet har i tidligere sager afgrænset et nationalt marked for distribution af adresseløse forsendelser (samt andre typer af postdistribution).⁴⁰ I fusions sagen mellem Posten AB og Post Danmark A/S fra 2009 angav Kommissionen således, at:

*"The Commission has consistently considered that the domestic mail markets, including inbound international delivery, irrespective of segmentation, are national in scope. The provision of mail services indeed relies upon the network of postal operators which are national in scope. Moreover, the regulatory constraints applied to postal operators are also national in scope."*⁴¹

116. Det fremgår heraf, at det har været Kommissionens faste praksis at afgrænse nationale markeder for distribution af (forskellige typer af) post. Det fremgår endvidere af sagen, pkt. 22-24, at Kommissionens markedsundersøgelse i sagen understøttede, at der kunne afgrænses nationale markeder for distribution af post, og herunder adresseløse forsendelser.
117. Kommissionen traf den 4. juli 2012 beslutning i sagen om fusionen mellem La Poste og Swiss Post.⁴² Kommissionen tog også i denne sag stilling til, om der kunne afgrænses et nationalt marked for distribution af post. Det fremgår i den forbindelse af punkt 27, at:

"The Commission has found in previous decisions that the market for mail delivery services is national in scope, irrespective of its precise segmentation. The Parties agree with this view which has likewise been confirmed by a substantial majority of competitors and customers in the market investigation."

³⁸ Jf. markedsafgrænsningsmeddelelsen, punkt 8.

³⁹ Jf. markedsafgrænsningsmeddelelsen, punkt 29 og 44-50.

⁴⁰ Se bl.a. Kommissionens beslutning af 21. april 2009 i sag Comp/M.5152, *Posten AB / Post Danmark A/S*, Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, *Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling*, Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004, *Forbruger Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling (predatory pricing)* og Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2006, *Stiftelse af joint venture mellem Post Danmark A/S og 365 Media Scandinavia A/S*.

⁴¹ Jf. Kommissionens beslutning af 21. april 2009 i sag Comp/M.5152, *Posten AB / Post Danmark A/S*, punkt 20.

⁴² Kommissionens beslutning af 4. juli 2012 i sag nr. COMP/M.6503, *La Poste/ Swiss Post/ JV*.

118. Kommissionen afgrænsede derfor et nationalt marked for distribution af de typer post, som sagen omfattede, jf. sagens pkt. 28.
119. Konkurrencerådet har i en række sager om det danske marked tilsvarende afgrænset et nationalt, dansk marked for distribution af post, herunder bl.a. i sager om adresseløse forsendelser.⁴³ Rådet har i den forbindelse bl.a. lagt vægt på, at de adresseløse forsendelser distribueres til husstande i Danmark, og at de største kunder på markedet, dvs. de kunder, der tegner sig for den største omsætning, efterspørger landsdækkende distribution af deres forsendelser
120. Senest har rådet i *Mediebureau-sagen* fra 2011 afgrænset det geografiske marked for distribution af adresseløse forsendelser til det danske marked.⁴⁴
121. Det er styrelsens vurdering, at salget og videresalget af distributionen følger det samme mønster, som er lagt til grund i den ovenfor nævnte praksis.
122. Ud fra et *efterspørgselssynspunkt* er det således fortsat distribution af adresseløse forsendelser til danske husstande, som kunderne efterspørger. Det betyder, at det er distributører placeret i Danmark, der står for distributionen (det kræver særlig tilladelse at beskæftige sig med erhvervsmæssig postbefordring i Danmark). Det er dermed også distributører, placeret i Danmark, der står for salget af distributionen til storkunder og til de mediebureauer og konsolidatorer, der står for videresalg af distributionen.
123. Der ses heller ikke at være noget, der taler for, at mediebureauers og konsolidatorers videresalg af distribution af adresseløse forsendelser foregår på et bredere geografisk marked. Tværtimod kan der hos mindre annoncører, som er den kundegruppe, de involverede virksomheder henvender sig til, være en særlig præference for at handle med en virksomhed beliggende i Danmark. Det skyldes bl.a. at denne kundegruppe ofte køber distributionen i tilknytning til andre ydelser, som fx rådgivning om markedsføring mv., hvor et dybdegående kendskab til det danske marked og til danske markedsføringsregler er nødvendigt.
124. MCD har givet udtryk for, at aftalen med MPE Distribution bl.a. havde til hensigt at skaffe nye kunder til MCD "med afsæt i det jyske, hvor MCD med begrænset salgs set-up (1 sælger i direkte salg) ikke havde en tilstrækkelig kapacitet".⁴⁵
125. Styrelsen har på den baggrund vurderet, om markedet eventuelt er snævrere end Danmark.
126. Styrelsen finder dog ikke umiddelbart, at det er tilfældet. Der ses således ikke ud fra et *efterspørgselssynspunkt* at være særlige pris- eller andre konkurrencemæssige forskelle mellem lokalområder, der kunne tale for en snævrere afgrænsning. Der er heller ingen indikationer for, at der er særlige, lokale købsmønstre, eller at det på anden måde er væsentligt for kunderne – selv ikke de mindre annoncører – at de virksomheder, som de køber distributionen af, er placeret i deres lokalområde.

⁴³ Se bl.a. Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, *ForbrugerKontakts klage over Post Danmarks misbrug af adresseløse forsendelser*, Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004, *Forbruger Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling (predatory pricing)*, punkt 211, samt Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2006, *Stiftelse af joint venture mellem Post Danmark A/S og 365 Media Scandinavia A/S*, punkt 235.

⁴⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011, *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*, punkt 269.

⁴⁵ Jf. referat fra møde med MCD den 22. juni 2016 om den fremsendte meddelelse om betænkeligheder.

127. Efterspørgselssubstitutionen indikerer således, at det relevante geografiske marked ikke er snævrere end Danmark.
128. Der ses heller ikke ud fra et *udbudsmæssigt synspunkt* at være transportmæssige problemer eller andre barrierer, herunder omkostningsmæssige barrierer, forbundet med at varetage afsætning af distributionen i hele Danmark.
129. Udbudssubstitutionen indikerer dermed også, at det relevante marked ikke er snævrere end Danmark. Styrelsen har ikke foretaget en nærmere analyse til afgrænsning af det relevante geografiske marked. Men på baggrund af de oplysninger, styrelsen er i besiddelse af om markedsstrukturer m.v., er det samlet set styrelsens vurdering, at der ikke er særlige forhold, der peger i retning af, at det geografiske marked er snævrere end nationalt.
130. Denne sag vedrører imidlertid mulige konkurrencebegrænsende aftaler mv. om kundedeling, og sagens resultat vil derfor ikke påvirkes af, om det geografiske marked afgrænses nationalt, eller om det afgrænses snævrere til at omfatte en række lokalt afgrænsede områder. Styrelsen har derfor valgt at lade spørgsmålet stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.1.2.2. Delkonklusion

131. Det er styrelsens vurdering, at der i relation til denne sag kan afgrænses et relevant geografisk marked, der ikke er bredere end Danmark. Det er endvidere styrelsens vurdering, at der ikke er grundlag for at afgrænse det geografiske marked snævrere end nationalt. Styrelsen har dog valgt at lade spørgsmålet om en evt. snævrere afgrænsning stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.1.3. Konklusion vedrørende markedsafgrænsning

132. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at der kan afgrænses følgende relevante marked i sagen:
 - afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i Danmark.
133. Hvorvidt produktmarkedet er snævrere og kun omfatter indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører, og hvorvidt det geografiske marked er snævrere end nationalt kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens udfald.

4.2. SAMHANDELSPÅVIRKNING

134. Det vurderes i dette afsnit, om den foreliggende aftale mellem MCD og MPE Distribution kan have en mærkbar virkning på samhandelen mellem medlemsstaterne i EU.
135. Efter forordning nr. 1/2003⁴⁶ skal det undersøges, om en eventuel konkurrencebegrænsende aftale mv. mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Hvis det er tilfældet, er styrelsen forpligtet til at anvende TEUF artikel 101.⁴⁷

⁴⁶ Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 ("forordning nr. 1/2003"). EF-traktatens artikel 81 og 82 er blevet til henholdsvis artikel 101 og 102 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF"). De to sæt bestemmelser er i det væsentlige identiske. I forordninger og meddelelser vedtaget inden 1. december 2009 skal henvisninger til EF-traktatens artikel 81 og 82 forstås som henvisninger til TEUF artikel 101 og 102.

⁴⁷ Jf. forordning nr. 1/2003, artikel 3, stk. 1, 1. pkt.

136. Udtrykket "samhandelen mellem medlemsstater" er neutralt. Det er ikke en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en aftale fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.⁴⁸
137. Ved vurdering af, om en aftale m.v. mærkbart kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater fremgår det af selve ordlyden af TEUF artikel 101 og Kommissionens samhandelsmeddelelse⁴⁹, at der især skal lægges vægt på følgende tre kriterier:
- Handelen mellem medlemsstater
 - Kan påvirkes
 - Mærkbart
138. Først og fremmest omfatter "handel" alle former for økonomisk aktivitet. Ifølge fast EU-praksis omfatter begrebet også aftaler m.v., der påvirker konkurrencestrukturen på markedet.⁵⁰ Også i de tilfælde, hvor det relevante geografiske marked er nationalt, kan kriteriet være opfyldt,⁵¹ men i så tilfælde kan det være nødvendigt at foretage en mere indgående undersøgelse af, om der er tale om "påvirkning af handelen mellem medlemsstater".⁵²
139. Kriteriet "*kan påvirke*" er opfyldt, når det "*på grund af samtlige objektive, retlige og faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øver indflydelse på samhandelen mellem medlemslandene*".⁵³ Internationale transaktioner vil således kunne påvirke handelen mellem medlemsstater. En aftale m.v., som vedrører import eller eksport til andre medlemsstater eller aktiviteter i flere medlemsstater, vil som regel uden videre blive anset for at påvirke handelen mellem medlemsstater.
140. Hvis en aftale m.v. omvendt kun vedrører det nationale marked eller en del heraf, finder EU's konkurrenceregler kun anvendelse, hvis aftalen hindrer adgangen til en betydelig andel af det nationale marked.⁵⁴ Aftalen skal således have markedsafskærmende virkninger eller på anden måde påvirke handelen mellem medlemsstater.
141. Endelig skal påvirkningen af handelen mellem medlemsstater være "*mærkbar*". Kommissionen har opstillet en gendrivelig negativ formodningsregel for, hvornår en aftale m.v. i princippet ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart – den såkaldte NAAT-regel.⁵⁵ NAAT-reglen finder anvendelse, hvis:
- i) parterne ikke på nogen af de(t) relevant(e) marked(er) indenfor EU har en samlet markedsandel på over 5 pct., og
 - ii) de deltagende virksomheder ikke har en samlet årlig omsætning i EU indenfor de produkter, der er omfattet af en *horisontal* aftale m.v., på over 40 mio. euro (svarende til ca. 300 mio. kr.)

⁴⁸ Jf. Kommissionens meddelelse af 27. april 2004 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07) ("samhandelsmeddelelsen"), punkt 34 og 44.

⁴⁹ Jf. samhandelsmeddelelsens punkt 18.

⁵⁰ Jf. samhandelsmeddelelsen, punkt 20.

⁵¹ Jf. samhandelsmeddelelsen, punkt 22.

⁵² Jf. samhandelsmeddelelsen, punkt 77.

⁵³ Jf. samhandelsmeddelelsen, punkt 23.

⁵⁴ Jf. samhandelsmeddelelsen, punkt 84 og 90.

⁵⁵ Jf. samhandelsmeddelelsen, punkt 52.

142. Denne NAAT-regel finder anvendelse på alle aftaler og samordnet praksis i art. 101, stk. 1's forstand, uanset om de indeholder hardcore begrænsninger,⁵⁶ som fx kundedeling.
143. I den konkrete sag er der tale om en aftale, der alene vedrører det nationale marked. Efter det oplyste har MCD og MPE Distribution tilsammen en omsætning på afsætning af adresseløse forsendelser, der er langt under tærsklen på 40 mio. euro (ca. 300 mio. kr.).⁵⁷ Andet led af formodningsreglen (NAAT-reglen) i Kommissionens samhandelsmeddelelse må således anses for at være opfyldt.
144. Styrelsen har ingen sikre oplysninger om parternes markedsandele, som dog på et bredt defineret marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i Danmark lå under 5 pct. af totalomsætningen på ca. 1 mia. kr. i 2014. Dermed er det første led af NAAT-reglen formentlig opfyldt. NAAT-reglen er imidlertid en rent kvantitativ formodningsregel, som i alle tilfælde skal suppleres med en kvalitativ vurdering, jf. i det følgende.
145. Afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i Danmark er kendetegnet ved, at forsendelserne primært sker fra danske annoncører til danske husstande. Der finder derfor ikke en grænseoverskridende handel sted af nogen væsentlig betydning i form af tilbud om afsætning på tværs af landegrænser. Dette skyldes desuden, at det er et relativt begrænset og vigende marked at træde ind på for udenlandske aktører (antallet af adresseløse forsendelser er de seneste mange år faldet med 8-10 pct. om året). Det er styrelsens vurdering, at det heller ikke er sandsynligt, at der inden for en forudselig fremtid vil forekomme en sådan ændring i markedssituationen, at der vil forekomme grænseoverskridende tilbud om afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, og i særdeleshed ikke til små annoncører.
146. Dertil kommer, at den omhandlede aftale kun vedrører aktører i Danmark, og der er ikke tale om hverken import eller eksport til andre medlemsstater eller om aktiviteter i flere medlemsstater.
147. Adfærden falder dermed ikke ind under den kategori, som efter sin natur kan have en markedsafskærmende virkning eller på anden måde påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart. Parternes adfærd favoriserer således bl.a. ikke danske virksomheder på bekostning af udenlandske virksomheder eller på anden måde forringer udenlandske virksomheders muligheder for at trænge ind på det danske marked. Der er heller ikke lovgivningsmæssige barrierer for, at udenlandske virksomheder kan tilbyde videresalg af distribution af adresseløse forsendelser i Danmark.
148. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at det i sagen omhandlede aftaleforhold hverken direkte eller indirekte, har kunnet lægge hindringer i vejen for – eller på anden måde har været egnet til at påvirke – samhandelen mellem medlemsstater, og at aftaleforholdene dermed heller ikke har været egnet til at have en mærkbar påvirkning på samhandelen mellem medlemsstater.

4.2.1. Konklusion vedrørende samhandelspåvirkning

⁵⁶ Jf. samhandelsmeddelelsen, punkt 50.

⁵⁷ Parternes samlede omsætning ved afsætning af distribution af adresseløse forsendelser var 2014 på ca. [...] (svarende til ca. [...] euro).

149. Det er styrelsens vurdering, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke tilhører kategorien af aftaler mv., der ifølge selve deres natur kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og at der heller ikke er nogen indikationer for, at aftalen i øvrigt har været egnet til at afskærme udenlandske virksomheders adgang til markedet eller på anden måde påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart.
150. Det omhandlede aftaleforhold skal derfor alene behandles efter konkurrencelovens regler.

4.3. KONKURRENCELOVENS § 6

151. Konkurrencelovens § 6 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser indenfor sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.
152. Det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6.
153. Der er fire betingelser, der skal være opfyldt for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse. Der skal være tale om (i) virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder, der (ii) indgår en aftale, vedtagelse eller udøver samordnet praksis, som (iii) direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart.
154. Vurderingen efter konkurrencelovens § 6 skal foretages i lyset af dansk retspraksis samt administrativ praksis fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrenceankenævnet. Praksis fra Den Europæiske Unions Domstol samt administrativ praksis fra Europa-Kommissionen vil være vejledende for fortolkningen.⁵⁸
155. Det vurderes i det følgende, om de fire betingelser i konkurrencelovens § 6 er opfyldt.

4.3.1. Virksomhedsbegrebet

156. Den første betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at der skal være tale om virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder.
157. Virksomhedsbegrebet fortolkes bredt. Det følger direkte af konkurrencelovens § 2, stk. 1, at lovens forbud gælder for enhver form for erhvervsvirksomhed. Det er desuden præciseret i forarbejderne, at det omfatter "*enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester*".⁵⁹ Det følger ligeledes af Domstolens praksis, at virksomhedsbegrebet omfatter "*enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde*".⁶⁰ Det er uden betydning for anvendelsen af konkurrencelovens § 6, hvorvidt virksomheden drives med økonomisk gevinst for øje.⁶¹

⁵⁸ Jf. blandt andet forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3649, v. sp. og 3657 h.sp.

⁵⁹ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653, v. sp.

⁶⁰ Jf. EF-domstolens dom af 23. april 1991 i sag C-41/90, *Höfner & Elser*, præmis 21.

⁶¹ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653, v. sp.

158. Som det fremgår af afsnit 3.3 køber og videresælger både MCD og MPE Distribution en tjenesteydelse, der består i distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, som en del af virksomhedernes aktiviteter.
159. Afsætningen af distribution af adresseløse forsendelser sker til en række slutkunder, som betaler for denne ydelse. Afsætningen kan således betegnes som en økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for tjenester.
160. MCD og MPE Distribution dermed begge virksomheder i konkurrencelovens § 6's forstand.

4.3.1.1. Delkonklusion vedrørende virksomhedsbegrebet

161. Det er styrelsens vurdering, at både MCD og MPE Distribution er omfattet af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb.

4.3.2. Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

162. Den anden betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at der skal være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.
163. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb. Det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt fx "gentlemen's agreements". Det afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde.
164. Der stilles indenfor konkurrenceretten ikke krav om, at en aftale antager en juridisk bindende form, at der er fastsat sanktioner mellem aftalparterne, eller at aftalen kan tvangsfuldbyrdes. Det er endvidere ikke afgørende, om virksomhederne har følt sig forpligtet – juridisk, faktisk eller moralsk – til at udvise den aftalte adfærd.⁶²
165. Det forhold, at en part ikke efterlever en aftale, eller efterfølgende giver udtryk for, at det i realiteten ikke har været vedkommendes hensigt at efterleve den, ændrer ikke ved, at der foreligger et aftaleforhold i konkurrencelovens forstand, hvis den samme part faktisk har givet udtryk for en samstemmende vilje til at agere på en bestemt måde. Det fremgår således bl.a. af *Roofing Felt-sagen*⁶³, at:

"(86) The non-members also argued that if there had been agreements, they had had no intention of observing them. However, neither the state of mind of the non-members when they entered into such agreements as to their intention of abiding by them, nor the fact that the non-members did not in fact observe the agreements (as some evidence suggests) would affect the Commission's finding that the agreements were made and that the nonmembers were parties to them."

166. Det fremgår således heraf, at Kommissionen i den konkrete sag fandt, at der forelå aftaler i konkurrenceretlig forstand, uanset om parterne konkret ved aftale-

⁶² Jf. fx Retten i Første Instans' dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, *Rørkartel*, præmis 199-200.

⁶³ Kommissionens beslutning af 10. juli 1986 i sag IV/31.371, *Asfaltpap*, punkt 86. Sagen er opretholdt ved EF-domstolens dom af 11. juli 1989 i sag 246/86, *Belasco m.fl. mod Kommissionen*.

indgåelsen ikke havde til hensigt at efterleve aftalerne eller efterfølgende ikke efterlevede de indgåede aftaler.

167. Kommissionen angav i overensstemmelse hermed i *sagen om Industrielle og medicinske gasser*⁶⁴, at:

“(351) Kommissionen bemærker, at det bekræftes af Kommissionens bevismateriale, at Air Liquide og Westfalen deltog i flere møder, og at det var formålet med disse møder, at begrænse konkurrencen. Selv om det påvises, at en eller flere deltagere ikke havde til hensigt at gennemføre deres fælles hensigtserklæringer, ændrer det ikke det faktum, at den beskrevne adfærd skal betragtes som aftaler efter traktatens artikel 81, stk. 1. I betragtning af, at de møder, hvor disse hensigtserklæringer blev fremsat, var af klart konkurrencebegrænsende karakter, og at de pågældende virksomheder deltog uden officielt at tage afstand fra det, der blev drøftet, gav virksomhederne de øvrige deltagere det indtryk, at de tilsluttede sig det, der blev drøftet, og ville handle i overensstemmelse hermed. Begrebet ”aftale” er i sig selv objektivt. De faktiske motiver (og skjulte hensigter), der ligger bag den vedtagne adfærd, er irrelevante.” (Styrelsens understregning)

168. Det fremgår heraf, at de faktiske motiver og skjulte hensigter, der ligger bag en indgået aftale er irrelevante i forhold til vurderingen af, om der er indgået en aftale.
169. Det følger endvidere af praksis, at der kræves et bevis for, at en part formelt og ”offentligt” har taget afstand fra at indgå aftalen. En offentlig afstandtagen skal, for at den kan være ansvarsfritagende, være udtrykt fast, tydeligt og klart over for de øvrige deltagere i den konkurrencebegrænsende adfærd.⁶⁵ Princippet om offentlig afstandtagen fortolkes indskrænkende,⁶⁶ og en virksomheds interne instrukser er i den forbindelse ikke tilstrækkeligt til at udgøre en ”offentlig afstandtagen”.⁶⁷
170. For så vidt angår kravet om bevis, stilles der i praksis ikke store krav til bevisets omfang. Ét dokument kan således være tilstrækkeligt, såfremt det i sig selv med sikkerhed beviser, at der foreligger en aftale, og såfremt der ikke er nogen tvivl om dokumentets bevisværdi.⁶⁸
171. Det fremgår samtidig af praksis om beviskravet, at den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale kan udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, jf. fx *Aragonesas-sagen*:

⁶⁴ Kommissionens beslutning af 24. juli 2002 i sag COMP/E-3/36 700, *Industrielle og medicinske gasser*, punkt 351. Kommissionens beslutning blev opretholdt ved Retten i Første Instans' dom af 4. juli 2006 i sag T-304/02, *Hoek Loos mod Kommissionen*.

⁶⁵ Jf. Retten i Første Instans' dom af 11. december 2003 i sag T-61/99, *Adriatica di Navigazione mod Kommissionen*, præmis 137 og Rettens dom af 24. marts 2011 i sag T-377/06, *Comap mod Kommissionen*, præmis 76.

⁶⁶ Jf. Retten i Første Instans' dom af 11. december 2003 i sag T-61/99, *Adriatica di Navigazione mod Kommissionen*, præmis 135, Retten i Første Instans' dom af 5. december 2006 i sag T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland mod Kommissionen*, præmis 103 og Rettens dom af 24. marts 2011 i sag T-377/06, *Comap mod Kommissionen*, præmis 75.

⁶⁷ Jf. Retten i Første Instans' dom af 11. december 2003 i sag T-61/99, *Adriatica di Navigazione mod Kommissionen*, præmis 136 og 137.

⁶⁸ Jf. Retten i Første Instans' dom af 15. marts 2000 i forenede sager T-25/95 m.fl., *Cimenteries CBR mod Kommissionen*, præmis 1838. Se også Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011, *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*, punkt 314.

*"Da forbuddet mod at deltage i konkurrencebegrænsende aftaler er almindeligt kendt, kan det desuden ikke kræves, at Kommissionen fremlægger dokumenter, der udtrykkeligt viser en ulovlig kontakt mellem de pågældende erhvervsdrivende. De brudstykkeagtige og spredte dokumenter, som Kommissionen er i besiddelse af, burde i hvert fald kunne suppleres ved at rekonstruere visse enkeltheder ved hjælp af følgeslutninger. Den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, skal derfor udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne (Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 23, præmis 55-57, og Rettens dom af 27.9.2006, forenede sager T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP og T-61/02 OP, Dresdner Bank m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3567, præmis 64 og 65)."*⁶⁹

4.3.2.1. Parterne har indgået en aftale og samordnet praksis

172. I det følgende gennemgås de dokumenter og udtalelser fra parterne, som efter styrelsens opfattelse dokumenterer, at der forelå en aftale mellem MCD og MPE Distribution om, at MPE Distributions mulighed for at konkurrere om kunderne var begrænset.
173. Som det fremgår af afsnit 3.4.1.1 har MCD og MPE Distribution haft en samarbejdsaftale om fælles indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser fra slutningen af 2013 til slutningen af 2014. Parterne har i denne periode kommunikeret telefonisk, pr. sms og pr. mail om håndteringen af konkrete kunder, jf. afsnit 3.4.1.2.
174. MPE Distribution har oplyst, at meldingerne fra MCD om, at MPE Distribution ikke måtte give tilbud til visse kunder, kom få uger efter parternes aftale trådte i kraft:⁷⁰

Mail fra MPE Distribution til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 30. januar 2015:

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

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

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

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

⁶⁹ Jf. Rettens dom af 25. oktober 2011 i sag T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía mod Kommissionen*, præmis 97.

⁷⁰ Jf. Mail fra MPE Distribution til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 30. januar 2015.

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

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

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

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

(Styrelsens understregning)

175. Af ovenstående mail fremgår det således, at MCD i en lang række tilfælde har forbudt MPE Distribution at kontakte visse kunder, og at MPE Distribution konfronterede MCD med dette. MCD gav i den forbindelse MPE Distribution besked på, at det skulle MPE Distribution ikke 'pille i', og at det var den måde samarbejdet i MCD foregik på.
176. Styrelsen vurderer på den baggrund samt i lyset af ordlyden af nedenstående sms-korrespondance mellem parterne, at MPE Distribution gav udtryk for en vilje til at indordne sig efter disse meldinger fra MCD i den periode, hvor samarbejdet varede, og at MPE også agerede i overensstemmelse med MCD's udmeldinger.
177. Således viser en række af de sms'er, der er udvekslet mellem parterne, at der har været en aftale mellem parterne om at følge en bestemt strategi i forhold til at kontakte kunder, herunder MPE Distributions accept af at agere i overensstemmelse med aftalen.
178. Et eksempel herpå er nedenstående kommunikation mellem MCD og MPE Distribution den 25. februar 2014:⁷¹

⁷¹ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

25. februar 2014

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

MPE: Ok

MPE: Hvad med [...]og [...]

MCD: Angrib:)

MPE: Haha

MPE: [...] og [...]

MCD: [...] no go. [...], hvad er det?

MPE: Helse blad

MCD: Kender dem ikke

MPE: Ok

MPE: 4000000 mil om året den er ved fk kommer 8 gange om året [...]

179. Af ovenstående sms-korrespondance fremgår det, at MCD beder MPE Distribution om at tage kontakt til MCD, førend MPE Distribution tager kontakt til en kunde. Dette er for at undgå, at MPE Distribution tager kontakt til kunder, som MCD har i forvejen. Af korrespondancen fremgår det endvidere, at MPE Distribution accepterer at skulle kontakte MCD, førend MPE Distribution tager kontakt til kunder.
180. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er som anført bredt, og der stilles ikke krav om, at aftalen indtager en juridisk bindende form. Det er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde.⁷² En sms-korrespondance eller mail-korrespondance, der er udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde, er således også en aftale i konkurrencelovens forstand.
181. Af materialet fremgår der ligeledes konkrete eksempler på, at MPE Distribution accepterer ikke at skulle tage kontakt til kunder, som MCD oplyser, at de i forvejen har som kunde. Dette fremgår fx af sms-korrespondance mellem MCD og MPE Distribution den 21. februar 2014:⁷³

⁷² Jf. Retten i Første Instans' dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, *Rørkartel*, præmis 199.

⁷³ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

21. februar 2014

MPE: Hej [...] jeg er ved at lave et tilbud til [...] håber ikke det er en du har ringe til mig hvis det er en du har. [...]

MCD: Hej [...]. Jeg holder fri, er faktisk i sommerhus i Jylland - her er nu ik' så ringe endda :) [...] har vi allerede som kunde, og de har kørt gennem os de sidste 5 år.

MPE: Haha super jeg laver ikke en pris til ham go ferie

MCD: Tak. Jeg ringer til dig mandag.

MPE: Super

182. Som anført i afsnit 3.4.1.2 har MCD i overensstemmelse hermed oplyst, at MCD og MPE Distribution løbende drøftede kundeemner og tilgang, og at MCD instruerede MPE Distribution i ikke at tage kontakt til kunder, der allerede var omfattet af aftaler med MCD.⁷⁴
183. Det er på baggrund af ovenstående styrelsens vurdering, at der i det indhentede materiale er bevis for, at MCD og MPE Distribution havde en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde, og at der dermed forelå en aftale i konkurrencelovens forstand.
184. Det faktum, at MPE Distribution i enkelte tilfælde ikke har overholdt det aftalte og dermed har taget kontakt til nogle af MCDs kunder, vurderes ikke at ændre ved, at der forelå en aftale, jf. fx *Roofing Felt-sagen*⁷⁵. Dertil kommer, at der har været en fælles forståelse om, at parterne skulle samordne deres adfærd på en bestemt måde, og at begge parter i altovervejende grad har handlet i overensstemmelse hermed.
185. MPE Distribution har desuden oplyst, at størstedelen af kommunikationen med MCD foregik mundtligt ved telefonsamtaler.⁷⁶ Hertil skal det bemærkes, at i det omfang sådanne samtaler havde samme indhold som nævnte sms-korrespondance, ville de ligeledes være at betragte som en aftale i konkurrencelovens forstand, idet det konkurrenceretlige aftalebegreb også omfatter mundtlige aftaler.⁷⁷
186. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at der forelå en aftale og en samordnet praksis mellem MCD og MPE Distribution i konkurrencelovens forstand.

4.3.2.2. Delkonklusion vedrørende aftalebegrebet

187. Det er styrelsens vurdering, at det indhentede materiale i sagen dokumenterer, at MCD og MPE Distribution gav udtryk for en fælles samstemmende vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde, og at der dermed forelå en aftale og en samordnet praksis i konkurrencelovens forstand.

4.3.3. Til formål og/eller til følge at begrænse konkurrencen

⁷⁴ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016 om den fremsendte meddelelse om betænkeligheder.

⁷⁵ Kommissionens beslutning af 10. juli 1986 i sag IV/31.371, *Asfaltpap*, punkt 86. Sagen er opretholdt ved EF-domstolens dom af 11. juli 1989 i sag 246/86, *Belasco m.fl. mod Kommissionen*.

⁷⁶ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens referat af telefonsamtale med MPE Distribution den 3. februar 2015.

⁷⁷ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3657 h.sp.

188. Den tredje betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at aftalen mv. direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.
189. Konkurrencelovens § 6, stk. 1, og stk. 3, sondrer mellem aftaler m.v., som har til formål at begrænse konkurrencen og aftaler m.v., som ikke har til formål at begrænse konkurrencen, men som har konkurrencebegrænsende virkninger.
190. En aftale m.v. har til *formål* at begrænse konkurrencen, når den på grund af sit indhold og de formål, der herved tilsigtes opfyldt, og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, ifølge sin natur er egnet til at begrænse konkurrencen. Ved vurderingen af, om en aftale m.v. har til *følge* at begrænse konkurrencen, skal der tages hensyn til faktiske og potentielle virkninger, dvs. om aftalen har sandsynlige og mærkbart skadelige virkninger for konkurrencen på markedet.⁷⁸

4.3.3.1. Visse aftaleformer har til formål at begrænse konkurrencen

191. Det fremgår af Domstolens praksis, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder kan være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen.⁷⁹
192. Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder *efter deres art* kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår.⁸⁰
193. Ifølge EU-praksis er det væsentligste kriterium for at afgøre, om en aftale m.v. har et konkurrencebegrænsende formål, konstateringen af, at en sådan aftale m.v. "*i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen.*"⁸¹
194. Hvis en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det således unødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet.⁸²
195. For at vurdere, om en aftale m.v. er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen til at kunne anses for at have konkurrencebegrænsende formål, skal der ifølge Domstolens faste retspraksis tages hensyn til (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.⁸³
196. Det følger af EU-praksis, at formålet med aftale, vedtagelse eller samordnet praksis skal fastlægges ud fra objektive kriterier, og parternes subjektive hen-

⁷⁸ Jf. Kommissionens *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice* (Commission staff working document of 25 June 2014).

⁷⁹ Jf. Domstolens dom af 16. juli 2015 i sag C-172/14, *ING Pensii*, præmis 31, samt Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 49 og den i dommene nævnte retspraksis.

⁸⁰ Jf. Domstolens dom af 16. juli 2015 i sag C-172/14, *ING Pensii*, præmis 31, samt Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 50 og den i dommene nævnte retspraksis.

⁸¹ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 57.

⁸² Jf. fx Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 51, EF-domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, *Kommissionen mod Anic Partecipazioni*, præmis 99, Retten i Første Instans' dom af 9. juli 2003 i sag T-224/00, *Archer As mod Kommissionen*, præmis 142 og EF-domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, *Kommissionen mod Beef Industry m.fl.*, præmis 16.

⁸³ Jf. blandt andet Domstolens dom af 16. juli 2015 i sag C-172/14, *ING Pensii*, præmis 33, Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 53, EF-Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV m.fl.*, præmis 43 og 27, og EF-domstolens dom af 6. oktober 2009 i de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*, præmis 58, samt Kommissionens retningslinjer af 14. januar 2011 for anvendelsen af traktatens artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler ("horisontale retningslinjer"), punkt 25.

sigt er således ikke afgørende, men kan tages i betragtning. I *Groupement des cartes bancaires* fastslog Domstolen fx, at:

*”Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning”.*⁸⁴

197. I *CAD-sagen* fastslog Konkurrenceankenævnet, at en aftale m.v. må anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, når der foreligger:

*”formøden 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. Såfremt en vedtaget bestemmelse i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen vil have negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge.”*⁸⁵

198. I det følgende vurderes det, hvorvidt MCD og MPE Distributions aftale havde til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.2. Aftalen er indgået mellem konkurrenter

199. Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 omfatter både aftaler mellem virksomheder, der befinder sig i samme led i produktions- eller distributionskæden (horisontale aftaler) og aftaler mellem virksomheder, der befinder sig i forskellige led i produktions- eller distributionskæden (vertikale aftaler).⁸⁶ Dog vil aftaler mellem konkurrerende virksomheder i højere grad end aftaler mellem virksomheder på forskellige omsætningstrin kunne give anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder. Visse horisontale aftaler mellem konkurrenter vil næsten altid i sig selv blive anset for tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen og dermed at have et konkurrencebegrænsende formål.
200. For at der foreligger en horisontal aftale forudsætter det, at virksomhederne optræder i samme led i produktions- eller distributionskæden.
201. Kommissionen har mere uddybende beskrevet i sine *horisontale retningslinjer*⁸⁷, hvad der forstås ved konkurrenter:

”10. Udtrykket »konkurrenter« i disse retningslinjer omfatter både faktiske og potentielle konkurrenter. To virksomheder behandles som faktiske konkurrenter, hvis de opererer på det samme relevante marked. En virksomhed behandles som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode (3) vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer. Denne vurde-

⁸⁴ Jf. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 54, og den deri nævnte retspraksis.

⁸⁵ Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 2014, *Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark mod Konkurrencerådet*, side 12.

⁸⁶ Jf. EF-domstolens dom af 13. juli 1966 i sag C-56/64, *Consten og Grundig mod EØF-Kommissionen*.

⁸⁷ Jf. Kommissionens retningslinjer af 14. januar 2011 for anvendelse af artikel 101 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), punkt 10.

ring skal bygge på realistiske forhold, og det er ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for, at virksomheden kommer ind på markedet. Se Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret () (»meddelelse om markedsdefinition«).*”

202. Konkurrenter er således både faktiske og potentielle konkurrenter. Ved faktiske konkurrenter forstås to virksomheder, som allerede operer på det samme relevante marked.
203. MCD har oplyst, at virksomheden ikke anså MPE Distribution som værende en konkurrent, men som en kunde eller ”som en slags ”forlænget arm” til at skaffe nye kunder til MCD”. Først da samarbejdet mellem MPE Distribution og MCD ophørte, og MPE Distribution i stedet indgik samarbejde med Distribution-PLUS, som i dag er en konkurrerende konsolidator på det adresseløse område, blev MPE Distribution ifølge MCD en konkurrent til MCD.⁸⁸
204. Det er dog styrelsens vurdering, at de involverede parter agerede som aktuelle konkurrenter på det samme relevante marked.
205. Parterne konkurrerer om at videresælge distribution af adresseløse forsendelser til annoncører, der efterspørger distribution af deres reklamer og tilbudsaviser mv.
206. Begge parter var således beskæftiget med videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. Aftaleparterne henvendte sig til de samme typer af slutkunder, og aftaleparterne konkurrerede dermed om de samme kunder på et kommercielt marked.
207. Dertil kommer, at der ikke var tale om et egentligt leverandør/kundeforhold mellem MCD og MPE Distribution. MCD leverede ikke distribution af adresseløse forsendelser til MPE Distribution, men varetog forhandlingerne med Post Danmark som led i parternes fælles indkøbssamarbejde.
208. Styrelsen finder ikke, at MPE Distribution fungerede som agent i forhold til MCD. MCD og MPE Distribution agerede tværtimod som to selvstændige virksomheder, der hver især bar den økonomiske risiko for egne kunder, jf. uddybende i afsnit 4.3.3.4, ”(iii) Den retlige og økonomiske kontekst”.
209. Der kan i den forbindelse også henvises til *Mediebureau-sagen fra 2011*, hvor rådet fandt, at de involverede virksomheder var konkurrenter på det samme marked for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.⁸⁹
210. At aftaleparterne var konkurrenter i den relevante periode understøttes yderligere af, at MCD og MPE Distribution drøftede håndteringen af bestemte kunder, samt hvem af parterne der skulle give tilbud til disse kunder, jf. afsnit 4.3.2.1.

4.3.3.2.1. Delkonklusion

211. Det er styrelsens vurdering, at MCD og MPE Distribution var konkurrenter i den relevante periode. Den i sagen omhandlede aftale og samordnede praksis

⁸⁸ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016 om den fremsendte meddelelse om betænkeligheder samt MCD's høringsvar af 22. maj 2017.

⁸⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011, *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*, punkt 269.

har således været en horisontal aftale og samordnet praksis om kundedeling, indgået mellem konkurrerende virksomheder.

4.3.3.3. Kundedeling mellem konkurrenter

212. Konkurrencebegrænsningen i denne sag består i, at MCD og MPE Distribution i en afgrænset periode har indgået en horisontal aftale om, at MPE Distribution ikke måtte tage kontakt til MCD's kunder i relation til afsætning af distribution af adresseløse forsendelser.
213. Det fremgår udtrykkeligt af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3, at konkurrencebegrænsende aftaler m.v. kan bestå i at *"at opdele markeder eller forsyningskilder"*. En aftale om kundedeling er en markedsdelingsaftale i konkurrencelovens forstand.⁹⁰
214. Ensidig kundedeling, dvs. at kun den ene part skal afholde sig fra at kontakte den anden virksomheds kunder, er også at betragte som kundedeling.⁹¹
215. Aftaler m.v. vedrørende kundedeling antages normalt at have til formål at begrænse konkurrencen. Dette kan blandt andet udledes af, at bagatelgrænserne i konkurrencelovens § 7, stk. 1, ikke gælder *"opdeling af markeder eller kunder"*, jf. § 7, stk. 2, nr. 3, idet sådanne aftaler netop betragtes som en særligt grov overtrædelse.
216. Det kan også udledes af Kommissionens vejledning om til-formåls overtrædelser, hvor Kommissionen fastslår, at:

*"Any arrangement by which competitors allocate markets (geographic markets or product markets) or customers is considered a restriction by object if it takes place in the context of a pure market sharing agreement between competitors (that is to say, a cartel not linked to any wider cooperation between the parties)."*⁹²

217. Aftaler m.v. om kundedeling blandt konkurrenter har til formål at begrænse konkurrencen, fordi de udgør overtrædelser, der i sig selv er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen. Det skyldes bl.a., at sådanne aftaler hindrer den enkelte aftaledeltagers mulighed for at erhverve flere kunder og dermed forøge sin markedsandel på de andre aftaledeltageres (konkurrenters) bekostning. Endvidere formindsker sådanne aftaler kundernes valgmuligheder og medfører højere priser eller lavere produktion.⁹³
218. Det følger også af praksis, at aftaler mv., der har til formål at begrænse konkurrencen, i sig selv anses for så skadelige for konkurrencen, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger, jf. fx *Metylglukamin-sagen*.⁹⁴

⁹⁰ Jf. blandt andet Kommissionens beslutning af 5. december 2001 i sag IV/37.614/F3, *PO/Interbrew og Alken-Maes*, punkt 262: *"[...] Aftalen om at respektere hinandens forpligtelser og nationale kunder (se betragtning 60, 68, 73 og 111) må betragtes som en aftale om fordeling af kunderne på horeca-markedet og derfor som en markedsdelingsaftale [...]"* (Styrelsens understregning).

⁹¹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011, *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*, punkt 155.

⁹² Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, afsnit 2.2.1 General principles.

⁹³ Jf. Kommissionens retningslinjer af 27. april 2004 for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), punkt 21.

⁹⁴ Kommissionens beslutning af 27. november 2008 i sag COMP/E-2/37.978, *Metylglukamin*, punkt 180-183.

219. I denne sag slog Kommissionen fast, at en aftale om opdeling af markeder ifølge sin natur begrænser konkurrencen i TEUF artikel 101' – og dermed også i konkurrencelovens § 6's – forstand:

"I traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, hedder det udtrykkeligt, at de aftaler er konkurrencebegrænsende, som består i blandt andet:

- direkte eller indirekte fastsættelse af salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning eller teknisk udvikling
- opdeling af markeder.

Dette er netop de væsentlige kendetegn ved de horisontale ordninger, der er tale om i den foreliggende sag, idet pris er det vigtigste konkurrenceparameter. De sammensværgelser og mekanismer, der blev iværksat af producenterne, tog alle i sidste instans sigte på at fastsætte priser og fjerne enhver priskonkurrence. Ifølge deres natur begrænser opdeling af markeder og fastsættelse af priser konkurrencen i traktatens artikel 81, stk. 1's, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1's, forstand.

For at konkludere, at traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, finder anvendelse, er det ikke nødvendigt at se på en aftales faktiske følger for konkurrencen, når det først er godtgjort, at aftalerne har til formål at begrænse konkurrencen." (Styrelsens understregning)

220. Kommissionen udtalte også i samme sag⁹⁵ i relation til overtrædelsens art, at:

"Overtrædelsen bestod i en praksis med opdeling af markedet og prisfastsættelse, som ifølge sin natur er den groveste form for overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1." (Styrelsens understregning)

221. Det fremgår sammenfattende heraf, at bl.a. aftaler om opdeling af markeder hører til den groveste form for overtrædelser af forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler, og at det ikke er nødvendigt at undersøge en sådan aftales faktiske følger for konkurrencen. Konkurrenceankenævnet udtalte endvidere i *Lely-sagen*⁹⁶, at:

"Aftalerne havde den påregnelige konsekvens, at der i strid med konkurrencereglerne skete en hindring af prisfastsættelsen og det passive salg fra Lely Centrene til landmændene, og at produkterne derved blev fordyret, og markederne blev opdelt. (...) Konkurrenceankenævnet tiltræder derfor, at aftalerne i sig selv er egnet til at skade konkurrencen og dermed havde til formål at begrænse konkurrencen. Da aftalerne i sig selv havde til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen har haft negative følger for konkurrencen på de relevante markeder." (Styrelsens understregning)

222. Det er således fastslået i praksis, at horisontale aftaler m.v. om kundedeling generelt anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

223. Det skal herefter vurderes, om parternes adfærd havde til formål at begrænse konkurrencen.

⁹⁵ Kommissionens beslutning af 27. november 2008 i sag COMP/E-2/37.978, *Metylglukamin*, punkt 227.

⁹⁶ Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. september 2015, *Lely mod Konkurrencerådet*, side 13, ø.

4.3.3.4. MCD og MPE Distributions aftale om kundedeling

224. Ved vurderingen af, hvorvidt MCD og MPE Distributions aftale mv. havde til formål at begrænse konkurrencen tages der udgangspunkt i ovennævnte kriterier fra dansk og EU-praksis. Der ses således på (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.

(i) Aftalens indhold

225. Indholdet af aftalen mellem MCD og MPE Distribution afspejles i korrespondancen mellem MCD og MPE Distribution.
226. MCD og MPE Distribution har over en længere periode kommunikeret om, hvordan MPE Distribution skal forholde sig til bestemte kunder. Mere specifikt er det foregået ved, at MPE Distribution skulle indhente tilladelse fra MCD til at kontakte givne kunder. Eksempler på denne kommunikation mellem MCD og MPE Distribution er gengivet nedenfor:⁹⁷

21. februar 2014

MPE: Hej [...] jeg er ved at lave et tilbud til [...] håber ikke det er en du har ringe til mig hvis det er en du har. [...]

MCD: Hej [...]. Jeg holder fri, er faktisk i sommerhus i Jylland - her er nu ik' så ringe endda :) [...] har vi allerede som kunde, og de har kørt gennem os de sidste 5 år.

MPE: Haha super jeg laver ikke en pris til ham go ferie

MCD: Tak. Jeg ringer til dig mandag.

MPE: Super

25. februar 2014

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

MPE: Ok

MPE: Hvad med [...]og [...]

MCD: Angrib:)

MPE: Haha

MPE: [...] og [...]

MCD: [...] no go. [...], hvad er det?

MPE: Helse blad

MCD: Kender dem ikke

MPE: Ok

MPE: 4000000 mil om året den er ved fk kommer 8 gange om året [...]

⁹⁷ Jf. Sikrede data fra telefon tilhørende MPE Distribution.

4. marts 2014

MPE: [...]?[...]?[...]?

MCD: Nej nej nej

MPE: Hvad alle 3

MCD: Ja

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

MCD: Jeg kigger når jeg kommer på kontoret senere

MPE: Klasse

12. marts 2014

MPE: [...] må jeg nappe den

MCD: Nej, det er min.

MPE: Pis du har jo det hele hvad med den avis der hedder [...] og hvad med de svar-kuverter der kommer fra [...]?

MCD: Det er også mit:)

MPE: Nice

30. april 2014

MPE: [...] har du den

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

15. maj 2014

MPE: [...] har du den

MCD: Ja det har jeg.

MPE: Hm

17. juni 2014

MPE: [...] har du den

MPE: Hvordan er det nu med [...] har du den

MCD: [...] er min, og [...] har jeg dialog med omkring 2015.

MPE: Du sover ikke var

MCD: Ikke altid

227. Det fremgår af ovenstående sms-korrespondance, at MCD og MPE Distribution har aftalt, at MPE Distribution skulle holde sig fra MCD's kunder. MPE Distribution skulle derfor indhente tilladelse hos MCD, inden virksomheden kontaktede nye kunder. Det fremgår bl.a. af sms'en fra af 24. februar 2014, hvor MCD

tilkendegiver følgende: "Hej [...]. I stedet for at du når at ringe til nogle af mine kunder, kan du så ikke sende en sms med nogle af dem du overvejer at kontakte? Så kan vi få dem clearet inden du ringer til dem". Og MPE Distribution samtykker: "Ok".

228. Det fremgår sammenfattende af dokumentationen i sagen, at parternes aftale udmøntes ved, at MPE Distribution, så længe samarbejdet med MCD om fælles indkøb fungerede (fra ultimo 2013 til ultimo 2014), løbende tog kontakt til MCD for at afklare, om MCD allerede havde den konkrete kunde. Hvis det var tilfældet, var aftalen, at MPE Distribution skulle holde sig fra kunden.
229. At MCD og MPE Distribution havde en aftale om kundedeling understøttes også af, at parterne selv har oplyst, at der var visse kunder, som MPE Distribution skulle holde sig fra.
230. MCD's direktør har oplyst, at MCD instruerede MPE Distribution i ikke at tage kontakt til kunder, der allerede var omfattet af aftaler med MCD.⁹⁸ MCD har yderligere oplyst, at MPE Distribution bidrog med at skaffe nye kunder i det jyske område, hvor MPE Distribution havde netværk, og at MPE Distribution derfor løbende spurgte MCD, om konkrete kunder allerede havde en kunderektion til MCD. På den måde blev MPE Distribution oplyst om, hvilke kunder MPE Distribution kunne henvende sig til.⁹⁹
231. Ledelsen i MCD var således bekendt med aftalen, hvilket i øvrigt også fremgår af følgende sms mellem MCD og MPE Distribution:

10. november 2014

MPE: *Har du [...]*

MCD: *Jep. Husk at vi lige snakker sammen inden du sender noget til [...].*

MCD: *Har lige stået på chefens kontor vedr. [...] – han kan se hvad der skal køre de næste uger...*

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

MPE: *Haha*

232. MPE Distribution har ligeledes oplyst, at det var aftalt, at der var visse kunder, som MPE Distribution ikke måtte kontakte, jf. punkt 174 ovenfor.
233. Parternes egne udsagn understøtter således, at der forelå en aftale om kundedeling.
234. Samlet set er det styrelsens vurdering, at der i det indhentede materiale er bevis for, at der forelå en horisontal aftale om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution.
235. En sådan type aftale er åbenbart i modstrid med den grundtanke, der ligger i konkurrencereglerne, hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, som vedkommende vil føre på markedet. Aftaler og samordnet praksis om kundedeling er således direkte omfattet af konkurrence-

⁹⁸ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016 om den fremsendte meddelelse om betænkeligheder.

⁹⁹ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016 om den fremsendte meddelelse om betænkeligheder.

lovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, og vil typisk udgøre alvorligt konkurrencebegrænsende aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen.¹⁰⁰

236. Styrelsen vurderer på baggrund af indholdet af den citerede korrespondance mellem MCD og MPE Distribution, at aftalen ved at begrænse parternes mulighed for at give tilbud til alle kunder, var egnet til at begrænse konkurrencen mellem parterne. Aftalen har dermed formindsket slutkunders valgmuligheder for så vidt angår køb af distribution af adresseløse forsendelser.
237. Sammenfattende finder styrelsen, at indholdet af aftalen understøtter, at aftalen mellem parterne havde karakter af en horisontal kundedelingsaftale med det formål at begrænse konkurrencen.

MCD's høringssvar

238. MCD har i virksomhedens høringssvar af 22. maj 2017 yderligere anført, at:

"MCD ville i det kontrafaktiske scenarie – i fravær af aftalen med MPE – have ansat en sælger til forhandling af MCD's distributionsydelser fsva. de pågældende kunder. I det kontrafaktiske scenarie ville MCD således have tilsvarende behov og mulighed for at styre salgsindsatsen af MCD's distributionsydelser til de pågældende kunder. Aftalen har derfor ikke til formål (eller følge) at begrænse konkurrencen, når det kontrafaktiske scenarie inddrages som led i aftalens retlige og økonomiske kontekst."

Styrelsens bemærkninger

239. Styrelsen vurderer i denne sag, at MCD og MPE Distributions aftale om kundedeling havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. uddybende nedenfor.
240. Styrelsen bemærker hertil, at styrelsen har foretaget en tilstrækkelig konkret vurdering af aftalen i sagen. Styrelsen har bl.a. foretaget en vurdering af aftalens indhold, de målsætninger, der søgtes gennemført med aftalen samt den retlige og økonomiske kontekst, hvori aftalen indgår, jf. nedenfor. Styrelsen har i den sammenhæng vurderet, at aftalen frembød en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen i betragtning af såvel dens indhold, målsætning samt den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgik i.¹⁰¹
241. Styrelsen bemærker desuden, at MCD valgte at indgå aftale med en konkurrerende virksomhed frem for at udvide egen virksomhed. Aftalens parter var derfor forpligtet til at agere i overensstemmelse med konkurrencelovens regler om aftaler mellem erhvervsvirksomheder.
242. Styrelsen bemærker i øvrigt, at det ikke er et formelt krav eller en nødvendighed at gennemføre en egentlig kontrafaktisk analyse i sager, som drejer sig om en adfærd, hvis objektive formål er at begrænse konkurrencen. Det skyldes, at en kontrafaktisk analyse omfatter en undesøgelse af, hvordan konkurrencen ville have formet sig uden aftalen, altså en undersøgelse af aftalens (sandsynlige) virkninger. Ifølge fast praksis er det ikke nødvendigt at undersøge virkningerne af en adfærd, der har til formål at begrænse konkurrencen.¹⁰²

¹⁰⁰ Rettens dom af 19. maj 2010 i sag T-25/05, *KME Germany m.fl. mod Kommissionen*, præmis 83. Sagen blev opretholdt ved Domstolens dom af 8. december 2011 i sag C-389/10 P, *KME Germany m.fl. mod Kommissionen*.

¹⁰¹ Jf. Retten i Første Instans' dom af 08-09-2016 i sag T 472/13, *H. Lundbeck mod Kommissionen*, præmis 473.

¹⁰² Dette følger direkte af ordlyden af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, punkt 24-25, sammenholdt med punkt 29. Det fremgår heraf, at det i overensstemmelse med fast praksis ikke er nødvendigt at undersøge en aftales virkninger, hvis aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

(ii) De målsætninger, der søges gennemført med aftalen

243. For så vidt angår de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, bemærker styrelsen, at MCD har oplyst, at MPE Distribution fungerede som en slags 'forlænget arm' til at skaffe nye kunder til MCD med afsæt i Jylland, hvor MCD ikke havde tilstrækkelig kapacitet.¹⁰³
244. MCD's målsætning med aftalen har således været at bruge MPE Distribution til at skaffe nye kunder til MCD og at sikre, at MPE Distribution ikke tog kontakt til MCD's kunder. Aftalen var ifølge MCD baseret på en opfattelse af, at MCD ikke anså aftalen som et konkurrenceretligt problem, idet MCD ikke opfattede MPE Distribution som en konkurrent på det pågældende tidspunkt.¹⁰⁴
245. I lyset heraf er det styrelsens vurdering, at målsætningen med aftalen mellem MCD og MPE Distribution har været at dele kunder med henblik på at begrænse kundernes valgmuligheder og samtidig forbedre virksomhedernes forretningsgrundlag. Styrelsen vurderer på den baggrund, at der er overensstemmelse mellem det objektive formål (jf. ovenfor om aftalens indhold) og MCD's udtalte og tilsigtede mål med aftalen.
246. Dette understøtter, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution havde til formål at begrænse konkurrencen.

MCD's høringssvar

247. MCD har i virksomhedens høringssvar af 22. maj 2017 yderligere anført, at:

"Styringen af MPE's aktive salgsindsats udgør en nødvendig, accessorisk begrænsning i MCD's aftale med MPE om forhandling af MCD's distributionsydelser i detailleret: "Formålet med aftalen er at øge MCD's samlede afsætning i detailleret og dermed samlede indkøbsvolumen, således at MCD i engros-leddet kan opnå lavere priser hos PostNord. MCD's styring af MPE's aktive salgsindsats er derfor en nødvendig, accessorisk begrænsning til den samlede, volumenoptimerende aftale, og begrænsningen er derfor ikke omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Denne retlige og økonomiske kontekst for aftalen betyder under alle omstændigheder, at der ikke kan være tale om en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen".

Styrelsens bemærkninger

248. Ved en accessorisk begrænsning forstås ifølge praksis konkurrencebegrænsninger, som 1) har direkte forbindelse til, 2) er nødvendige for gennemførelse af og 3) står i et rimeligt forhold til en ikke-konkurrencebegrænsende aftale.¹⁰⁵
249. Domstolen har præciseret, hvad nødvendighedskriteriet indebærer:

"Når det skal undersøges, om en konkurrencebegrænsning, fordi den er accessorisk til en hovedtransaktion, der slet ikke er konkurrencebegrænsende, ikke er omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, skal det undersøges, om gennemførelsen af denne transaktion ville være umulig uden den pågældende begrænsning. I mod-

¹⁰³ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016 samt MCD's høringssvar af 22. juni 2017.

¹⁰⁴ Jf. Referat fra møde med MCD den 22. juni 2016.

¹⁰⁵ Jf. Rettens dom af 18. september 2001 i sag T-112/99, *Métropole télévision (M6)*, præmis 104-106, Rettens dom af 24. maj 2012 i sag T-111/08, *MasterCard, Inc.*, præmis 77-79 (opretholdt ved Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-382/12 P, *MasterCard Inc.*), Kommissionens meddelelse af 5. marts 2015 om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelse af fusioner, Kommissionens retningslinjer af 27. april 2004 for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), punkt 29 samt Kirsten Levinsen m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, (3. udgave 2009), side 287.

sætning til hvad appellanterne har anført, kan det forhold, at nævnte transaktion blot bliver vanskeligere at gennemføre eller mindre profitabel uden den pågældende begrænsning, ikke anses for at gøre denne begrænsning »objektivt nødvendig«, således som det kræves, for at den kan kvalificeres som accessorisk. En sådan fortolkning svarer til at udstrække dette begreb til at omfatte begrænsninger, der ikke er strengt nødvendige for gennemførelsen af hovedtransaktionen. Et sådant resultat er til skade for den effektive virkning af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF.”¹⁰⁶ (Styrelsens understregning)

250. Det er styrelsens vurdering, at MCD og MPE Distributions aftale om kundedeling ikke var nødvendig for funktionen af parternes aftale om fælles indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser.
251. Parternes samarbejde om fælles indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser tog sigte på at skabe større køberstyrke gennem større volumen med henblik på at opnå lavere priser hos distributøren. Aftalen ville muligvis have været mindre profitabel uden kundedelingselementet, men den var ikke *umulig* uden begrænsningen.
252. Hertil kommer, at parterne kunne have opnået samme formål om at øge volumen uden at aftale en kundedeling. MPE Distribution ville under en sådan aftale have bidraget til at styrke salget og dermed forøge parternes samlede volumen.
253. Styrelsen skal endeligt bemærke, at den skriftlige aftale mellem MCD og MPE Distribution tillige har karakter af en horisontal aftale om fælles indkøb (af distribution af adresseløse forsendelser hos Post Danmark). Denne aftale tager sigte på at skabe større køberstyrke gennem større volumen med henblik på at opnå lavere priser. Heller ikke i forbindelse med sådanne fælles indkøbsordninger kan et vilkår om fordeling af markeder eller kunder anses for en accessorisk begrænsning.¹⁰⁷

(iii) Den retlige og økonomiske kontekst

254. Vurderingen af MCD og MPE Distributions aftale skal yderligere foretages i lyset den retlige og økonomiske kontekst, herunder arten af de tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer.¹⁰⁸
255. MCD har i den forbindelse gjort gældende overfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at relationen mellem MCD og MPE Distribution var et agentforhold.¹⁰⁹
256. En agent i konkurrenceretlig forstand er en juridisk eller fysisk person, der bemyndiges til på en anden persons (agenturgiverens) vegne enten i agentens eget navn eller i agenturgivers navn at forhandle og/eller indgå kontrakter om agenturgivers køb af varer eller tjenesteydelser, eller salg af varer eller tjenesteydelser, der leveres af agenturgiver.¹¹⁰

¹⁰⁶ Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-382/12 P, *MasterCard Inc.*, præmis 91.

¹⁰⁷ Jf. Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler, punkt 205.

¹⁰⁸ Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 53.

¹⁰⁹ Jf. MCDs brev til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 9. maj 2016 samt referat fra møde med MCD den 22. juni 2016 samt MCD's høringsvar af 22. maj 2017.

¹¹⁰ Jf. Kommissionens retningslinjer af 19. maj 2010 for vertikale begrænsninger (2010/C 130/01), punkt 12 ("vertikale retningslinjer").

257. Det følger af praksis, at den afgørende faktor for afgørelsen af, om der er tale om en agentaftale i forbindelse med anvendelsen af TEUF artikel 101, stk. 1 – og dermed også § 6, stk. 1 - er den økonomiske eller kommercielle risiko, der påhviler agenten i forbindelse med den virksomhed, hvortil han er blevet udpeget som agent af agenturgiver.¹¹¹
258. Kommissionen har i de vertikale retningslinjer¹¹² - med udgangspunkt i EU-Domstolens praksis - mere sammenfattende anført, at der er tre typer økonomiske eller kommercielle risici, som er afgørende for, hvorvidt der reelt er tale om en agentaftale i forbindelse med anvendelsen af artikel 101, stk. 1;
- de kontraktsspecifikke risici, der er direkte forbundet med de kontrakter, som agenten indgår og/eller forhandler på agenturgivers vegne,
 - risici i forbindelse med markedsspecifikke investeringer og
 - risici i forbindelse med andre aktiviteter på det samme produktmarked, når agenturgiveren forlanger, at agenten varetager sådanne aktiviteter – ikke som agent på agenturgiverens vegne, men for egen regning.
259. MCD og MPE Distribution har ikke godtgjort, at MPE Distribution ikke har påtaget sig økonomiske eller kommercielle risici i forbindelse med parternes samarbejde, og at der dermed skulle foreligge en agentaftale. Derimod har parterne oplyst, at MPE Distribution, som er en selvstændig virksomhed, selv bærer den økonomiske risiko i relation til de aftaler, virksomheden indgik med sine kunder (jf. afsnit 3.4.1.1).
260. Det skal i den forbindelse bemærkes, at det desuden følger af praksis, at såfremt agenten udøver konkurrerende virksomhed til agenturgiveren, da kan det ikke betegnes som et egentligt agentforhold. Det fremgår således af *Suiker Unie-dommen*, at:

”Det er faktisk ikke bestridt, at de pågældende mellemlandere er handelshuse, handelshuse, som samtidig med, at de forhandler sukker for sagsøgeren WZV’s og andres regning, foretager betydelige transaktioner på sukkermarkedet, navnlig vedrørende eksport til trejelande eller leverancer af sukker til denaturering;

således er disse repræsentanter bemyndiget til at handle som uafhængige forhandlere i de tilfælde, hvor der ikke er risiko for konkurrence inden for fællesmarkedet, men derimod er de til gengæld formelig lænket af deres repræsentationskontrakter i de tilfælde, hvor en sådan konkurrence kunne befrygtes på handelsniveau;

det forhold, at disse handelsvirksomheder snart er integreret i sagsøgerens virksomhed og snart virker som uafhængige forhandlere, er i øvrigt bekræftet af sagsøgerens egen udtalelse (replikken, s. 44) om, at repræsentanternes tilknytning til sagsøgerens salgsorganisation »ikke udelukker, at forhandlerne ligeledes kan konkurrere med uafhængige forhandlere, navnlig når de sælger for egen regning«, og at »de i så fald netop ikke handler som medlemmer af sagsøgerens salgsorganisation«;

etableringen af et så tvetydigt forhold, hvor en handlende med hensyn til en og samme vare kun får mulighed for at fortsætte med at arbejde uafhængigt inden for

¹¹¹ Jf. EF-Domstolens dom af 14. december 2006 i sag C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, præmis 46.

¹¹² Jf. Kommissionens retningslinjer af 19. maj 2010 for vertikale begrænsninger, punkt 14 (2010/C 130/01).

grænserne af hans leverandørs interesse, kan ikke være beskyttet mod forbudene i artikel 85, uanset hvorledes dette forhold skal bedømmes efter national ret.”¹¹³
(Styrelsens understregning)

261. Det følger heraf, at aftalen ikke kan anses for en egentlig agentaftale, når parterne er konkurrenter. Det fremgår endvidere i overensstemmelse hermed af *Eirpage-sagen*¹¹⁴, punkt 21, at:

“[...] Desuden kan det forventes, at disse selskaber ved at handle som Eirpage-agenter opnår førstehånds erfaring vedrørende personsøgningstjenester tilkøbt det offentlige net, hvorved de forbedrer deres mulighed for at konkurrere, hvis de en dag beslutter selv at tilbyde sådanne tjenester i direkte konkurrence med Eirpage; i så fald kan de selvfølgelig ikke handle som Eirpage-agenter. [...]” (Styrelsens understregning)

262. Det følger heraf, at der ikke foreligger en egentlig agentaftale, hvis en agent ud over at afsætte ydelser for en agenturgiver tillige driver en konkurrerende virksomhed.¹¹⁵
263. Det er styrelsens vurdering, at MCD og MPE Distribution konkurrerer om de samme kunder på et kommercielt marked for afsætning af distribution af adres-seløse forsendelser, jf. afsnit 4.3.3.2 ovenfor. Eftersom MCD og MPE Distribu-tion er konkurrenter på det relevante marked, er det styrelsens vurdering, at konkurrencelovens § 6 finder anvendelse på parternes aftale.
264. Styrelsen har herudover vurderet, om aftalen mellem MCD og MPE Distribu-tion kan betragtes som en horisontal underleveranceaftale, og dermed ikke i forhold til den konkrete adfærd er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6 mod konkurrencebegrænsende aftaler.
265. Det fremgår af Kommissionens horisontale retningslinjer, at horisontale under-leveranceaftaler omfatter ensidige og gensidige specialiseringsaftaler samt un-derleveranceaftaler med henblik på udvidelse af produktionen.¹¹⁶ Det fremgår imidlertid af retningslinjerne, at selv sådanne aftaler generelt anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, hvis de indebærer fordeling af kunder.¹¹⁷ Så, selv hvis aftalen mellem MCD og MPE Distribution kunne betragtes som en horisontal underleveranceaftale, ville det ikke have betydning for vurderingen af, om deres adfærd havde et konkurrencebegrænsende formål.
266. Det skal i den sammenhæng for fuldstændighedens skyld tilføjes, at aftalen ik-ke kan karakteriseres som en specialiseringsaftale i henhold til gruppefritagel-sen for specialiseringsaftaler¹¹⁸, jf. nærmere herom i afsnit 4.4.

¹¹³ EF-Domstolens dom af 16. december 1975 i sag C-40/73, *Suiker Unie*, præmis 544-547. Bemærk: Artikel 85 svarer til den gældende artikel 101 i Traktaten om den europæiske funktionsmåde.

¹¹⁴ Kommissionens beslutning af 18. oktober 1991 i sag IV/32.737, *Eirpage*.

¹¹⁵ Jf. også EF-Domstolens dom af 24 oktober 1995 i sag C-266/93, *Bundeskartellamt mod Volkswagen og VAG Leasing*, præ-mis 19. Fra dansk praksis se blandt andet Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011, *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*, punkt 305, Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2000, *Tryk-Baltica og Købstædernes almindelige Brandforsikring 1*, punkt 53, samt Konkurrentestyrelsens afgørelse af 26. november 2003, *Agentaftale mellem ASP-Holmblad A/S og Duni A/S*. I sidstnævnte fandt styrelsen, at der var tale om en egentlig agentaftale, og at aftalen derfor faldt uden for konkurrencelovens § 6, hvor der blandt blev lagt vægt på, at Duni A/S ikke sideløbende med agenturet drev virksomhed for egen regning, der konkurrerede med agenturgivers virksomhed.

¹¹⁶ Horisontale retningslinjer, punkt 152.

¹¹⁷ Horisontale retningslinjer, punkt 160.

¹¹⁸ Kommissionens forordning nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler ("gruppefritagelse for specialise-

267. Samlet set er det styrelsens opfattelse, at der ikke er særlige omstændigheder i den retlige og økonomiske kontekst, der ændrer ved vurderingen af den omhandlede aftale mellem MCD og MPE Distribution. Ifølge aftalen skulle MPE Distribution afstå fra at konkurrere om MCDs kunder. Aftalen udgjorde dermed en horisontal aftale om kundedeling, der har til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.5. Delkonklusion om til formål og/eller til følge

268. Det er styrelsens vurdering, at både aftalens indhold, målsætninger og den retlige og økonomiske kontekst understøtter, at aftalen og den samordnede praksis mellem MCD og MPE Distribution havde til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.4. Mærkbar konkurrencebegrænsning

269. Den fjerde betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar beror dels på en kvantitativ og dels på en kvalitativ vurdering.

270. Det *kvantitative mærkbarhedskrav* afhænger som udgangspunkt af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele, og følger af konkurrencelovens § 7.

271. Efter konkurrencelovens § 7, stk. 1, gælder forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. ikke, hvis de deltagende virksomheder har:

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

272. Disse undtagelser gælder dog ikke, hvis der er tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der består i (i) priser, avancer m.v. for salget eller videresalget af varer eller tjenesteydelser (ii) begrænsninger af produktion eller salg, (iii) opdeling af markeder eller kunder og (iv) forudgående regulering af bud, fastsættelse af betingelser for åbning af bud, udskydelse af bud, forudgående anmeldelse af bud eller anden form for samarbejde inden tilbudsgivningen, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 2.

273. Som nævnt ovenfor er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution er en aftale om kundedeling. Det kvantitative mærkbarhedskrav i § 7, stk. 1, finder derfor ikke anvendelse i denne sag, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 3.

274. Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav, og beror på en helhedsvurdering af den omtvistede aftales betydning for konkurrencen, set i den retlige og økonomiske kontekst, hvori den indgår.¹¹⁹

275. I sager, der omhandler aftaler mv., der efter sin art må anses for tilstrækkeligt skadelige til at have konkurrencebegrænsning som deres objektive formål, er det imidlertid ikke nødvendigt at foretage en særskilt vurdering af aftalens kvalitative mærkbarhed. Der kan i den forbindelse henvises til Domstolens dom i

ringsaftaler”).

¹¹⁹ Jf. fx Retten i Første Instans' dom af 15. september 1998 i forenede sager T-374/94 mfl., *European Night Services mfl.*, præmis 136.

Expedia-sagen, hvor Domstolen i relation til aftaler m.v., der har til formål at begrænse konkurrencen, udtaler følgende: "Det må således fastslås, at en aftale, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen."¹²⁰

276. Det anførte fra *Expedia-sagen* gælder også i sager uden samhandelspåvirkning, dvs. hvor vurderingen alene sker efter konkurrencelovens § 6.¹²¹
277. I denne sag har styrelsen vurderet, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution udgjorde en begrænsning af parternes mulighed for frit at konkurrere om kunderne.
278. Det er på den baggrund styrelsen vurdering, at aftalen udgjorde en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3.

4.3.4.1. Delkonklusion vedrørende mærkbarhed

279. Det er styrelsens vurdering, at aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution, udgjorde en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3.

4.3.5. Konklusion vedrørende Konkurrencelovens § 6

280. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:
- MCD og MPE Distribution er omfattet af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb,
 - MCD og MPE Distribution gav udtryk for en fælles samstemmende vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde, og der forelå dermed en aftale og en samordnet praksis i konkurrencelovens forstand,
 - aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution havde til formål at begrænse konkurrencen, og
 - aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution udgjorde en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3.

4.4. FRITAGELSE

281. En konkurrencebegrænsende aftale kan i særlige tilfælde være fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6.
282. En sådan fritagelse fra forbuddet i konkurrencelovens § 6 kan enten ske ved, at aftalen er omfattet af en gruppefritagelse, jf. konkurrencelovens § 10, stk. 1,¹²² eller ved at aftalen opfylder betingelserne for en individuel fritagelse, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1.

¹²⁰ Jf. Domstolens dom af 3. december 2012 i sag C-226/11, *Expedia Inc.*, præmis 37.

¹²¹ Jf. bl.a. Konkurrencerådets afgørelse af 18. december 2013, *Ejendomsrådgiverkæden BoligOne's kædekoncept*, punkt 154-56.

¹²² Jf. de i medfør af bestemmelsen udstedte bekendtgørelser, herunder fx bkg. nr. 739 af 23. juni 2010 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, som udgør den danske tekst af 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.

4.4.1. Aftalen er ikke omfattet af en gruppefritagelse

283. MCD har angivet, at MCD's samarbejdsaftale med MPE Distribution er en vertikal aftale samt henvist til, at begge parter har en markedsandel under 30 pct. MCD har på den baggrund anført, at aftalen opfylder betingelserne for at være omfattet af gruppefritagelsen til vertikale aftaler.
284. MCD har endvidere anført, at aftalen kan begrundes som en form for underleveranceaftale, der er omfattet af gruppefritagelsen for specialiseringsaftaler.
285. I det følgende vurderes det, om samarbejdsaftalen mellem MCD og MPE Distribution opfylder betingelserne for at være omfattet af henholdsvis gruppefritagelsen for vertikale aftaler og gruppefritagelsen for specialiseringsaftaler.

4.4.1.1. Gruppefritagelsen for vertikale aftaler

Generelt om gruppefritagelsen for vertikale aftaler

286. Efter gruppefritagelsen for vertikale aftaler, artikel 2, fritages visse vertikale aftaler fra anvendelsesområdet for TEUFs artikel 101. Af artikel 3, stk. 1, fremgår desuden, at fritagelsen finder anvendelse på betingelse af, at aftaleparternes markedsandel ikke overstiger 30 pct. af det relevante marked.
287. I artikel 4 opregnes en række begrænsninger, som på grund af deres karakter vil føre til, at en aftale ikke er fritaget, selvom de relevante markedsandele er mindre end 30 pct. Disse begrænsninger omfatter bl.a. begrænsning af passivt salg, jf. artikel 4, litra b).
288. En vertikal aftale er i gruppefritagelsens artikel 1, litra a), defineret 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."

289. Det fremgår af denne definition, at gruppefritagelsen for vertikale aftaler som udgangspunkt kun omfatter aftaler mellem virksomheder, der befinder sig på forskellige omsætningstrin. Fritagelsen gælder således som hovedregel ikke for vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder, jf. gruppefritagelsens artikel 2, stk. 4, første punktum:

"Fritagelsen efter stk. 1 gælder ikke for vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder."

290. Gruppefritagelsen indeholder imidlertid en undtagelse i artikel 2, stk. 4, litra b). Undtagelsen medfører, at ikke-gensidige vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder under helt særlige betingelser kan være omfattet af gruppefritagelsen. Undtagelsen finder anvendelse, når:

"b) leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens køberen leverer varer og tjenesteydelser i detailsalgsløbet og ikke er en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor han køber aftaleydelserne."

MCD's høringsvar

291. MCD har givet udtryk for, at aftalen med MPE Distribution har været en vertikal aftale, hvor MCD har stået som mellemleverandør og MPE Distribution som køber af en tjenesteydelse (distribution af adresseløse forsendelser).

292. MCD har yderligere i virksomhedens høringssvar af 22. maj 2017 tilkendegivet, at aftalen mellem MCD og MPE var omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler¹²³ og dermed ikke i strid med konkurrenceloven, selv hvis aftalen måtte være omfattet af konkurrencelovens § 6.

293. MCD henviser i den forbindelse til gruppefritagelsens artikel 2, stk. 4, litra b), og anfører:

"At kun MCD som leverandør er aktiv upstream i konsolidator/engrosleddet, uanset om både MCD og MPE måtte anses for konkurrenter i downstreamleddet;

At Gruppefritagelsesforordningen derfor finder anvendelse,

- *Idet MCD har en markedsandel på langt under 30 pct., da PostNord og FK Distribution også er aktører i engros-leddet;*
- *Idet MPE har en markedsandel på under 0,5 pct. på indkøbsmarkedet;*
- *Idet MCD alene pålægger begrænsninger af MPE's aktive salg;"*

294. MCD anfører desuden, at afvisning af at anvende gruppefritagelsen ville udhule indholdet af gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra a) og b):

"Idet der i Gruppefritagelsesforordningen ikke er stillet nogen krav til, hvorfra i leverandørens virksomhed styringen af forhandlerens aktive salg skal komme;"

295. Endelig anfører MCD:

"At selv hvis der måtte have været eksempler på, at MCD har begrænset MPE's adgang til passivt salg af MCD's distributionsydelser – hvilket der ikke er – skulle sagen i givet fald skæres ind til disse tilfælde, som under alle omstændigheder ville være individuelt fritaget."

Styrelsens bemærkninger

296. Styrelsen finder, at MCD og MPE Distribution er konkurrerende virksomheder på markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser, jf. afsnit 4.3.3.2.

297. Gruppefritagelsen for vertikale aftaler gælder som udgangspunkt kun aftaler mellem virksomheder, der befinder sig på forskellige omsætningstrin. Fritagelsen gælder således som hovedregel ikke for vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder, jf. gruppefritagelsens artikel 2, stk. 4.

298. Parternes aftale er dermed som udgangspunkt ikke omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler.

299. Styrelsen har derfor vurderet, om undtagelsen til ovennævnte hovedregel i artikel 2, stk. 4, litra b), kan finde anvendelse. Undtagelsen medfører, at ikke-gensidige vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder alligevel er omfattet af gruppefritagelsen, når de ovenfor beskrevne betingelser er opfyldt (leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens køberen leve-

¹²³ Jf. 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, der ved bkg. nr. 739 af 23. juni 2010 er implementeret til også at omfatte aftaler uden samhandelspåvirkning.

rer varer og tjenesteydelser i detailsalgsleddet og ikke er en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor han køber aftaleydelserne).

300. Styrelsen bemærker indledningsvist, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke er indgået mellem en "leverandør" og en "køber", som omhandlet i artikel 2, stk. 4, litra b).
301. Styrelsen henviser for det første til, at MCD reelt ikke er "udbyder af en tjenesteydelse" i gruppefritagelsens forstand for så vidt angår distribution af adresseløse forsendelser. Aftalen mellem MCD og MPE Distribution vedrører et samarbejde om indkøb og afsætning af denne ydelse, men ydelsen udbydes og leveres af tredjemand (PostNord Danmark).
302. MCD er således ikke leverandør af den omhandlede tjenesteydelse hverken til egne kunder eller til MPE Distribution. I relation til aftalen mellem MCD og MPE Distribution varetog MCD forhandlingerne med Post Danmark og viderefakturerede Post Danmarks regninger til MPE Distribution.
303. Det er styrelsens vurdering, at disse funktioner indgår som en integreret del af indkøbssamarbejdet mellem de to parter og ikke som en selvstændig tjenesteydelse på markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. MCD udfører i øvrigt tilsvarende funktioner på vegne af de øvrige deltagere i den såkaldte konsolidatorordning.
304. Situationen adskiller sig således ikke fra den situation, der blev bedømt i *Mediebureau-sagen fra 2011*, hvor Konkurrencerådet fandt, at MCD havde indgået horisontale kundedelingsaftaler med andre mediebureauer som led i deres samarbejde om fælles indkøb og afsætning af tjenesteydelsen (distribution af adresseløse forsendelser). I denne sag fra 2011, fandt Konkurrencerådet bl.a., at:

*"den kundeklausul, der er aftalt mellem OMD og MCD, alene er reguleret af reglerne om horisontale aftaler."*¹²⁴
305. Styrelsen henviser for det andet til, at MPE Distribution ikke som forudsat i gruppefritagelsen "leverer varer og tjenesteydelser i detailsalgsleddet". MPE Distribution formidler i lighed med MCD en tjenesteydelse (Post Danmarks distribution af adresseløse forsendelser), men MPE Distribution "leverer" ikke denne ydelse.
306. Styrelsen bemærker desuden, at i Kommissionens retningslinjer for vertikale aftaler er forhandlere i detailsalgsleddet defineret som "forhandlere, der videresælger varer til de endelige forbrugere". Da MPE Distribution ikke afsætter distributionen til endelige forbrugere, er MPE Distribution ikke som forudsat aktiv i "detailsalgsleddet" i gruppefritagelsens forstand.¹²⁵
307. Styrelsen vurderer på den baggrund, at artikel 2, stk. 4, litra b), i gruppefritagelsen for vertikale aftaler ikke finder anvendelse på aftalen mellem MCD og MPE Distribution.

¹²⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011 – *MCDs aftaler med Mediabroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*, punkt 232.

¹²⁵ Jf. Kommissionens retningslinjer om vertikale begrænsninger, pkt. 29." Se tillige Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2011 i sagen om *MCD's aftaler med Mediebroker, Carat, IUM og OMD på afsætning af distribution af adresseløse forsendelser*, pkt. 232.

308. Styrelsen bemærker herudover, at *selv hvis* den vertikale gruppefritagelses artikel 2, stk. 4, litra b), om ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter fandt anvendelse, ville aftalen om kundedeling være at karakterisere som en alvorlig konkurrencebegrænsning, dvs. en begrænsning, som ikke er omfattet af gruppefritagelsen.
309. Det følger således af den vertikale gruppefritagelse, artikel 4, litra b), at fritagelsen som hovedregel ikke gælder for begrænsninger i en virksomheds adgang til frit at konkurrere om kunderne.
310. Denne hovedregel omfatter en undtagelse i artikel 4, litra b), i), om, at det under visse omstændigheder kan være tilladt at begrænse en købers adgang til nærmere definerede kundegrupper. Men en sådan begrænsning må *kun* vedrøre 'aktivt salg' og må under ingen omstændigheder udstrækkes til at gælde "passivt salg".
311. Det er styrelsens vurdering, at sagen ikke omfatter oplysninger, der kan underbygge, at aftalen om deling af kunder kun vedrørte 'aktivt salg'.
312. Styrelsen vurderer på den baggrund, at gruppefritagelsen for vertikale aftaler ikke finder anvendelse på samarbejdsaftalen mellem MCD og MPE Distribution.
313. Styrelsen finder i øvrigt ikke, at denne vurdering udhuler indholdet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler. Gruppefritagelsen gælder som hovedregel ikke for aftaler mellem konkurrerende virksomheder, og undtagelsen hertil gælder kun, hvis helt bestemte betingelser er opfyldt. Styrelsen vurderer, som angivet ovenfor, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke opfylder samtlige betingelser for at være omfattet af undtagelsen i gruppefritagelsens artikel 2, stk. 4, litra b).
314. Dertil kommer, at kundedelingsaftaler mellem konkurrerende virksomheder som udgangspunkt udgør en alvorlig overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6. Undtagelsen i artikel 2, stk. 4, litra b), skal efter styrelsens vurdering ikke forstås således, at sådanne aftaler alligevel skulle have en "safe harbour" under gruppefritagelsen for vertikale aftaler.
315. En gruppefritagelsesforordning skal tværtimod fortolkes indskrænkende med henblik på at undgå, at den får virkning for aftaler eller adfærd, som ligger uden for dens område jf. at en gruppefritagelse alene fritager sådanne vilkår, som EU's lovgivere har vurderet kan opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3.¹²⁶

4.4.1.2. Gruppefritagelsen for specialiseringsaftaler

316. Styrelsen har herudover vurderet, om aftalen mellem MCD og MPE Distribution kan karakteriseres som en specialiseringsaftale i henhold til gruppefritagelsen for specialiseringsaftaler¹²⁷.

¹²⁶ Jf. præmis 10 i gruppefritagelsen for vertikale aftaler samt EU Domstolens præjudicielle afgørelse af 7. februar 2013 i sag C-117/12 - *La Retoucherie de Manuela og La Retoucherie de Burgos*.

¹²⁷ Kommissionens forordning nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler ("gruppefritagelse for specialiseringsaftaler").

317. Definitionen på specialiseringsaftaler er imidlertid aftaler om, at en eller flere parter på samme produktmarked indvilliger i helt eller delvist at ophøre med eller afstå fra at producere bestemte produkter, og i stedet købe dem hos den anden part, som indvilliger i at producere og levere disse produkter, eller en aftale om at to eller flere parter producerer bestemte produkter i fællesskab.¹²⁸
318. Den her omhandlede aftale mellem MCD og MPE Distribution opfylder ikke definitionen på en specialiseringsaftale, og den er dermed ikke omfattet af gruppefritagelsen for specialiseringsaftaler.

4.4.1.3. Delkonklusion vedrørende konkurrencelovens § 10

319. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er nogen gruppefritagelser efter konkurrencelovens § 10, der finder anvendelse på den i sagen omhandlede aftale og samordnede praksis.

4.4.2. Aftalen opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse

320. Det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder opfylder fire betingelser.
321. De fire – kumulative – betingelser er, at aftalen m.v.:
- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
 - 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
 - 3) ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
 - 4) ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.
322. Konkurrencelovens § 8, stk. 1, sonderer ikke mellem alvorlige og ikke-alvorlige konkurrencebegrænsninger. I princippet kan alle konkurrencebegrænsende aftaler derfor opnå fritagelse, men det må kræve en særlig underbygget begrundelse, hvis aftaler, som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, skal kunne opfylde betingelserne i konkurrencelovens § 8.
323. Horisontale aftaler om kundedeling hører til den type konkurrencebegrænsninger, der betegnes som alvorlige konkurrencebegrænsninger. Det er derfor mindre sandsynligt, at aftaler om kundedeling opfylder betingelserne for en individuel fritagelse.
324. Det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at alle betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt.¹²⁹
325. MCD eller MPE Distribution har ikke ansøgt om en individuel fritagelse til deres samarbejdsaftale. MCD har dog i virksomhedens høringssvar af 22. maj 2017 gjort gældende, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution indebar sådanne

¹²⁸ Gruppefritagelse for specialiseringsaftaler, artikel 1, stk. 1, litra a-d.

¹²⁹ Jf. bemærkningerne til ændringen af konkurrencelovens § 8, FT 2004/05 (1. samling), tillæg A, side 1638 v.sp.

effektivitetsgevinster, at den opfyldte betingelserne for en individuel fritagelse, jf. nedenfor.

326. Styrelsen har derfor i det følgende foretaget en vurdering ud fra de foreliggende oplysninger af, om betingelserne for en individuel fritagelse eventuelt ville være til stede.

Ad (1): Bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling

327. I relation til den første betingelse er det et krav, at der skal være tale om en objektiv fordel.¹³⁰ Det vil omvendt sige, at aftaledeltagernes subjektive synsvinkel ikke er relevant i forhold til, om en konkurrencebegrænsende aftale medfører effektivitetsgevinster. Yderligere skal der ved vurderingen af effektiviteten tages hensyn til ikke blot den driftsøkonomiske effektivitet, men tillige til den samfundsøkonomiske effektivitet, hvor hovedvægten lægges på sidstnævnte.¹³¹

MCD's hørings svar

328. MCD har i virksomhedens hørings svar anført, at:

"Aftalen er i medfør af konkurrencelovens § 8 individuelt fritaget;

- *Idet det er helt afgørende for MCD's engros-/konsolidator-aktivitet at opnå maksimal volumen for derved at opnå den absolut laveste pris hos PostNord, da distribution af adresseløse forsendelser som masseforsendelsesprodukt er kendetegnet ved massive skala-effekter og meget lave marginer. Volumen er dermed absolut afgørende for, at MCD har mulighed for at opretholde konkurrencedygtige priser, hvilket MCD's aftale med MPE er med til at sikre;*
- *Idet hele formålet med MCD's aftale med MPE om salg af MCD's distributionsydelser er, at MPE skal søge at øge den samlede afsætning af MCD's distributionsydelser i det detailede ved at øge volumen i områder, hvor MCD's eget salgskorps er svagt repræsenteret. Styring af MPE's aktive salgsindsats er i sigens natur nødvendig herfor, således at MPE ikke blot kannibalerer på eksisterende volumen;*
- *Idet MCD's aftale med MPE derfor bidrager til at styrke effektiviteten i form af øget volumen i MCD's samlede afsætning i det detailede og dermed indkøbsgrundlaget i engros-/konsolidator-leddet. Større indkøbsgrundlag medfører lavere indkøbspriser hos PostNord og dermed lavere afsætningspriser til gavn for kunder og forbrugere og i konkurrence med blandt andre PostNords og FK Distributions direkte salg;*
- *Idet MCD's aftale med MPE ikke har nogen negative virkninger, da MCD i det kontrafaktiske scenarie blot ville have ansat en sælger, hvor MCD således ville have tilsvarende behov og mulighed for at styre salgsindsatsen af MCD's distributionsydelser til de pågældende kunder. Grunden til, at MCD valgte ikke at ansætte en sælger – men i stedet indgå aftale med MPE – er, at fastansættelse af en sælger ville udgøre en relativt stor fast omkostning, og at det var mere omkostningseffektivt og direkte variabelt at indgå aftale med MPE.*

¹³⁰ Jf. EF-domstolens dom af 13. juli 1966 i Forenede sager 56 og 58-64, *Consten og Grundig mod EØF-Kommissionen*, s. 261.

¹³¹ Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3662, h. sp.

- *At effektivitetsfordelene dermed mere end opvejer eventuelle negative virkninger – særligt når der sammenlignes med det kontrafaktiske scenarie.”¹³²*

Styrelsens bemærkninger

329. Styrelsen bemærker hertil, at indkøbssamarbejder mellem konkurrenter under visse omstændigheder kan gavne konkurrencen og bidrage til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser.
330. Det her omhandlede indkøbssamarbejde har ifølge MCD haft til hensigt at øge mængden af adresseløse forsendelser ”i områder, hvor MCD’s eget salgskorps er svagt repræsenteret”.
331. Indkøbssamarbejdet mellem MCD og MPE Distribution har muligvis bidraget til at sikre større volumen og dermed mere konkurrencedygtige priser fra Post-Nord. Samarbejdet har muligvis også medført en række driftsøkonomiske gevinster for parterne selv i form af sparede kundevendte aktiviteter.
332. En effektivitetsgevinst i konkurrencelovens forstand skal imidlertid være en samfundsøkonomisk gevinst. Det indebærer bl.a., at der ikke kan tages hensyn til gevinster i form af profitmaksimering for de deltagende virksomheder.¹³³ Det er som nævnt parterne selv, der har bevisbyrden for, at betingelserne for en individuel fritagelse er opfyldt.
333. Styrelsen finder, at MCD ikke har godtgjort omfanget af en mulig gevinst ved parternes samarbejde med karakter af en samfundsøkonomisk effektivitetsgevinst.
334. Styrelsen vurderer dermed, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke har ført til særlige effektivitetsgevinster, og at betingelsen i § 8, stk. 1, nr. 1, dermed ikke er opfyldt. Aftalen vil allerede af den grund ikke kunne opnå en individuel fritagelse.

Ad (2): Sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved

335. Den anden betingelse indebærer, at de effektivitetsgevinster, der kan påvises ved aftalen, også skal komme forbrugerne til gode.
336. MCD har (jf. ovenfor citerede afsnit af høringsvaret af 22. maj 2017) anført, at:

”Større indkøbsgrundlag medfører lavere indkøbspriser hos PostNord og dermed lavere afsætningspriser til gavn for kunder og forbrugere og i konkurrence med blandt andre PostNords og FK Distributions direkte salg.”
337. MCD har som nævnt ikke ansøgt om en individuel fritagelse og har heller ikke godtgjort, at den eventuelle effektivitetsgevinst ved parternes samarbejde faktisk indebar en samfundsøkonomisk gevinst, som kom kunderne og forbrugerne til gode.
338. Det er som nævnt styrelsens vurdering, at der ikke kan påvises effektivitetsgevinster ved den her omhandlede aftale, og der er derfor heller ingen gevinster, som forbrugerne kan få en ”rimelig andel” af.
339. Betingelsens i § 8, stk. 1, nr. 2, er dermed heller ikke opfyldt.

¹³² Jf. MCD’s høringsvar af 22. maj 2017.

¹³³ Jf. Konkurrenceloven med kommentarer v/Kirsten Levinsen mfl., 3. udgave, 2009, side 528.

Ad (3): Ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål

340. Den tredje betingelse indebærer, at den foreliggende aftale ikke har pålagt virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at opnå effektivitetsgevinster. Betingelsen er udtryk for en proportionalitetsbetragtning.
341. MCD og MPE Distribution har som led i samarbejdet aftalt ikke at konkurrere om kunderne.
342. Som nævnt ovenfor kan det ikke på det foreliggende grundlag konstateres, at der overhovedet har været forbrugergavnlig effektivitetsgevinster forbundet med samarbejdet.
343. Det er desuden styrelsens vurdering, at et vilkår om kundedeling ikke kan anses for nødvendigt, uanset om de ikke nærmere godtgjorte effektivitetsgevinster har været en realitet. Det er muligt, at parternes samarbejde havde været mindre profitabelt uden kundedelingselementet, men dette er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at anse kundedeling som en nødvendig konkurrencebegrænsning.
344. Fx kunne MPE Distribution også uden vilkåret om kundedeling have bidraget til at styrke salget og dermed forøge parternes samlede volumen, som ifølge det oplyste var formålet med samarbejdet. De eventuelle gevinster ved samarbejdet kunne således være opnået samtidig med, at der bestod en vis konkurrence mellem parterne.
345. Det er derfor styrelsens vurdering, at selv hvis der måtte være en potentiel gevinst ved parternes aftale, da er gevinsten ikke så stor, at den kan opveje de negative virkninger af aftalen. Det er således samlet set styrelsens vurdering, at aftalen i højere grad har svækket end gavnnet den samfundsøkonomiske effektivitet gennem et lavere konkurrencepres mellem parterne.
346. Styrelsen vurderer på den baggrund, at den tredje af de fire kumulative betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3, dermed heller ikke kan anses for opfyldt.

Ad (4): Ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser

347. Den fjerde betingelse indebærer, at den foreliggende aftale ikke må have givet virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende tjenesteydelser.
348. Betingelsen er udtryk for et krav om, at der trods den konkurrencebegrænsende aftale skal opretholdes et minimum af konkurrence, dvs. at aftaleparterne skal være udsat for et konkurrencepres. I vurderingen af konkurrencepreset indgår aftaleparternes markedsandel.
349. Styrelsen har ikke foretaget en nærmere undersøgelse af parternes position på markedet i den periode, hvor aftalerne var i kraft. Men selv på et relativt snævert marked for "videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører" er det meget tvivlsomt, om aftalen mellem MCD og MPE Distribution ville give parterne nogen mulighed for at udelukke en væsentlig del af konkurrencen på markedet.

350. Selv om den omhandlede aftale næppe gav de respektive aftalparter mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende ydelser, er det som nævnt en forudsætning, at samtlige fire betingelser er opfyldt. Styrelsen vurderer, at de øvrige tre betingelser i § 8, stk. 1, nr. 1-3, ikke er opfyldt.
351. Det kan på den baggrund konkluderes, at betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke er opfyldt.

4.4.2.1. Konklusion vedrørende individuel fritagelse

352. Det er styrelsens vurdering, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke opfylder samtlige betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1-4. Da alle betingelser skal være opfyldt for at opnå en individuel fritagelse, finder konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke anvendelse.

4.5. SAMLET KONKLUSION

353. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:
- det relevante marked i sagen kan afgrænses til "afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i Danmark". Hvorvidt produktmarkedet er snævrere og kun omfatter videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører, og hvorvidt det geografiske marked er snævrere end nationalt kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens resultat,
 - aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke påvirker handelen mellem medlemsstater mærkbart,
 - MCD og MPE Distribution er omfattet af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb,
 - MCD og MPE Distribution gav udtryk for en fælles samstemmende vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde, og at parterne har haft en aftale og en samordnet praksis i konkurrencelovens forstand,
 - aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution havde til formål at begrænse konkurrencen,
 - aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution udgjorde en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3,
 - gruppefritagelserne efter konkurrencelovens § 10 ikke finder anvendelse på den i sagen omhandlede aftale, og
 - aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1. "

Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse i sin kendelse af 12. juni 2018. Kendelsen er sålydende:

"Resume af afgørelsen

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

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

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

Påstande

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

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet traf den 30. august 2017 følgende afgørelse:

”16. Mediacyter Danmark A/S og MPE Distribution ApS har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, ved at have indgået en aftale og samordnet praksis om kundedeling.

17. Konkurrencerådet påbyder Mediacyter Danmark A/S og MPE Distribution ApS i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1:

- fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 16 ovenfor.

...

4.5 Samlet konklusion

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

- det relevante marked i sagen kan afgrænses til ”afsætning af distribution af adresseløse forsendelser i Danmark”. Hvorvidt produktmarkedet er snævrere og kun omfatter videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører, og hvorvidt det geografiske marked er snævrere end nationalt kan stå åbent, da det ikke har betydning for sagens resultat,
- aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke påvirker handelen mellem medlemsstater mærkbart,
- MCD og MPE Distribution er omfattet af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb,

- MCD og MPE Distribution gav udtryk for en fælles samstemmende vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde, og at parterne har haft en aftale og en samordnet praksis i konkurrencelovens forstand,
- aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution havde til formål at begrænse konkurrencen,
- aftalen og den samordnede praksis om kundedeling mellem MCD og MPE Distribution udgjorde en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3,
- gruppefritagelserne efter konkurrencelovens § 10 ikke finder anvendelse på den i sagen omhandlede aftale, og
- aftalen mellem MCD og MPE Distribution ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1. ”

Sagens faktiske omstændigheder

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

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

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

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

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

”15. november 2013

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

21. februar 2014

MPE: Hej A jeg er ved at lave et tilbud til supersellers håber ikke det er en du har ringe lige til mig hvis det er en du har. C

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

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

25. februar 2014

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

MPE: Ok

MPE: Hvad med Skoringen og Rohde

MCD: Angrib :)

MPE: Haha

MPE: Fof Århus og balance

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

MPE: Helse blad

MCD: Kender dem ikke

MPE: Ok

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

MCD: Har jeg selv dialog med.

MPE: Ok

26. februar 2014

MPE: Erhverv - Danmark og hhl hans høj

MCD: Ja til erhverv og nej til hans høj

4. marts 2014

MPE: Red office? Zap in ? Georg miljø?

MCD: Nej nej nej

MPE: Hvad alle 3

MCD: Ja

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

MCD: Jeg kigger når jeg kommer på kontoret senere

MPE: Klasse

12. marts 2014

MPE: Cam vision må jeg nappe den

MCD: Nej, det er min.

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

MCD: Det er også mit:)

MPE: Nice

27. marts 2014

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

MPE: Verdensklasse jeg napper de sidste

28. marts 2014

MPE: Villa nyt? Har du den

31. marts 2014

MPE: Stena Line ?

MCD: Angrib:)

MPE: Hvad med h&m og ellos

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

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

MCD: Nej

MPE: Fri Bikeshop

MCD: Dem har jeg dialog med - de er FK

MPE: Ok

9. april 2014

MPE: Har du nogle boghandler?

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

MPE: Jeg prøver

10. april 2014

MPE: Har du nogle plantecenter jeg ikke må nappe

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

11. april 2014

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

28. april 2014

MPE: Liehaverboligen har du den

MCD: Jep

30. april 2014

MPE: Mathiesen-mode har du den

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

15. maj 2014

MPE: Stena Line har du den

MCD: Ja det har jeg.

MPE: Hm

21. maj 2014

MPE: Sony center?

12. juni 2014

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

17. juni 2014

MPE: Grene Agro har du den

MPE: Hvordan er det nu med Ønskebørn har du den

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

...

18. juni 2014

MPE: Friis shopping center har du den Ålborg

MCD: Den har jeg ikke.

19. juni 2014

MPE: Carl ras har du den

MCD: Jep:) Har du styr på dine logoer

MPE: Haha

25. august 2014

MPE: BMW erhverv har du den?

MCD: Nej, angrib du bare den.

29. oktober 2014

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

MPE: Nej skal jeg det

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

MPE: Det et ikke mig er det en du har

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

MPE: Har du pelican

MCD: Jep

MPE: Ok

5. november 2014

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

10. november 2014

MPE: Har du zalando

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

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

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

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

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

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

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

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

Jeg konfronterer min kontakt hos MCD med dette, og får blot at vide at det skal jeg ikke pille i. Til gengæld må jeg MEGET gerne tage nogle af kun-

derne fra Distribution-PLUS, da de ifølge ham skaber en masse støj, da de bare byder på alt hvad de kommer i nærheden af og ikke kan styres.

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

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

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

Parternes argumenter

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

Agentforhold

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

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

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

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

Vertikal distributionsaftale

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

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

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

"Til formål"-analyse

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

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

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

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

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

Det var nødvendigt for MCD at styre MPE's aktive salgsindsats i forhold til MCD's produkter for at opfylde formålet om, at samarbejdet skulle føre til øget volumen og dermed effektiviseringsgevinster. Det er dette behov, der er afspejlet i kommunikationen mellem MCD og MPE. MCD har ikke forhindret MPE i at sælge til kunder, der har henvendt sig uopfordret.

Uden aftalen med MPE ville MCD have ansat en sælger til forhandling af MCD's distributionsydelser. I det kontrafaktiske scenarium ville MCD således have tilsvarende behov og mulighed for at styre salgsindsatsen af ydelserne til de pågældende kunder. Derudover ville MPE højst sandsynligt ikke være indtrådt på markedet uden aftalen med MCD. I dette scenarium ville der således have været mindre konkurrence. Desuden ville MPE ikke have haft en kommerciel interesse i at kon-

takte MCD's kunder, idet muligheden for at opnå en god pris fra MCD kun var realistisk for kunder, som ikke allerede var i MCD's pulje.

Vertikal gruppefritagelse

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

Individuel fritagelse

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

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

Manglende partshøring

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

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

Konkurrencerådet har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at MCD og MPE har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurren-

celovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, ved at have indgået aftale og samordnet praksis om kundedeling. Konkurrencerådet har derfor med rette meddelt parterne påbud om fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål.

Agentforhold

MCD og MPE udøver samme form for erhvervsvirksomhed – salg til slutkunder af distribution af adresseløse forsendelser – og begge selskaber henvender sig til samme type kunder. De forhandler selv slutprisen med deres respektive kunder og bærer selv den økonomiske risiko i relation til disse aftaler. Dermed ville selskaberne i fravær af aftalen om kundedeling konkurrere om de samme kunder på et kommercielt marked, hvorfor MCD og MPE er aktuelle konkurrenter på det samme relevante marked i overensstemmelse med pkt. 10 i Kommissionens horisontale retningslinjer. Den omstændighed, at MPE først begyndte at udøve mediebureauvirksomhed i forbindelse med samarbejdet med MCD, at MPE er mindre end MCD, eller at MPE på grund af sin beskedne størrelse ville have svært ved på egen hånd at opnå de samme gunstige priser hos PostNord, som hvis MPE lagde sine kunders efterspørgsel i en pulje, ændrer ikke herpå. Korrespondancen mellem MCD og MPE samt MCD's beskrivelse af selskabernes samarbejde understøtter, at selskaberne var aktuelle konkurrenter. MPE opfylder derfor ikke betingelserne for at være agent for MCD, jf. Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C 130/01).

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

Kundedelingsaftale

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

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

Horisontal og "Til formål" aftale

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

Det er fastslået i EU-Domstolens praksis, at når der er tale om allerede kendte og særligt alvorlige konkurrencebegrænsninger, som dem, der er opremset i bl.a. konkurrencelovens § 6, kan analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen indgår i, begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der

er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. EUDomstolens afgørelse af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P (Toshiba), præmis 28-29.

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

Lovlig vertikal aftale

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

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

Fritagelse efter konkurrencelovens § 8

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

Sagsbehandlingsfejl

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

Resultat og begrundelse

Konkurrencelovens § 6

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

Det er ubestridt, at parterne havde indgået en konsolidatoraftale om fælles indkøb af distributionsydelse fra PostNord med henblik på at opnå den bedst mulige indkøbspris. Konkurrenceankenævnet tiltræder efter oplysningerne fra MPE og sms-korrespondancen mellem selskaberne, at de to selskaber tillige havde indgået en aftale om deling af kunder i forbindelse med afsætningen af distributionsydelse. Det fremgår direkte af sms-korrespondancen, at begge selskaber afsatte distributionsydelse til samme kundegruppe og således fungerede i samme omsætningsled. Det forhold, at det var MCD, der forestod forhandlingerne med PostNord, kan ikke føre til et andet resultat. Konkurrenceankenævnet finder det endvidere ikke godtgjort, at kundedelingsaftalen var et nødvendigt accessorium til konsolidatoraftalen.

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

Det følger af EU-Domstolens dom af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba, og EU-

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

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

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

Partshøring

Konkurrencerådet anførte i klagepunktsmeddelelse af 30. marts 2017, at MCD og MPE – i relation til spørgsmålet om gruppefritagelse – måtte anses som konkurrenter i detailledet, mens det i rådets afgørelse af 30. august 2017 er lagt til grund, at selskaberne ikke leverer varer og tjenesteydelse i detailsalgsledet. Konkurrence-

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

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2017 stadfæstes.”

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af Henrik Schjerbeck, B og C.

Henrik Schjerbeck har forklaret blandt andet, at han er økonomidirektør i Mediacenter Danmarks moderselskab, JP/Politikens Hus A/S (herefter ”JP/Politikens Hus”), og at han har haft denne stilling i ca. 8-9 år. Forinden var han økonomichef samme sted. Derudover er han bestyrelsesformand for Mediacenter Danmark.

Som økonomichef og økonomidirektør har han altid haft en relation til JP/Politikens Hus’ datterselskaber, herunder Mediacenter Danmark. I 2008 indtrådte han i bestyrelsen i Mediacenter Danmark og blev senere bestyrelsesformand i forlængelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelse den 27. august 2015 hos visse mediebrancher, herunder Mediacenter Danmark. Han kender til sagen fordi han har været bestyrelsesmedlem i Mediacenter Danmark siden 2008, og fordi han har været med til at foretage de undersøgelser og forberede meget af det materiale, der er tilgået sagen siden kontrolundersøgelsen.

Mediacenter Danmark var oprindeligt et traditionelt mediebrancher, men igennem en lang årrække beskæftigede virksomheden sig primært med afsætning af distribution af adresseløse forsendelser. I forlængelse af tilsagnet til Post Danmark i 2005 startede Mediacenter Danmark derudover en konsolidatorordning sammen med en række af de største danske mediebrancher.

Konsolidatorordningen består i et indkøbssamarbejde mellem mediebrancher, hvor mediebrancherne samler deres slutkunders volumen af adresseløse forsendelser, og via Mediacenter Danmark som konsolidator forhandler en bedre pris med Post Danmark for en samlet volumen, end de kunne have opnået hver for sig.

Mediacenter Danmark havde således både et direkte salg af distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder, men fungerede også som konsolidator

for en række mediebyureauer i konsolidatorordningen. På mødet med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 22. juni 2016, som han deltog i, aftalte man, at der skulle etableres vandtætte skotter mellem de to aktiviteter. Han udarbejdede et oplæg til, hvordan man ville etablere dette. Oplægget blev godkendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og på den baggrund arbejdede man videre med konsolidatorrollen med vandtætte skotter til det direkte salg, idet man både ønskede at drive mediebyureau og fungere som konsolidator.

Bs væsentligste arbejdsopgave var konsolidatorordningen, herunder de årlige prisforhandlinger med Post Danmark, men B brugte også tid på de digitale dagstilbud kaldet Spot. B havde ikke meget at gøre med det direkte salg, men der var naturligvis en relation mellem B og A, som var salgschef for det direkte salg. Qua de vandtætte skotter mellem det direkte salg og konsolidatorordningen måtte A ikke kende til konsolidatorordningens priser og vilkår.

En stor del af Mediacenter Danmarks indtjening kom fra konsolidatorordningen, hvor man forestod forhandlingerne med Post Danmark på vegne af mediebyureauerne i konsolidatorordningen. Det direkte salg eksisterede primært, fordi det gav adgang til at fortsætte som konsolidator.

Mediacenter Danmark havde i denne periode ca. 6-8 mand ansat, som overvejende beskæftigede sig med konsolidatorordningen. Der var tale om 400 millioner omdelinger på et år. Det er en stor administrativ opgave at styre konsolidatorordningen; at sikre at de mange omdelinger kommer ud på de rigtige dage i de rigtige uger samt at forestå koordineringen med Post Danmark, så de kan få pakket forsendelserne og sendt dem ud med deres postbude.

Adresseløse forsendelser indgår i en større reklamekampagne, og det kræver derfor, at man er et mediebyureau for at kunne tilbyde sådan en kampagne. En stor detaillist vil have mange typer af markedsføring, f.eks. indrykning i dagblade, radiospots, tv-reklamer og adresseløse forsendelser. Visse aktører er så store, at de kan lave en aftale om distribution af adresseløse forsendelser direkte med dengang Post Danmark eller FK Distribution. Men de fleste andre går til deres mediebyureau for at få lavet en kampagne.

Mediacenter Danmark var Post Danmarks største kunde, idet man havde mere end 40 ugeaviser, der skulle omdeles. På baggrund af Post Danmarks beslutning om at trække sig ud af markedet for distribution af adresseløse forsendelser blev Mediacenter Danmarks aktiviteter inden for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser afviklet. Dette skyldtes, at det ikke var en mulighed at få distribueret gennem andre, idet FK Distribution aldrig er blevet pålagt at give priser til konsolidatorer.

Mediacenter Danmark var med sin indtræden på markedet med til at bryde FK Distributions monopol. Andre aktører har haft meget svært ved at etablere sig på markedet. Priserne faldt på distribution af adresseløse forsendelser med mere end 60 % i forlængelse af, at Mediacenter Danmark trådte ind på markedet. Om det skyldes Mediacenter Danmark eller tilsagnet til Post Danmark i 2005 er uvist, men det var tilsagnet til Post Danmark i 2005, der gjorde, at man kunne konkurrere på markedet.

Han hørte først om MPE Distribution i forlængelse af kontrolundersøgelsen, og han havde ikke haft noget at gøre med MPE Distribution inden.

C tilbød at sælge distribution af adresseløse forsendelser til sine eksisterende kontakter på vegne af Mediacenter Danmark. C udgav en cityavis i tre jyske byer, hvorigennem han havde fået et godt kontaktnet, og det gav mening for Mediacenter Danmark at få en jysk sælger, der kunne skaffe mere volumen.

Mediacenter Danmark anså MPE Distribution for en salgsassistent, og MPE Distribution modtog derfor instruktioner. Hvis Mediacenter Danmark eksempelvis havde solgt et vist antal omdelinger til Holstebro Dyrehandel for 50 øre, ville den ultimativt bedste pris til dyrehandelen måske kun være 35 øre, men man var i så fald lykkedes med at sælge ydelsen til den højst mulige pris i et givent marked. MPE Distribution kunne imidlertid godt have en nettopris på 45 øre, som blev tilbudt kunden. Det var dog ikke i Mediacenter Danmarks interesse. Derfor anviste Mediacenter Danmark, hvilke kunder MPE Distribution skulle gå efter, som Mediacenter Danmark ikke allerede havde. MPE Distribution fik en bruttopris, og kunne så forhandle en slutpris med slutkunden i et interval baseret på volumen af den enkelte omdeling.

Det antal omdelinger, som MPE Distribution bidrog med, indgik i Mediacenter Danmarks volumen. Aftalen med MPE Distribution var en slutkundeaftale, og alle slutkundeaftalerne indgik i Mediacenter Danmarks volumen.

MPE Distribution var ikke en konkurrent. I så fald havde Mediacenter Danmark ikke indgået aftalen. MPE Distribution var en lille organisation, som havde én sælger, der sad i København. MPE Distribution havde heller ikke tidligere beskæftiget sig med salg af distribution af adresseløse forsendelser, og kom kun til det gennem aftalen med Mediacenter Danmark.

Gennem Mediacenter Danmark fik MPE Distribution en lavere distributionspris, som satte C i stand til at skaffe kunder. Den lave distributionspris ville MPE Distribution ikke kunnet have fået nogen andre steder.

For at opnå en så lav distributionspris fra Post Danmark skal man både dokumentere, at man har et vist minimum af omdelinger, og stille sikkerhed for Post

Danmarks omkostninger i forbindelse med distributionen. Mediacenter Danmarks moderselskab, JP/Politikens Hus, stillede en garanti på 40 millioner kr. over for Post Danmark. Uden garantien og antallet af distributioner havde Mediacenter Danmark ikke kunne indgå aftalen med Post Danmark.

Mediacenter Danmarks konkurrenter er de andre store mediebureauer og de to distributører, Post Danmark og FK Distribution.

Han ved ikke, hvordan MPE Distribution fakturerede, men det direkte salg var kendetegnet ved en forudbetaling - der betaltes, før der omdeltes. Han kender ikke MPE Distribution eller aftalen om distribution af adresseløse forsendelser, men husker ikke at have hørt om noget debitortab. Han bekendt har der ikke foreligget andre aftaler med MPE Distribution end aftalen om distribution af adresseløse forsendelser.

Han var ikke bekendt med SMS-korrespondancen mellem C og A, og han ville også have instrueret imod sådan korrespondance. For ham er det helt utænkeligt, at man ville kommunikere sådan med en konkurrent, og under ingen omstændigheder ville man kommunikere sådan i det hele taget.

B har forklaret blandt andet, at han er uddannet cand.merc. fra Handelshøjskolen i København og i en lang årrække har arbejdet inden for IT samt i reklamebranchen, inden han trådte ind i mediebranchen.

Han kom til Mediacenter Danmark i 2007 som administrerende direktør, og var det i 10 år, indtil Mediacenter Danmark ophørte med at have aktiviteten med adresseløse forsendelser. Hans opgaver var at holde styr på forretningen, herunder varetage kontakten til Post Danmark som indkøber og kontakten til mediebureauerne. Mediebureauerne havde man lavet en konsolidering med for at opnå en volumen, der gav bedre priser. Han startede konsolidatorordningen. Der var også det direkte salg til slutkunder, som A var ansvarlig for. A refererede til ham, men kørte sin egen forretning. Han brugte omkring 5-10 % af sin tid på det direkte salg og resten på konsolidatorordningen. Adskillelsen mellem konsolidatorordningen og det direkte salg blev opretholdt ved hjælp af "kinesiske mure", så oplysninger var adskilt på serveren, og data om de andre bureauer var adskilt.

Han hørte om C, der var kunde hos Mediacenter Danmark, i forbindelse med Cs projekt med cityaviser, som gjorde, at C ville gå fra en relativt lille volumen hos Mediacenter Danmark til en potentielt stor volumen. Dette gav basis for en genforhandling af prisen, fordi det var en væsentlig forøgelse af Cs kundeengagement hos Mediacenter Danmark. C skulle bruge dette til at beregne prisen på de distributioner, som C skulle videresælge til sine annoncører. Projektet blev ikke til noget. C henvendte sig derefter for at høre, om han kunne fortsætte som

kunde, men sælge samme ydelse, som Mediacenter Danmark havde til de kontakter, som C havde. C ville sælge distribution af adresseløse forsendelser til det netværk, hvor C havde udøvet lokalavisaktivitet. Den aftale indgik man. C ville gå ud i Mediacenter Danmarks regi og sælge Mediacenter Danmarks ydelse med henblik på at tilføre volumen. Det handlede om at bygge volumen, når Mediacenter Danmark skulle forhandle med Post Danmark.

Han havde aldrig mødt C, men hørt om ham fra A. Det blev drøftet, at det ikke ville give mening for Mediacenter Danmark, hvis C ikke tilførte ny volumen og dermed sagt, at det ikke ville give mening, hvis C solgte til Mediacenter Danmarks eksisterende kunder. Mediacenter Danmark ville ikke have indgået aftalen, hvis MPE Distribution havde været en konkurrent.

Han har læst SMS-korrespondancen i forbindelse med sagen. Han har ikke læst den forinden. A og C havde en god relation, og de har besøgt hinanden på hinandens kontorer. Han mener, at det ligner en udveksling af informationer mellem to personer, der kender hinanden godt. Mediacenter Danmark fik en forlænget arm i det jyske. Hans indtryk var, at C var glad. Det var en gunstig aftale. Hvis han var gået direkte til Post Danmark, havde han fået en pris på 1 kr. Mediacenter Danmark gav ham en pris på 50 øre.

Det ville ikke give mening at have denne aftale med en konkurrent. Den var baseret på et historisk kundeforhold. C havde en relation til Mediacenter Danmark. At tage en konkurrent ind ville presse markedet og give mindre marginer. Det ville ikke give mening for Mediacenter Danmark.

Han kan huske aftalen om cityaviser, som faldt bort. Derefter startede et nyt kapitel, hvor C solgte på Mediacenter Danmarks vegne. Han mener helt bestemt, at der har været en aftalen om distribution af adresseløse forsendelser fra før juni 2014, men mener ikke, at der var andre aftaler mellem parterne. MPE Distribution satte selv prisen, efter Mediacenter Danmark havde givet basisprisen.

Mediacenter Danmark bar risikoen for den fulde volumen. Hvis MPE Distribution kom i problemer, ville Mediacenter Danmark stå med problemet. Hvis MPE Distribution ikke leverede den aftalte volumen ville det stille MPE Distribution i en situation, hvor der skulle genforhandles.

C har forklaret, at han etablerede MPE Distribution omkring 2013-2014. Oprindeligt ejede han ikke 100 % af selskabet, men det gør han i dag. Han havde en fordelsklub, hvor man havde en rabatordning med visse butikker, og på den baggrund lavede man en avis. Han udgav avisen i tre byer, og havde folk ansat i virksomheden til at lave annoncer til avisen. Uddelingen af aviserne skete på baggrund af en distributionsaftale med Mediacenter Danmark. Han havde en plan om at udgive avisen i flere byer, men det lykkedes ikke. Kort efter stoppe-

de personalet. Han ophørte derfor med at udgive avisen, og gik over til distributionen af adresseløse forsendelser. Han havde ikke tidligere beskæftiget sig med adresseløse forsendelser.

Baggrunden for at beskæftige sig med salg af adresseløse forsendelser var, at det havde fornuftige priser, så han spurgte Mediacenter Danmark, om han måtte prøve at sælge distribution af adresseløse forsendelser, og det gik Mediacenter Danmark med til. Hans indkøbspris stod i en aftale med Mediacenter Danmark, som i starten vedrørte aviserne. Han talte med A om samarbejdet. De blev enige om at aftale en vis pris for en vis mængde. Han skulle sælge til alle dem, han kunne. Efterfølgende fandt han ud af, at der var kunder, som han ikke måtte sælge til. Så lod han være med det i et stykke tid. Aftalen var, at der blev sat priser hvert år, så han modtog årligt en ny aftale med en prisliste og et antal, som han skrev under på.

Det skete, at han gav tilbud til en kunde, som var en af Mediacenter Danmarks kunder, og så fik han at vide, at den kunde måtte han ikke byde ind på. A blev vred, fordi han dumpede den pris, der var i forvejen. Han sagde ikke noget til det, da han på daværende tidspunkt ikke vidste, at det var ulovligt. En kammerat fortalte ham, at det var ulovligt, og han skrev efterfølgende ikke under på en ny aftale.

Han havde typisk spørgsmål om 5-6 kunder, og så fik han at vide, om han måtte give et tilbud til kunden eller ej. Kunderne kunne godt have opsøgt ham. Det kunne være en kunde, der ringede til ham og bad om et tilbud. Så ville han ringe eller sende en SMS til A, og høre om det var i orden at give den pågældende kunde et tilbud.

Han sendte en faktura til kunderne. En enkelt kunde betalte ikke, men han kan ikke huske, hvilken kunde det var. Faktureringen var forskellig alt efter, hvad man aftalte med kunden. Der kunne enten faktureres før eller efter ydelsen.

Konsolidatorordningen havde han ikke kendskab til, ud over hvad han fik at vide af A om, hvordan ordningen hang sammen. Han var ikke en del af konsolidatorordningen.

Oprindeligt uddelte Post Danmark hans aviser. Da han ophørte med at bruge Mediacenter Danmarks ordning og via dem Post Danmark, skiftede han til en anden distributør, Distribution Plus. De var med i puljen, men hoppede så fra og lavede deres egne aftaler med Post Danmark.

Mediacenter Danmark havde ikke regnet med, at han ville være så aggressiv. Han fik for mange kunder. Så ringede A og sagde, at visse kunder kunne han ikke byde på. Det gjorde, at han ikke kunne byde på nogen af Mediacenter Dan-

marks eksisterende kunder. Det gik ud over hans omsætning. Han fik færre kunder, end han ellers kunne have fået. I forhold til samarbejdet med Mediacenter Danmark var der ikke nogen anden skriftlig aftale end aftalen om distribution af adresseløse forsendelser, og der var således eksempelvis ikke en aftale, hvor han skulle have fået løn som sælger eller lignende.

De kunder, som han ikke måtte sælge til for Mediacenter Danmark, omfattede både kunder, som selv havde kontaktet ham og kunder, som han selv havde henvendt sig til. Han kom alligevel til at henvende sig til nogle kunder, som han ikke måtte, omkring september eller oktober. På dette tidspunkt havde han fået en prisliste for det nye år. Denne prisliste blev så lavet om i december og indeholdt nye priser, som han ikke kunne være med på. Hans butik var ved at lukke på dette tidspunkt. Han drøftede med Mediacenter Danmark, at han ikke var tilfreds.

Den SMS-korrespondance, hvor A skrev til C, at C burde betale ham penge for svie og smerte, handlede om, at A havde fået en skideballe på kontoret, fordi MPE Distribution havde budt på Mediacenter Danmarks kunder.

Parternes synspunkter

For Mediacenter Danmark, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 28. juni 2019, hvoraf fremgår:

" C Anbringender

6. Til støtte for de nedlagte påstande gør MCD samtlige anbringender i MCD's processkrifter gældende, herunder navnlig følgende:
 - 1 Aftalen mellem MCD og MPE var en agentaftale og ikke omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6**
7. MCD og MPE's samarbejde udgjorde et agentforhold, idet MPE ikke i væsentlig grad påtog sig økonomiske eller kommercielle risici på markedet for salg af adresseløse forsendelser. Aftalen er derfor ikke omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6.
8. MCD er som agenturgiver berettiget til at begrænse hvilke kunder, MPE som agent må sælge til. Det fremgår af EU-Domstolens faste praksis samt Kommissionens vertikale retningslinjer.
9. Der foreligger et agentforhold, når agenten ikke på uafhængig måde bestemmer sin adfærd på markedet, fordi han er afhængig af agenturgiveren, der bærer de økonomiske og kommercielle risici, jf. præmis 38 og 43 i CEPSA-dommen.... I dommens præmis 51-60 anføres det, at der særligt skal tages hensyn til risici vedrørende salg af produkterne samt markedsspecifikke investeringer....

10. I forhold til salg af produkterne er det afgørende, hvornår ejerskabet til produkterne overgår, hvem der bærer transport- og lageromkostninger, hvem der bærer ansvaret for skade på produkterne, samt hvordan den økonomiske risiko vedrørende betaling fordeles. Risici vedrørende markedsspecifikke investeringer kan eksempelvis være investeringer i lokaler eller udstyr.
11. Ejerskabet til distributionsydelseerne overgik ikke til MPE før ydelserne videresolgte, og MPE forpligtede sig ikke over for MCD, før MPE havde kunderne på plads. Dette skyldes, at MPE grundlæggende agerede som MCD's "forlængede arm" (svarende til en ansat sælger) med kundebase i Jylland.
12. Den eneste risiko, som MPE bar, var debitorrisikoen over for sine slutkunder. MPE havde ikke pligt til at afholde væsentlige omkostninger til markedsføring, lager, personale eller andre investeringer eller driftsrisici i forbindelse med afsætning af ydelserne. Ud fra en samlet vurdering og med alle markedets karakteristika taget i betragtning, kan dette ikke anses for en tilstrækkelig væsentlig risiko, når andre forhold i det væsentlige taler til støtte for et agentforhold.
13. Vurderingen skal foretages på grundlag af alle risici. Konkurrencerådet har imidlertid ikke inddraget alle risici. Rådet har blot afvist, at der foreligger et agentforhold, fordi MPE bærer debitorrisikoen.
14. Det er ikke afgørende for analysen, om MCD og MPE var konkurrenter, om end dette ikke var tilfældet. Det afgørende er, hvorvidt agenten påtager sig de risici, der er nævnt.
15. Konkurrencerådet har desuden i det hele undladt at inddrage Aftalen mellem MCD og MPE i sagen. Afgørelsen er således truffet, uden at Konkurrencerådet har forholdt sig til den Aftale, der er indgået mellem MCD og MPE.

2 MCD og MPE har ikke indgået en horisontal aftale om kundedeling, men derimod en vertikal distributionsaftale

16. Aftalen mellem MCD og MPE er ikke en horisontal kundedelingsaftale, men derimod en vertikal distributionsaftale. Konkurrencerådet baserer sin "til formål"-vurdering på, at Aftalen udgør en horisontal kundedelingsaftale. Grundlaget for Konkurrencerådets vurdering er derfor forkert.
17. Parterne har ikke indgået en aftale om kundedeling (afsnit 2.1), ligesom parterne ikke er konkurrenter i relation til Aftalen (afsnit 2.2). Selv hvis Retten måtte finde, at parterne har indgået en aftale om kundedeling, som begrænsede MPE i sit salg, er dette en lovlig vertikal begrænsning af en forhandlers aktive salg (afsnit 2.3).

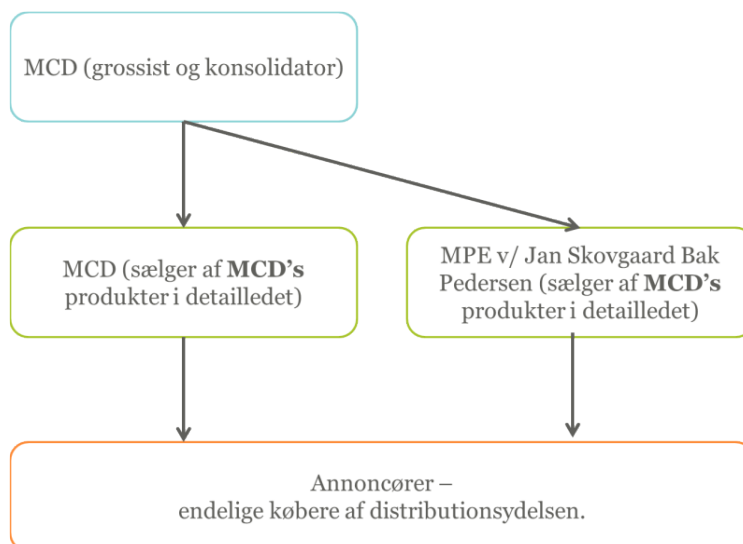
2.1 Parterne har ikke indgået en aftale om kundedeling

18. Parterne har ikke indgået en aftale om kundedeling, men en aftale om køb af distribution af adresseløse forsendelser. Konkurrencerådet har bevisbyrden for, at parterne har indgået en aftale om kundedeling, og Rådet har ikke løftet denne bevisbyrde.

19. Konkurrencerådet baserer sin vurdering på en sms-korrespondance mellem parterne.... Konkurrencerådet har imidlertid taget sms'erne ud af kontekst og ikke set på helheden og baggrunden for parternes handlinger. Konkurrencerådet har ikke inddraget parternes Aftale i sin vurdering, men alene set isoleret på sms-korrespondancen.
20. For at forstå Aftalens kontekst og bedømme den i sin helhed må man se på baggrunden for de enkelte forhold. Sms-korrespondancen skal overordnet ses i lyset af, at MCD med Aftalen så MPE som en salgsagent. Henset til, at MPE fungerede som sælger, er det naturligt, at MPE fokuserede på at skaffe ny volumen og derfor ikke sælge til allerede eksisterende kunder. Sms-korrespondancen afspejler det agentforhold, som parterne havde, og understøtter ikke, at parterne skulle have indgået en aftale om kundedeling.

2.2 Parterne var ikke konkurrenter i relation til Aftalen

21. MCD og MPE var ikke konkurrenter i forhold til Aftalen, idet de var aktive i forskellige omsætningsled. Dette illustreres i følgende figur, hvor det bemærkes, at aftalen er indgået mellem MCD i grossistledet og MPE i detailsalgsledet.



22. Som det fremgår af figuren var MCD grossist, der videresolgte distributionsydelseerne til MPE, men som også hovedsageligt i detailsalgsledet solgte til slutkunderne. Mens MCD købte direkte fra PostNord, købte MPE fra MCD. Fra et indkøbsperspektiv er der derfor ikke tale om konkurrenter.
23. MPE havde endvidere ikke størrelse eller volumen til selv at komme ind på markedet, hvilket understøtter, at MPE befandt sig på et andet omsætningsled end MCD.
24. At parterne ikke var konkurrenter i relation til Aftalen understøttes endvidere af, at konkurrenter ikke ville aftale en ensidig deling af kunder eller dele kundeinformationer med hinanden.
25. Konkurrencerådet har i denne forbindelse bestridt, at der tale om en ensidig aftale med henvisning til to sms'er, hvor MCD spørger til MPE's kunder. Disse sms'er understøtter imidlertid, at forholdet var ensidigt. I den ene sms be-

der MCD MPE sende en kunde videre som led i erhvervelsen af en ny kunde til MCD's samlede pulje. Det er således fortsat MCD, der foretager en vis styring i forhold til MPE's salgsindsats. I den anden sms spørger MCD, om MPE allerede har en kunde, idet MCD kun vil bruge tid på at lave et tilbud, hvis kunden ikke allerede indgår i MCD's samlede pulje af kunder.

26. At Aftalen er ensidig understøttes endvidere af, at det kun er MPE, der afsætter MCD's produkter og ikke omvendt. Selve dialogen omkring kunder har også været ensidig, idet det var i begges interesse, at MPE primært gik efter nye kunder. Denne ensidige "styring" understøtter, at der var tale om et vertikalt forhold og ikke et konkurrentforhold.
27. MCD har ikke opfattet MPE som en konkurrent, men derimod som en agent, sælger eller kunde, jf. side 5 i et referat af møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen... At Aftalen var vertikal understøttes både af MPE's eget udsagn om at have fået et godt "distributionstilbud"... og af selve Aftalen, som svarede til den, som MCD generelt brugte over for sine slutkunder....
28. Vertikale aftaler mellem konkurrenter omfattes af Kommissionens horisontale retningslinjer, jf. punkt 12 i retningslinjerne.... Retningslinjerne understøtter, at parterne hverken var aktuelle konkurrenter eller potentielle konkurrenter i relation til samarbejdsaftalen, og at der ikke var horisontale konkurrenceproblemer, jf. pkt. 237 i retningslinjerne.... Det skyldes, at parternes Aftale var objektivt nødvendig for, at MPE kunne komme ind på markedet for distribution af adresseløse forsendelser til slutkunder. Dette er ifølge retningslinjerne kriterieret for, at der ikke er tale om konkurrenter.
29. Konkurrencerådet har anført, at potentiel konkurrence også er beskyttet i henhold til punkt 237. Retningslinjerne fastslår imidlertid, at parterne i eksempelvis et konsortium ikke er *potentielle* konkurrenter. Den omstændighed, at MPE kunne være kommet ind på markedet ved hjælp af et lignende samarbejde med en anden aktør, er ikke afgørende for, om parterne var potentielle konkurrenter i forhold til aftalen. Der er kun tale om potentielle konkurrenter, hvis MPE kunne være kommet ind på markedet alene eller med færre aktører end i det aktuelle samarbejde. Dette er ikke tilfældet.

2.3 MCD's påståede begrænsning af MPE's salg er en lovlig vertikal begrænsning

30. Den begrænsning, som Konkurrencerådet anfører, at MPE er blevet pålagt, udgør en lovlig vertikal begrænsning, som ikke adskiller sig nævneværdigt fra "dual distribution", som er lovligt i medfør af Gruppefritagelsesforordningen, jf. nærmere afsnit 5 nedenfor.
31. Dual distribution er eneforhandlingsmodeller, hvor leverandøren f.eks. holder to territorier eller kundegrupper adskilt i distributionen. En styring af MPE's aktive salg af MCD's produkter adskiller sig reelt ikke fra dette. MCD supplerede sin egen salgsindsats i detailsalgsløbet med salg fra MPE – ligesom enhver producent eller grossist kan supplere salget i eget detailnetværk med andre ikkeansatte eller eksterne detailsælgere.

32. Ingen teori eller praksis understøtter, at en aftale mellem en grossist og dennes detaildistributør, hvorved detaildistributøren ikke må foretage aktivt salg i forhold til visse kundegrupper, er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til, at Styrelsen ikke skal sandsynliggøre en negativ indvirkning på konkurrencen.

3 Samarbejdet mellem MCD og MPE havde ikke til formål at begrænse konkurrencen

33. Konkurrencelovens § 6 forbyder virksomheder at indgå aftaler, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.
34. Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har ikke undersøgt og vurderet Aftalens virkninger på markedet. Det er således ikke undersøgt og vurderet, om Aftalen havde til følge at begrænse konkurrencen. Det skyldes, at Konkurrencerådet har vurderet, at der er tale om en horisontal kundedelingsaftale og dermed en "til formål"-overtrædelse.
35. Aftalen udgjorde imidlertid ikke en horisontal kundedelingsaftale, men en vertikal distributionsaftale. Aftalen havde ikke til formål at begrænse konkurrencen og Konkurrencerådet har ej heller løftet bevisbyrden herfor. Konkurrencerådet kunne ikke nøjes med at vurdere, om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, men skulle også have vurderet aftalens virkninger på markedet. Hverken Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet har gjort dette.

3.1 Den konkurrenceretlige "til formål"-vurdering

36. Analysen af om en aftale m.v. har til formål at begrænse konkurrencen er en objektiv undersøgelse uafhængig af parternes hensigt. Analysen skal omfatte en indgående behandling af aftalens indhold, formål og retlige og økonomiske sammenhæng.
37. "Til formål"-vurderingen er karakteriseret ved, at:
- aftalen skal vurderes i lyset af dens indhold, formål og retlige og økonomiske kontekst;
 - der stilles krav om, at det med tilstrækkelig klarhed kan vises, at en given aftale er egnet til at være skadelig for konkurrencen;
 - vurderingen af om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen fortolkes indskrænkende, og;
 - en aftale ikke har til formål at begrænse konkurrencen, hvis den har tve-tydige virkninger på markedet eller andre formål end begrænsning af konkurrencen.
38. Disse kriterier er fastlagt i en række afgørelser, herunder CB-dommen...og SIA Maxima Latvija-dommen...

39. Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. september 2018 i sagerne KL-2-2017, KL-4-2017 og KL-52017 om standardisering i tagpapbranchen...fastlår endvidere, at man først kan konkludere, at der er tale om adfærd, der har til formål at begrænse konkurrencen, når man har undersøgt den økonomiske og retlige sammenhæng. Når der er andre formål bag aftalen end konkurrencebegrænsning, skal den økonomiske og retlige sammenhæng undersøges i højere grad, end hvis adfærden er en klassisk "til formål"-begrænsning.
40. Betydningen af en grundig "til formål"-vurdering er også for nyligt understreget af Sø- og Handelsretten i den såkaldte vejmarkeringssag...
41. Kommissionen har ligeledes vejledt om rammen for, hvornår en aftale kan siges at have et konkurrencebegrænsende formål... Kommissionen anfører blandt andet, at en markedsdelingsaftale udgør en "til formål"-overtrædelse, hvis den tager afsæt i en egentlig kartelaftale, hvor det eneste formål er at dele markedet. Selv for markedsdelingsaftaler skal der således foretages en analyse af aftalens indhold, formål og retlige og økonomiske sammenhæng. Her er det afgørende, om der ligger andre formål bag end begrænsning af konkurrencen.
42. Generaladvokat Wahl udtalte i sit forslag til afgørelse i CB-dommen, at aftaler der har tvetydige virkninger på markedet ikke bør kategoriseres som "til formål"-overtrædelser. Hvis de har sådanne tvetydige virkninger, har de ikke efter erfaringen og den økonomiske videnskab tilstrækkeligt skadelige virkninger til at udgøre sådanne overtrædelser, jf. betragtning 56...
43. I samme retning følger det af litteratur og praksis, at der skal foretages en nærmere undersøgelse, når der umiddelbart synes at foreligge et legitimt formål med selve aftalen. Generaladvokats Øe har eksempelvis i sit forslag til afgørelse i sag C-179/16, Hoffmann-La Roche udtalt i betragtning 148, at den individuelle og detaljerede "til formål"-undersøgelse skal gøre det muligt at undersøge, om der bag en aftale ligger en anden forklaring end ønsket om at forfølge konkurrencebegrænsende formål...
44. Endelig fremgår det af CB-dommen, at analysen af den retlige og økonomiske kontekst skal tage hensyn til ethvert relevant forhold, herunder arten af de pågældende tjenesteydelser, og hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, jf. dommens præmis 78... Analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng skal dermed afsløre om aftalen objektivt set har et tilstrækkeligt potentiale til at medføre konkurrenceskadelige virkninger.

3.2 Konkurrencerådet har ikke foretaget en tilstrækkelig "til formål"-analyse

45. Som den ovennævnte praksis viser, skulle Konkurrencerådet have undersøgt den økonomiske og retlige sammenhæng for at vurdere, om aftalen mellem MCD og MPE havde til formål at begrænse konkurrencen. Det har Konkurrencerådet imidlertid ikke gjort.
46. Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet forholder sig ikke konkret til Aftalens formål og baggrund, men konkluderer, at der er tale om en "til formål"-overtrædelse, uden at den økonomiske og retlige sammenhæng er undersøgt.

47. Konkurrencerådet har ikke vurderet arten af tjenesteydelserne, og hvordan det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer, hvilket er essensen af vurderingen af den retlige og økonomiske kontekst.
48. Konkurrencerådet skulle have foretaget denne vurdering, idet Aftalen er atypisk og i hvert fald ikke udgør en traditionel horisontal kundedelingsaftale. Den er atypisk, fordi det er en vertikal aftale mellem to parter, der ikke ville have været konkurrenter, var det ikke for aftalen. Aftalen vedrører endvidere et særligt marked – markedet for salg af distribution af adresseløse forsendelser – der er præget af mange omsætningsled på trods af, at selve ydelsen kun leveres af få aktører. Der kan derfor være tvivl om, hvilke parter der agerer i samme og forskellige omsætningsled. Derudover er det et marked kendetegnet ved store skalaeffekter og meget lave marginer.
49. Konkurrencerådets tilgang til "til formål"-analysen adskiller sig fra tidligere sager, hvor der er gennemført langt mere detaljerede vurderinger af den retlige og økonomiske kontekst, selvom der også var tale om en aftale mellem konkurrenter. jf. f.eks. pkt. 436-473 i Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2014, Nomeco og Tjellesen Max Jennes... En tilsvarende analyse er som minimum nødvendig i denne sag.

3.3 Den korrekte vurdering af samarbejdet påviser, at aftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen

50. En korrekt analyse af Aftalens indhold, formål, og retlige og økonomiske kontekst viser, at Aftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen.
51. Aftalen udgjorde et samarbejde om salg af distribution af adresseløse forsendelser, hvor MPE skulle udnytte sit netværk primært i Jylland til at skaffe kunder til gavn for den samlede volumen i MCD's pulje i indkøbssamarbejdet. Formålet var ikke at dele kunder, men at opnå øget indtjening ved at øge volumen således, at prisen på distributionen blev billigere for MPE, MCD og de andre mediebyråer i MCD's indkøbssamarbejde med effekt for slutkunderne (annoncørerne). Samarbejdet havde endvidere flere positive virkninger på markedet, og havde ikke – som en kartelaftale – blot til formål at dele markedet.
52. Ved vurderingen af aftalens retlige og økonomiske kontekst skulle Konkurrencerådet have inddraget, at (i) maksimering af volumen var afgørende for MCD's eksistens og konkurrencedygtighed og kun ved maksimal volumen kunne MCD opnå den absolut laveste pris hos PostNord, (ii) lavere priser fra PostNord til MCD blev som følge af konkurrencepresset på markedet for adresseløse forsendelser kanaliseret videre til næste omsætningsled til fordel for slutkunderne, og (iii) MPE udelukkende kom ind på markedet for salg i detailsalgsleddet grundet aftalen med MCD og aftalen dermed bidrog med yderligere konkurrence på markedet.
53. Forholdene understreger, at samarbejdet ikke havde til formål at begrænse konkurrencen, men tværtimod fremmede konkurrencen. En undersøgelse af det kontrafaktiske scenarie understreger ligeledes dette. En undersøgelse som Konkurrencerådet har undladt at inddrage i sin "til formål" vurdering. Dette gør Konkurrencerådets "til formål"-vurdering mangelfuld, idet fastlæggelsen

af det relevante kontrafaktiske scenarie er nødvendig for at vurdere, om Aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

54. En undersøgelse af det kontrafaktiske scenarium påviser, at MCD – hvis det ikke var muligt at indgå en aftale, der gav mulighed for at styre MPE's salgsindsats – enten helt ville have undladt at indgå en aftale med MPE, hvorved MPE ville stå uden for markedet, eller ville have krævet kompensation for MPE's kannibalisering af MCD's kunder, hvilket ville have ført til højere engrospriser for MPE. Sammenlignet med disse situationer var Aftalen positiv for konkurrencen på markedet og for prisdannelsen for slutkunderne.
55. En analyse af den retlige og økonomiske kontekst understreger, at der ikke er tale om en "til formål"-overtrædelse, da aftalen forfulgte legitime formål og havde tvetydige virkninger på markedet.

3.4 Den påståede begrænsning var en nødvendig accessorisk begrænsning

56. Hvis Sø- og Handelsretten måtte finde, at der er tale om en konkurrencebegrænsning, er der tale om en accessorisk begrænsning, der var nødvendigt for parternes samarbejde.
57. Aftaler, der har tvetydige virkninger på markedet eller som indebærer accessoriske begrænsninger, der er nødvendige for, at et ikke konkurrencebegrænsende hovedformål kan forfølges, udgør ikke en "til formål"-overtrædelse, jf. Generaladvokat Wahls betragtning 56 i forslag til afgørelsen i CB-dommen...
58. Bedømmelsen af, om der er tale om en accessorisk begrænsning, hænger tæt sammen med analysen af den retlige og økonomiske kontekst. Som fastslået ovenfor var den moderate styring af MPE's aktive salgsindsats en nødvendig 'begrænsning' i forhold til den konkurrencefremmende hovedaftale.
59. Konkurrencerådet anfører, at der ikke er tale om en accessorisk begrænsning med henvisning til punkt 205 i Kommissionens horisontale retningslinjer. Dette punkt fastlår, at vilkår om fordeling af markeder eller kunder ikke kan være lovlige accessoriske begrænsninger i indkøbssamarbejder. Punktet relaterer sig imidlertid ikke til accessoriske begrænsninger, men fastslår blot, at hvis indkøbssamarbejdet reelt er et middel til et skjult kartel, har det et konkurrencebegrænsende formål. Der er forskel på et kartel under dække af et indkøbssamarbejde og en ellers lovlig aftale, der indeholder visse begrænsninger i forhold til kunder, men hvor dette ikke er hovedformålet. Aftalen mellem MCD og MPE er et eksempel på sidstnævnte. Kommissionens horisontale retningslinjer ændrer derfor ikke på, at Aftalen ikke er en "til formål"-overtrædelse, eller at der er tale om en accessorisk begrænsning.

4 Samarbejdet mellem MCD og MPE havde ikke til følge at begrænse konkurrencen

60. Samarbejdet mellem MCD og MPE havde ikke til følge at begrænse konkurrencen, men havde tværtimod konkurrencefremmende virkninger.

61. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke foretaget en analyse, der med tilstrækkelig klarhed viser, at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål. For at kunne konkludere, om aftalen var konkurrencebegrænsende, er det derfor nødvendigt at vurdere aftalens virkninger.
62. Afgørelsen indeholder imidlertid ikke en analyse af aftalens virkninger. Konkurrencerådet har således ikke påvist, at aftalen havde til følge at begrænse konkurrencen. Afgørelsen kan allerede af den grund ophæves (eller subsidiært hjemvises til en fornyet vurdering af aftalens virkninger).

5 Selv hvis samarbejdet måtte være omfattet af konkurrencelovens § 6, er samarbejdet fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i medfør af den vertikale gruppefritagelse, jf. konkurrencelovens § 10

63. Selv hvis Aftalen skulle være omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, opfylder Aftalen betingelserne for at være omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler og er derfor fritaget fra forbuddet, jf. konkurrencelovens § 10 og bekendtgørelsen om gruppefritagelse for vertikale aftaler, hvorefter Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler¹⁶ finder anvendelse på aftaler omfattet af konkurrencelovens § 6.
64. Vertikale aftaler mellem konkurrenter er omfattet af Gruppefritagelsesforordningen, når leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens køberen leverer varer og tjenesteydelser i detailsalgsleddet og ikke er en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesteydelserne, jf. forordningens artikel 2, stk. 4, litra b.
65. Aftalen mellem MCD og MPE opfylder disse betingelser.
66. For det første var MCD udbyder af tjenesteydelser i forskellige omsætningsled. Ordet "udbyder" må efter almindelig sproglig forståelse betyde en virksomhed, hvortil kunder kan rette henvendelse for at købe den pågældende ydelse. Både MCD og MPE var således udbydere i Gruppefritagelsesforordningens forstand, og MCD var udbyder i flere omsætningsled. Konkurrencerådets antagelse om, at MCD ikke er udbyder, idet MCD ikke selv uddelte de adresseløse forsendelser, savner mening, idet artikel 2(4)(b) netop forudsætter, at "leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled". Selve driften af distributionen kan kun ske i ét omsætningsled. Når Gruppefritagelsesforordningen henviser til "udbyder i flere omsætningsled", kan "udbyder" selvsagt ikke henvise til selve driften, idet bestemmelsen i givet fald ville være uden indhold.
67. For det andet var MCD og MPE aktive i detailsalgsleddet. MCD og MPE solgte begge til slutkunderne (annoncørerne) på markedet for adresseløse forsendelser. Annoncørerne er de endelige brugere, hvorfor der er tale om detailsalg. Konkurrencerådet anerkender flere steder, at MCD og MPE sælger til slutkunderne, jf. eksempelvis punkt 206 i Afgørelsen..., hvilket efter MCD's klare opfattelse er definitionen på at være aktiv i detailsalgsleddet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var oprindeligt i klagepunktsmeddelelsen... enig med MCD i, at parterne var aktive i detailsalgsleddet.

68. MCD bestrider Konkurrencerådets fortolkning af, at detailsalgsleddet kun omfatter forhandlere, der sælger til "endelige forbrugere". Hvis Konkurrencerådet med "endelige forbrugere" mener privatpersoner, ville der slet ikke være et detailsalgsled på dette marked. Der ville således være nogle markeder, hvor man ikke kunne anvende Gruppefritagelsesforordningen. Denne fortolkning ville også betyde, at almindelig detailhandler ikke kan anses som en detailhandler, når han sælger f.eks. kontorartikler til en virksomhed.
69. Kommissionens retningslinjer om individuel fritagelse understøtter herudover i punkt 84, at Konkurrencerådets fortolkning af begrebet 'endelige forbrugere' ikke er korrekt, idet forbrugere kan være "*alle direkte eller indirekte brugere af de produkter, aftalen omhandler, herunder producenter der anvender produkterne som input, grossister, detailforhandlere og endelige forbrugere*"...
70. For det tredje var MPE ikke en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor MPE købte aftaletjenesteydelserne. Det er udelukkende MCD, som leverandør, der er aktiv upstream i konsolidator/engrosleddet. Dette uanset om både MCD og MPE måtte anses for konkurrenter i downstream detailsalgsleddet.
71. Parterne opfylder endvidere Gruppefritagelsesforordningens krav om, at parternes markedsandel skal være på under 30 pct. for at være fritaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6. MCD's markedsandel var på langt under 30 pct., idet PostNord og FK Distribution også var aktører i engrosleddet, og MPE havde kun en markedsandel på 0,15 pct. på indkøbsmarkedet.
72. MCD har alene i en vis grad 'begrænset' MPE's aktive salg, hvilket er tilladt, jf. artikel 4(b)(i) i Gruppefritagelsesforordningen. MPE har derimod ikke begrænset MCD's passive salg. Konkurrencerådet har ikke løftet bevisbyrden for, at dette skulle være tilfældet eller på opfordring fra MCD godgjort dette. Det er umuligt for MCD at føre (negativt) bevis for, at MCD ikke har begrænset passivt salg. I sms-korrespondancen skriver parterne flere gange om at "angribe", hvilket netop vedrører aktive henvendelser til kunder...

6 Selv hvis samarbejdet måtte være omfattet af konkurrencelovens § 6, er samarbejdet fritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i medfør af konkurrencelovens § 8

73. Aftalen opfylder betingelserne for at være individuelt fritaget fra forbuddet, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1.
74. I henhold til denne bestemmelse er en konkurrencebegrænsende aftale forenelig med konkurrenceloven, hvis aftalen (i) medfører effektivitetsgevinster, (ii) der sikrer forbrugerne en rimelig fordel, (iii) er proportional og (iv) ikke udelukker konkurrencen for en væsentlig del af markedet. Betingelserne gennemgås i det følgende (afsnit 6.1 – 6.4).

6.1 Samarbejdet medførte effektivitetsgevinster

75. Samarbejdet bidrog til at styrke effektiviteten i salg af distribution af adresseløse forsendelser, hvilket ikke bestrides af Konkurrencerådet, jf. Afgørelsens punkt 331...:

"331. Indkøbssamarbejdet mellem MCD og MPE Distribution har muligvis bidraget til at sikre større volumen og dermed mere konkurrencedygtige priser fra PostNord. Samarbejdet har muligvis også medført en række driftsøkonomiske gevinster for parterne selv i form af sparede kundevedtatte aktiviteter."

76. MCD gik som nævnt ind på markedet for adresseløse forsendelser, fordi der var en forretningsmæssig mulighed for at etablere et indkøbssamarbejde og et detailsalg på et marked præget af få aktører og høje priser. MCD har medvirket til at skabe mere konkurrence på markedet til gavn for slutkunderne og har bidraget til at sænke priserne på markedet med 30-50 pct. over de seneste 10 år. MCD har samtidig været med til at sikre, at særligt mindre annoncører gennem indkøbssamarbejdet fik adgang til lavere priser, end de ellers ville have kunnet opnå med egen individuel volumen.
77. Det bestrides, at MCD skal kvantificere det eksakte omfang af effektivitetsgevinster. MCD skal blot sandsynliggøre, at aftalen har båret effektivitetsgevinster, hvilket Konkurrencerådet heller ikke bestrider, jf. citatet ovenfor.

6.2 Samarbejdet sikrede forbrugerne en rimelig andel af fordelene

78. Forbrugerne blev sikret en rimelig andel af de opnåede fordele ved effektivitetsgevinsterne, og samarbejdet har som følge af forbrugervelfærden fremmet den samfundsmæssige gevinst.
79. MCD's aftale med MPE bidrog til at styrke effektiviteten i form af øget volumen i MCD's samlede afsætning i detailsalgsløbet og dermed indkøbsgrundlaget i engrosledet. Større indkøbsgrundlag medfører lavere indkøbspriser hos PostNord og dermed lavere afsætningspriser til gavn for slutkunderne og i konkurrence med blandt andre PostNord og FK Distributions direkte salg.
80. MCD måtte, som følge af det stærkt konkurrenceudsatte marked, sende besparelsen videre til slutkunden. Konkurrencerådet anerkender i Afgørelsens punkt 348-349, at MCD var underlagt et betydeligt konkurrencepres...

6.3 Samarbejdet medførte ikke unødvendige begrænsninger og var proportionalt

81. MCD har ikke pålagt MPE begrænsninger, der var unødvendige for at opnå de nævnte effektivitetsgevinster.
82. Det var nødvendigt for MCD at styre MPE's aktive salg for at opnå samarbejdes formål om en øget volumen. Dette gav MPE øget incitament til at fokusere sin indsats mod nye kunder, der bidrog til yderligere volumen.
83. MCD har alene søgt at styre MPE's aktive salgsindsats i relation til MCD's egne produkter. Det stod MPE frit for at sælge andre produkter til eksisterende kunder af MCD, herunder eksempelvis et konkurrerende distributionsprodukt. MCD har endvidere ikke forhindret passivt salg.

6.4 Samarbejdet udelukkede ikke konkurrencen for en væsentlig del af markedet

84. Aftalen har ikke givet MCD og MPE mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af ydelserne. Konkurrencerådet anerkender dette, jf. Afgørelsens punkt 349...:

"349. Styrelsen har ikke foretaget en nærmere undersøgelse af parternes position på markedet i den periode, hvor aftalerne var i kraft. Men selv på et relativt snævert marked for "videresalg af distribution af adresseløse forsendelser til små og mellemstore annoncører" er det meget tvivlsomt, om aftalen mellem MCD og MPE Distribution ville give parterne nogen mulighed for at udelukke en væsentlig del af konkurrencen på markedet." (understregning tilføjet)

85. MPE stod for blot 0,15 pct. af det samlede marked, hvorfor samarbejdet på ingen måde havde potentiale til at udelukke konkurrencen fra de øvrige aktører. Det kontrafaktiske scenarium, hvorefter MCD ville have ansat en sælger med samme behov for aktiv styring af salgsindsatsen, og hvor MPE sandsynligvis ikke havde været til stede på markedet, understreger ligeledes at Aftalen ikke har haft negative virkninger. "

For Konkurrencerådet, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 24. juni 2019, hvoraf fremgår:

"Anbringender

1. OVERORDNEDE BEMÆRKNINGER

Til støtte for den nedlagte påstand gør Konkurrencerådet overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. juni 2018..., hvorved ankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2017...om, at parterne har deltaget i en aftale og samordnet praksis, som i strid med konkurrencelovens § 6 har til formål at begrænse konkurrencen.

Konkurrenceankenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at MCD og MPE Distribution var konkurrenter, at MCD og MPE Distribution har indgået en aftale om deling af kunder i forbindelse med afsætningen af distributionsydelser, at aftalen mellem MCD og MPE Distribution således er en horisontal aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3 og stk. 3, og at aftalen og den samordnede praksis ikke er omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler efter konkurrencelovens § 10, eller opfylder betingelserne for at kunne opnå en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8.

2. KONKURRENCELOVENS § 6

2.1 MCD og MPE Distribution var konkurrenter

Efter Konkurrenceankenævnets opfattelse skal MCD og MPE Distribution anses for konkurrenter i forhold til den indgåede kundedelingsaftale. Der er derfor tale om en horisontal aftale.

Om baggrunden for denne vurdering bemærkes, at MCD og MPE Distribution - for så vidt angår kundedelingsaftalen - udøver samme form for erhvervsvirksomhed i samme led af omsætningskæden dvs. salg af distribution af adresseløse forsendelser via Post Danmark. I den forbindelse henvender parterne sig til samme type af kunder, hvilket også ses tydeligt ud af sms-korrespondancen. MPE Distribution forhandlede - ligesom MCD - selv slutprisen med sine kunder og bar selv den økonomiske risiko i relation til disse.

Dermed konkurrerer parterne - eller kunne i fravær af aftalen have konkurreret - om de samme kunder på et kommercielt marked og er følgelig at betegne som aktuelle konkurrenter på samme relevante marked, jf. herved definitionen af aktuelle konkurrenter i punkt 10 i Kommissionens horisontale retningslinjer, hvori det hedder, at virksomheder behandles som faktiske konkurrenter, hvis de opererer på det samme relevante marked.

Det er ikke rigtigt, at aftalen var objektivt nødvendig for, at MPE Distribution kunne komme ind på markedet, idet MPE Distribution angiveligt ikke havde størrelsen eller volumen til selv at komme ind på markedet eller opnå de samme gunstige priser hos Post Danmark, og at parterne derfor ikke var konkurrenter.

Det er efter sagens oplysninger klart, at det var MPE Distributions opfattelse, at MPE Distribution skulle opbygge sin egen kundebase for afsætning af distributionsydelserne, jf. punkt 60ff i rådets afgørelse, ligesom MPE Distribution efterfølgende rent faktisk indledte et samarbejde med en anden konsolidator, DistributionPLUS (en konkurrent til MCD), jf. rådets afgørelse punkt 31.

MPE Distribution havde dermed både evne og vilje til at agere på markedet.

Dette støttes desuden af sagens øvrige materiale, herunder MCDs egen beskrivelse af samarbejdet, hvoraf bl.a. fremgår, at MPE Distribution efter MCDs egen opfattelse lige så godt kunne have haft et direkte kundeforhold til Post Danmark.

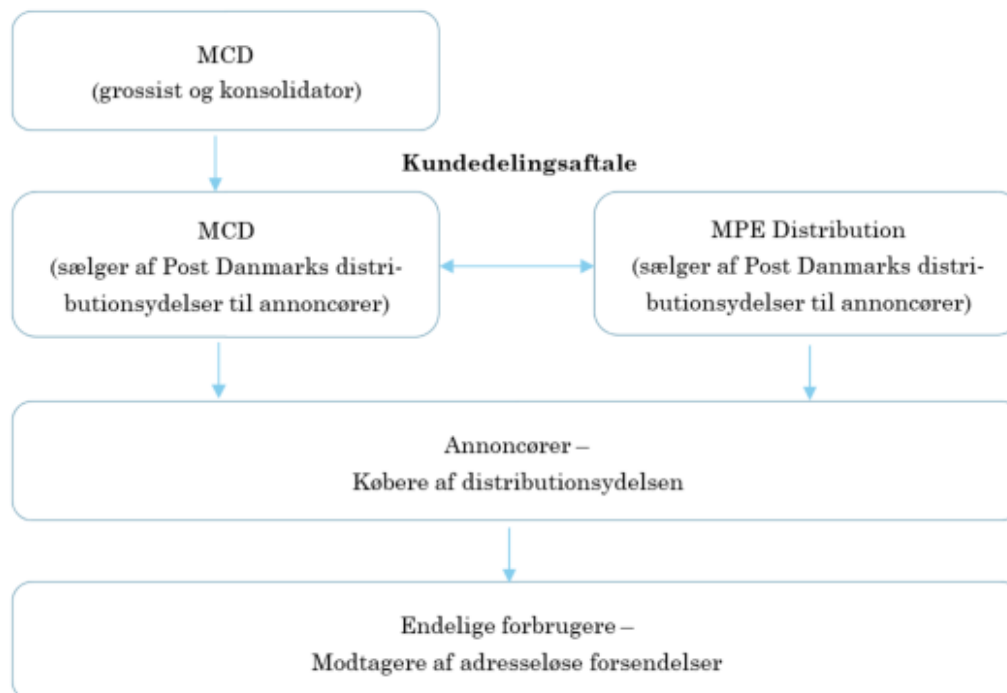
Dertil kommer, at konkurrencereglerne under alle omstændigheder også beskytter den potentielle konkurrence. Dette fremgår udtrykkeligt af punkt 237 i Kommissionens horisontale retningslinjer, som fastslår, at spørgsmålet om potentiel konkurrence skal afgøres konkret.

I forhold til vurderingen af om MCD og MPE Distribution var konkurrenter, er det relevante spørgsmål derfor, om MPE Distribution havde et rimeligt alternativ til at komme ind på markedet i forhold til at indgå en aftale med MCD, hvilket underbygges af de faktiske forhold både før indgåelsen af aftalen og efter ophøret heraf, jf. ovenfor.

MCD gør derudover gældende, at der er tale om en vertikal aftale og ikke et konkurrentforhold fra et indkøbsperspektiv.

Dette er ikke rigtigt. Dels var der reelt tale om et fælles indkøb til brug for MCD og MPE Distributions konkurrerende virksomhed, uanset at MCD stod for kontakten til Post Danmark. Dels er det kundedelingsaftalen i forbindelse med afsætningen af distribution af adresseløse forsendelser, der er genstand for sagen. Og på dette led i omsætningskæden var parterne utvivlsomt konkurrenter.

Den horisontale kundedelingsaftale mellem MCD og MPE Distribution, der i samme omsætningsled sælger Post Danmarks distributionsydelser til annoncører, er illustreret i figuren nedenfor:



Ifølge MCD taler det endvidere for, at parterne ikke var konkurrenter, at konkurrenter aldrig ville aftale en ensidig deling af kunder. Det anførte kan ikke ændre på, at parterne rent faktisk har indgået en kudedelingsaftale. Dertil kommer, at der i øvrigt ikke er tale om en ensidig kudedelingsaftale. Den fremlagte sms-korrespondance...indeholder således flere eksempler på, at MCD også henvender sig til MPE Distribution om kundeemner, som MCD ønsker.

2.2 MPE Distribution var ikke agent for MCD

MCD gør gældende, at aftalen med MPE Distribution var en egentlig agentaftale, der ikke er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6. Dette er ikke tilfældet.

En agent i konkurrenceretlig forstand er en juridisk eller fysisk person, der bemyndiges til på en anden persons (agentgiverens) vegne enten i agentens eget navn eller i agentgivers navn at forhandle og/eller indgå kontrakter om agentgivers køb af varer eller tjenesteydelser, eller salg af varer eller tjenesteydelser, der leveres af agentgiver, jf. Kommissionens vertikale retningslinjer, punkt 12.

Domstolen har i sag *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, EU:C:2006:784 (herefter 'CEPSA-dommen'), præmis 41-45 og 56-59, fastslået, at det afgørende for, om en mellemhandler kan anses for at være en andens agent, er, at parterne optræder som en enhed, og at mellemhandleren fungerer som et hjælpeorgan, der er integreret i agentgivers virksomhed. Ifølge dommens præmis 45 er den sidstnævnte betingelse ikke opfyldt, hvis mellemhandleren skal bære de økonomiske og kommercielle risici forbundet med salg eller indgåelse af kontrakter med tredjemænd.

I den forbindelse kan videre henvises til Kommissionens vertikale retningslinjer punkt 15 og 17, hvoraf fremgår, at såfremt en virksomhed har aftalespecifikke risici, så er det tilstrækkeligt til at konkludere, at der ikke er tale om et egentlig agentforhold.

Som anført i punkt 255-263 i Konkurrencerådets afgørelse er der intet i sagens faktiske forhold, der støtter, at MPE Distribution agerede som agent for MCD i konkurrencereglerens forstand. MPE Distribution opfylder således ikke de ovenfor nævnte betingelser for at blive betegnet som en agent for MCD.

MPE Distribution forhandlede selv slutprisen med sine kunder og bar den økonomiske risiko i relation til disse, hvilket MCD har bekræftet i forhold til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. også punkt 55 i rådets afgørelse. At bære debitorrisikoen må anses for at være en så væsentlig risiko, at MPE Distribution allerede derfor ikke kan betegnes som MCDs agent.

Det er derfor irrelevant, at MPE Distribution ikke havde pligt til at afholde væsentlige omkostninger til markedsføring, lager, personale eller andre investeringer i forbindelse med afsætning af distributionen, eller om ejendomsretten til distributionsydelse angiveligt først overgik ved "videresalget".

Hertil kommer, at MPE Distribution som selvstændig virksomhed netop ikke ville have kontraktuelle forpligtelser for MCD af den pågældende art, ligesom heller ikke MCD havde de pågældende omkostninger i relation til distributionen, idet selve distributionen netop blev udført af Post Danmark. Det giver derfor ikke mening at hævde, at fraværet af de pågældende omkostninger indikerer, at MPE Distribution ikke havde relevante risici ved samarbejdet.

Det fremgår endvidere klart af e-mail af 30. januar 2015 fra C til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen..., at MPE Distribution gik ind i samarbejdet med den overbevisning, at de skulle drive deres egen virksomhed med salg af distribution af adresseløse forsendelser.

Konkurrencerådet har forholdt sig til alle relevante forhold, der forelå, herunder også aftalen mellem MCD og MPE Distribution. Det relevante for vurderingen er i den forbindelse ikke samarbejdsaftalen, men derimod den horisontale kundedelingss aftale. Der er ikke tale om, at rådet har sat skøn under regel ved at lægge vægt

på de i retspraksis opstillede kriterier for, hvornår der er tale om et egentligt agentforhold.

Endelig følger det af Domstolens dom i *Suiker Unie*, C-40/73, EU:C:1975:174, præmis 544-547, at såfremt agenten udøver konkurrerende virksomhed til agentgiveren, kan forholdet ikke betegnes som en agentaftale. Som anført ovenfor under punkt 2.1 var MCD og MPE Distribution konkurrenter, idet de – for så vidt angår kundedelingsaftalen – udøver samme form for erhvervsvirksomhed i samme led af omsætningskæden. Også af denne grund er der ikke tale om en agentaftale.

2.3 Der er indgået en horisontal aftale om kundedeling

Efter Konkurrencerådets opfattelse er det i overensstemmelse med de beviskrav, der gælder herfor, ved oplysningerne i sagen klart og utvetydigt dokumenteret, at MCD og MPE Distribution har indgået en horisontal aftale om deling af kunder i forbindelse med afsætning af distributionsydelse, jf. nærmere om begrundelsen i punkt 212-267 i rådets afgørelse.

Indholdet af kundedelingsaftalen er dokumenteret både i e-mail af 30. januar 2015 fra MPE Distribution til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, idet MPE Distribution har valgt at samarbejde med konkurrencemyndighederne, og ved den i sagen fremlagte omfattende kommunikation mellem MCD og MPE Distribution, der tegner et tydeligt billede af den indgåede kundedelingsaftale...

Kundedelingsaftalen mellem MCD og MPE Distribution indebar, at MPE Distribution som led i sit eget salg af PostNord-distributionsydelsen til mulige kunder ikke måtte give tilbud til virksomheder, der enten allerede var kunder hos MCD, eller som MCD havde dialog med. Eksemplerne viser, at når MCD skulle afgive tilbud eller "angribe" mulige kundeemner, så skulle det klares med MCD på forhånd. Som et resultat af aftalen holdt MPE Distribution sig fra de pågældende kundeemner i de tilfælde, hvor MCD benævnte dem som "min" eller "mit" eller blot angav allerede at have dialog med den pågældende virksomhed.

2.4 Kundedelingsaftalen har til formål at begrænse konkurrencen

2.4.1 Overordnede bemærkninger

Som anført i afsnit 2.3 ovenfor er det klart og utvetydigt dokumenteret, at MCD og MPE Distribution indgik en horisontal kundedelingsaftale i forbindelse med afsætning af distributionsydelse. Denne kundedelingsaftale har af de i Konkurrencerådets afgørelse punkt 188-268 anførte grunde til formål at begrænse konkurrencen.

Det skal herved fremhæves, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 hviler på et grundprincip om, at enhver virksomhed uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet, jf. eksempelvis dom *T-Mobile*, C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 32-33.

Denne uafhængighed udelukker kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt, der er egnet til enten at have indflydelse på en eksisterende eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller over for en konkurrent at afsløre den adfærd, som virksomheden selv har bestemt sig for at udvise, eller som virksomheden overvejer at udvise, når sådanne kontakter har til formål (eller følge) at påvirke konkurrencen, jf. dom *Eturas m.fl.*, C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 27.

Efter fast retspraksis siges en aftale at have til formål at begrænse konkurrencen, hvis en undersøgelse af navnlig rækkevidden af aftalens indhold, de formål aftalen efter en objektiv vurdering tilsigter at opfylde samt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, jf. eksempelvis dom *Allianz Hungaria*, C-32/11, EU:C:2013:160, dom *Groupement des Cartes Bancaires*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, dom *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484, dom *SIA Maxima Latvija*, C-345/14, EU:C:2015:784, og dom *Toshiba*, C-373/14 P, EU:C:2016:26.

Hvis det på baggrund af en undersøgelse af de ovennævnte forhold kan fastslås, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge aftalens sandsynlige negative virkninger for konkurrencen nærmere (dvs. det er uden betydning om en skade på konkurrencen faktisk indtræder, herunder omfanget af skaden). Dette skyldes den omstændighed, at sådanne aftaler mellem virksomheder efter deres art i sig selv kan betragtes som så skadelige for de normale konkurrencevilkår, at der derfor normalt uundgåeligt også vil foreligge konkurrenceskadelige følger.

Ved den konkrete vurdering af, om den indgåede horisontale kundedelingsaftale har til formål at begrænse konkurrencen, har rådet i overensstemmelse med det ovenfor anførte lagt vægt på aftalens indhold, de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. Der er ikke belæg for, at der skulle være inddraget yderligere forhold i vurderingen af, at kundedelingsaftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

2.4.2 Aftalens indhold

Indholdet af aftalen mellem MCD og MPE Distribution, der er aktuelle konkurrenter, jf. herved det ovenfor i punkt 2.1 anførte, afspejles i korrespondancen mellem MCD og MPE Distribution... Som anført var indholdet af kundedelingsaftalen bl.a., at MPE Distribution skulle indhente tilladelse hos MCD, før MPE Distribution måtte kontakte nye, potentielle kunder.

Det fremgår bl.a. af sms af 24. februar 2014, hvor MCD tilkendegiver:

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

Hvortil MPE Distribution svarede: "Ok".

Det fremgår sammenfattende af dokumentationen, at så længe samarbejdet med MCD fungerede (fra ultimo 2013 til ultimo 2014), tog MPE Distribution løbende kontakt til MCD for at afklare, om MCD allerede havde den konkrete kunde. Hvis det var tilfældet, var aftalen, at MPE Distribution skulle holde sig fra kunden.

2.4.3 De målsætninger, der søgtes gennemført med aftalen

De målsætninger, der blev gennemført ved aftalen, var – ud fra en objektiv vurdering – at dele kunder med henblik på at begrænse kundernes valgmuligheder og samtidig forbedre virksomhedernes forretningsgrundlag.

Aftalen mellem MCD og MPE Distribution var ikke nødvendig for funktionen af parternes fælles aftale om indkøb og videresalg af distribution af adresseløse forsendelser, og parterne kunne have opnået samme mål om at øge volumen uden at aftale en kundedeling, jf. herved rådets afgørelse punkt 250-252.

Samarbejdsaftalen mellem MCD og MPE Distribution har tillige karakter af en horisontal aftale om fælles indkøb af distribution af adresseløse forsendelser. Denne aftale tager sigte på at skabe større køberstyrke gennem større volumen med henblik på at opnå lavere priser. Heller ikke i forbindelse med sådanne fælles indkøbsordninger kan et vilkår om fordeling af markeder eller kunder anses for en lovlig accessorisk begrænsning, jf. punkt 205 i Kommissionens retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler.

2.4.4 Den retlige og økonomiske kontekst

Hvad angår kriteriet om den retlige og økonomiske sammenhæng, skal der i henhold til fast retspraksis tages hensyn til ethvert relevant forhold, navnlig arten af de pågældende varer eller tjenesteydelser, og hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.

Der er imidlertid ikke krav om en mere dybtgående eller fuldstændig analyse af markedsf forholdene, herunder hverken af aftalens sandsynlige negative virkninger eller af aftalens angivelige konkurrencefremmende virkninger, som indgår i vurderingen efter konkurrencelovens § 8 og den tilsvarende bestemmelse i TEUF artikel 101, stk. 3, jf. bl.a. sag C-209/07, *BIDS*, EU:C:2008:643, præmis 21, sag C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, præmis 28ff, og EFTA-domstolens dom i sag E-3/16, *Ski Taxi SA mod Norge*, præmis 58, 63 og 66.

Visse aftaler har endvidere efter fast retspraksis et konkurrencebegrænsende formål i sig selv og tilhører en kategori af aftaler, som konkurrencelovens § 6 og den tilsvarende bestemmelse i TEUF artikel 101, stk. 1, udtrykkeligt forbyder, idet et sådant formål i udgangspunktet ikke kan retfærdiggøres gennem en analyse af den økonomiske sammenhæng, hvori den pågældende adfærd indgår.

For sådanne aftaler kan undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng derfor begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. f.eks. sag C-67/13 P, *Groupe-*

ment des Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, præmis 28ff, sag C373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, præmis 28ff og sag C-469/15 P, FSL, EU:C:2017:308.

En aftale om kundedeling anses netop efter sin art for at være så skadelig for de normale konkurrencevilkår, at den må siges at have konkurrencebegrænsning til formål, jf. sag C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, præmis 28ff.

Uanset at analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng derfor kan begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt, har rådet i afgørelsen foretaget en fuldt ud dækkende bedømmelse af, at der ikke konkret forelå sådanne særlige forhold i den økonomiske og retlige kontekst for aftalen, at der kan være tvivl om, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. nærmere afsnit 4.3.3.4 i rådets afgørelse.

Konkurrencerådet har herved inddraget alle relevante forhold i fornødent omfang, herunder at der ikke i den foreliggende sag er tale om en atypisk eller kompleks aftale, men om en kundedelingsaftale mellem konkurrenter udtrykkeligt omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, at der ikke er tale om en agentaftale, og at kundedelingsaftalen ikke i øvrigt var et nødvendigt eller lovligt accessorisk element i parternes samarbejde om fælles indkøb. Der er således ikke krav om, at der skal inddrages yderligere forhold end sket i vurderingen.

Det er uden betydning, om parternes aftale angiveligt forfulgte andre lovlige og konkurrencegavnlige hensyn, jf. Domstolens dom i sag C-209/07, *BIDS*, EU:C:2008:467, præmis 21. Dertil kommer, at MCDs bemærkninger herom alle er relateret til parternes samarbejdsaftale, men det er kun aftalen om kundedeling, der er genstand for sagen.

MCDs bemærkninger om, at aftalen var nødvendig for MCDs eksistens og konkurrencedygtighed, idet MCD havde behov for at styre MPE Distributions salgsindsats for at sikre mest mulig volumen, og at aftalen dermed førte til lavere priser på markedet, angår reelt de angivelige positive virkninger af samarbejdsaftalen om fælles indkøb og ikke kundedelingsaftalen.

Bemærkningerne er derfor irrelevante for vurderingen af, om kundedelingsaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Selve kundedelingsaftalen havde utvivlsomt ikke konkurrencegavnlige eller tvetydige virkninger på markedet, som angivet af MCD. I forhold til volumen hos Post Danmark er det uden betydning, om kunden tilhører MCD eller MPE Distribution. Kundedelingsaftalen var således ikke en nødvendig betingelse for at opnå de af MCD anførte angivelige positive effekter af aftalen om fælles indkøb. Kundedelingsaftalen begrænsede tværtimod kundernes valgmuligheder og dermed den priskonkurrence, der kunne have været i forhold til kunderne.

MCDs bemærkninger henhører desuden ikke under vurderingen af den retlige og økonomiske kontekst, men angår reelt spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne i konkurrencelovens § 8 er opfyldt, jf. nærmere nedenfor i afsnit 4.

2.4.5 Om MCDs kontrafaktiske analyse

For så vidt angår MCDs bemærkninger om, at Konkurrencerådet har undladt at undersøge det kontrafaktiske scenarie, skal det fremhæves, at det for aftaler, som efter ovenstående kriterier siges at have til formål at begrænse konkurrencen, ikke er et krav, at der foretages en undersøgelse af det kontrafaktiske scenarium, jf. Rettens dom i sag T-472/13, *Lundbeck*, EU:T:2016:449, præmis 472-473.

Det fremgår af præmis 472-473, at det forhold, at der ikke gælder et krav om en kontrafaktisk analyse, skal ses i lyset af, at kundedelingsaftaler mellem konkurrenter efter fast retspraksis har et konkurrencebegrænsende formål i sig selv og tilhører en kategori af aftaler, som konkurrenceovens § 6 og den tilsvarende bestemmelse i TEUF artikel 101, stk. 1, udtrykkeligt forbyder, at formålet med sådanne aftaler ikke kan retfærdiggøres gennem en analyse af den økonomiske sammenhæng, hvori den pågældende adfærd indgår, og at evt. konkurrencefremmende virkninger af sådanne aftaler ikke kan inddrages i vurderingen af, om kundedelingsaftalen har til formål at begrænse konkurrence.

MCDs beskrivelse af fire mulige kontrafaktiske scenarier er allerede af denne grund uden betydning for Sø- og Handelsrettens vurdering i denne sag. Dertil kommer, at de elementer, som MCD ønsker inddraget i den kontrafaktiske analyse, herunder at MPE Distribution angiveligt ikke ville kunne tilbyde ligeså konkurrencedygtige priser uden kundedelingsaftalen, ikke kan inddrages i vurderingen af, om der foreligger en til formåls-overtrædelse, idet forholdene rettelig henhører under vurderingen efter § 8.

MCDs kontrafaktiske sammenligning af priserne med kundedelingsaftalen og priserne i det angiveligt mest sandsynlige kontrafaktiske scenarium ("kontrafaktisk scenarium 4 - MPE går ikke ind på markedet for afsætning af adresseløse forsendelser") fremstår under alle omstændigheder selektiv, selvmodsigende og misvisende. De opstillede kontrafaktiske scenarier kan i den forbindelse ikke, som ellers angivet af MCD, antages at udgøre en relevant og retvisende "konkurrenceøkonomisk analyse".

Hvad angår MCDs omtale af de enkelte kontrafaktiske scenarier, bemærker Konkurrencerådet følgende:

Kontrafaktisk scenarium 1 - MPE træder selvstændigt ind på markedet med konkurrencedygtige priser:

I forhold til kontrafaktisk scenarium 1 anfører MCD, at dette er det mest usandsynlige scenarie og afviser dermed, at MPE Distribution kunne indtræde på markedet med konkurrencedygtige priser.

Hertil bemærkes, at aftalen som anført i svarskriftets afsnit 2.1 og duplikkens afsnit 3.1 ikke var objektivt nødvendig for, at MPE Distribution kunne komme ind på markedet. MPE Distribution havde både evne og vilje til at komme ind på marke-

det, og MPE Distribution indledte efterfølgende et samarbejde med en anden konsolidator (uden at det var nødvendigt at indgå en kundedelingsaftale). MCD og MPE Distribution var derfor konkurrenter.

Kontrafaktisk scenarium 2 - MCD og MPE ville indgå distributionsaftale med samme engrospris, men uden styringselementet:

I forhold til kontrafaktisk scenarium 2 anfører MCD, at det er helt usandsynligt, at MCD ville indgå en aftale med MPE Distribution uden kundedelingsaftalen, idet MCD ville miste indtjening fra de slutkunder, som MPE Distribution ville tage fra MCD, hvis der var fri konkurrence om kunderne, og at MCD i givet fald ville have krævet en højere pris fra MPE Distribution for at kompensere herfor. MCD henviser herved til, at MCD hævdede priserne i forhold til MPE Distribution, da MPE Distribution henvendte sig til nogle af MCDs eksisterende kunder.

Konkurrencereglerne har imidlertid netop til formål at beskytte en sådan konkurrence om kunderne. Risikoen for at blive mødt med konkurrence fra en konkurrent kan naturligvis ikke begrunde, at de pågældende konkurrenter indgår en kundedelingsaftale for at begrænse konsekvenserne af den frie konkurrence. Det forhold, at MCD hævdede priserne i forhold til MPE Distribution, da MPE Distribution ved en fejl havde afgivet tilbud til nogle af de kunder, der efter kundedelingsaftalen tilhørte MCD, synes ikke at være et godt eksempel på, hvad forholdene under normal effektiv konkurrence ville være. Endvidere finder Konkurrencerådet det udkommenteret og stridende mod almindelig erfaring, at det skulle være helt usandsynligt, at en virksomhed benytter sig af og tilbyder en forhandler af givne produkter konkurrencedygtige engrospriser, uanset at der – i sagens natur – herved kan ske "kannibalisering" af leverandørens kunder.

Kontrafaktisk scenarium 3 - MCD og MPE ville indgå en distributionsaftale uden styringselementet men med højere engrospris:

I det kontrafaktiske scenarium 3 antager MCD, at MPE Distribution ikke kunne tilbyde konkurrencedygtige priser. Ud over det i relation til scenarium 1 anførte om, at MCD og MPE Distribution var konkurrenter, idet MPE Distribution havde både evne og vilje til at komme ind på markedet, skal det påpeges, at MCDs antagelse om, at det ikke nødvendigvis har en positiv effekt på konkurrencen, at der kommer en ekstra aktør på markedet, for det første bygger på et hypotetisk regneeksempel, som ikke tager højde for, hvad der konkret gjaldt for MPE Distribution, herunder at MPE Distribution kunne have lavere omkostninger på andre områder eller i øvrigt have en anden prisstrategi med lavere avancer end MCD.

Derudover bygger antagelsen og regneeksemplet for det andet på, at virksomhederne med meget høj grad af sikkerhed kender sine konkurrenters omkostninger, kapacitet og prisstrategi ved afgivelse af bud til kunderne.

Virksomheder på konkurrenceudsatte markeder har imidlertid ikke fuld information om konkurrenternes omkostninger og prisstrategi. Når der er usikkerhed om,

hvad andre virksomheder vil byde på en opgave, må det alt andet lige forventes, at der bliver budt lavere priser for at øge sandsynligheden for at vinde opgaven end, hvis virksomhederne har fuld information om konkurrenters omkostninger, kapacitet, prisstrategi m.v. Usikkerheden på markedet vil derfor medvirke til at sikre, at der tilbydes konkurrencedygtige priser. Det er denne usikkerhed om konkurrenternes ageren, som er medvirkende til at skabe effektiv konkurrence, og som konkurrencereglerne bl.a. har til formål at beskytte, jf. f.eks. sag C8/08, T-Mobile, EU:C:2009:343, præmis 35.

Kontrafaktisk scenarium 4 - MPE går ikke ind på markedet for afsætning af distribution af adresseløse forsendelser:

For så vidt angår det kontrafaktiske scenarium 4, som MCD anser for mest realistisk, bygger det reelt på en kombination af visse af antagelserne bag scenarium 1-3, hvorfor der henvises til bemærkningerne herom ovenfor. Der er ikke fremlagt nogen som helst dokumentation for, at scenarium 4 skulle være det mest realistiske alternativ til kundedelingsaftalen.

Sammenligningen af scenarium 4 med den faktisk indgåede kundedelingsaftale angår desuden forhold, der rettelig henhører under vurderingen efter § 8. MCD har endvidere udeladt eventuelle negative effekter, når MCD regner sig frem til, at kundedelingsaftalen har ført til lavere priser for forbrugerne sammenholdt med kontrafaktisk scenarium 4. De angivelige positive effekter, som MCD fremhæver, er derudover fuldstændig udokumenterede. Det er også bemærkelsesværdigt, at, når MCD fremhæver de positive effekter i form af "lokalområde-effekten" og "volumen-effekten", så har det af MCD benævnte styringselementet efter MCDs opfattelse meget begrænset betydning. Når MCD derimod argumenterer for, at kontrafaktisk scenarium 4 er det relevante scenarium, så er styringselementet altafgørende.

Videre er det svært at forstå, at de angivelige positive "lokalområde-effekter" skulle blive mindre, hvis MPE Distribution ikke havde været afskåret fra aktivt og passivt at sælge til kunder uden for lokalområdet, medmindre salg til kunder uden for lokalområdet på grund af evt. begrænset salgskapacitet hos MPE Distribution ville have vanskeliggjort salg til kunder inden for lokalområdet, hvilket MCD dog ikke har dokumenteret.

3. AFTALEN ER IKKE OMFATTET AF DEN VERTIKALE GRUPPEFRITAGELSE

MCD har gjort gældende, at aftalen i medfør af konkurrencelovens § 10 er omfattet af bekendtgørelse nr. 739 af 23. juni 2010 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, der implementerer Kommissionens vertikale gruppefritagelse, idet alle betingelserne for fritagelse er opfyldt.

Det følger af punkt 12 i Kommissionens horisontale retningslinjer, at i det omfang vertikale aftaler indgås mellem konkurrenter, kan de få samme konkurrencemæssi-

ge problemer som horisontale aftaler. Vertikale aftaler mellem konkurrenter falder derfor ind under de horisontale retningslinjer.

En aftales horisontale virkninger skal dermed altid vurderes først, og da samarbejdet mellem MCD og MPE Distribution, som anført ovenfor, ikke kan betragtes som lovligt ud fra en horisontal vinkel, er der ikke behov for at foretage en yderligere vurdering af eventuelle vertikale aspekter af samarbejdet.

Faktum er, at der er tale om et integreret indkøbssamarbejde mellem to konkurrenter, som sammenlægger deres behov for indkøb af distribution af adresseløse forsendelser for at få en god pris hos Post Danmark. Realiteten i parternes samarbejde var, at de indkøbte i fællesskab, men solgte hver for sig, og i den forbindelse indgik en kundedelingsaftale om salget. Det forhold, at MCD varetager forhandlingerne med Post Danmark, indebærer ikke, at kundedelingsaftalen automatisk skal anses som vertikal og dermed bedømmes anderledes end gjort i afgørelsen, jf. også afsnit 2.1 ovenfor.

Horisontale kundedelingsaftaler er direkte omfattet af konkurrencelovens § 6. Parternes aftale kan derfor ikke karakteriseres som et forhold, der "ligger tæt på gruppe-fritagelsen" for vertikale aftaler og endnu mindre lovliggøres med henvisning hertil. Efter Domstolens praksis skal en gruppefritagelse fortolkes indskrænkende, jf. punkt 315 i rådets afgørelse.

Konkurrerende virksomheder bør ikke kunne omgå forbuddet i § 6 ved at sammenlægge deres behov for indkøb af en specifik tjenesteydelse udført af tredje mand, indskyde et "internt salg" af denne ydelse imellem sig og herefter gøre gældende, at parternes relation nu er vertikal med heraf følgende ret til at opdele markeder og kunder i forbindelse med deres efterfølgende salgsaktiviteter under påberåbelse af den vertikale gruppefritagelse. Hvis relationen mellem parterne skulle bedømmes som påstået af MCD, ville det være alt for nemt at omgå forbuddet i konkurrenceloven § 6. Konsekvensen ville også være, at MCD ville kunne indgå kundedelingsaftaler med de øvrige deltagere i konsolidatorordningen, hvormed MCD ville kunne styre al kundeopsøgende arbejde hos disse ellers konkurrerende virksomheder.

Aftalen kan endvidere under alle omstændigheder ikke anses for omfattet af den vertikale gruppefritagelse, jf. artikel 2, stk. 4, litra b. Bestemmelsen er en snæver undtagelse til hovedreglen om, at den vertikale gruppefritagelse ikke kan anvendes på aftaler mellem konkurrenter. Bestemmelsen skal derfor kun anvendes på den situation, som den er tiltænkt, nemlig parallel distribution, og det omfatter ikke en situation som den foreliggende kundedelingsaftale.

For det første er MCD ikke leverandør i litra b's forstand. MCD uddeler ikke adresseløse forsendelser – det gør Post Danmark. MCD formidler alene Post Danmarks distributionsydelse til MPE Distribution som led i deres indkøbssamarbejde for at

få en bedre pris hos den reelle leverandør, svarende til den funktion, som MCD har i forhold til de øvrige deltagere i konsolidatorordningen. MCD er slet ikke leverandør i det omsætningsled, hvor kundedelingsaftalen er indgået. Samarbejdet mellem MCD og MPE Distribution er dermed ikke et samarbejde mellem en leverandør og en køber i litra b's forstand.

For det andet er det et krav efter artikel 2, stk. 4, litra b, at køber skal levere varer og tjenesteydelser i detailsalgsleddet. Denne betingelse er heller ikke opfyldt.

I Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger punkt 29 er forhandlerne i detailsalgsleddet defineret som *"forhandlere, der videresælger varer til de endelige forbrugere"*. I Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af art. 101, stk. 3, defineres begrebet *"endelige forbrugere"* således i pkt. 84: *"Begrebet »forbrugere« omfatter alle direkte og indirekte brugere af de produkter, aftalen indeholder, herunder [...] og endelige forbrugere, dvs. fysiske personer, der ikke køber produkterne som led i deres erhverv. Med andre ord er de forbrugere, der tales om i artikel 81, stk. 3, aftaleparternes kunder samt senere købere. Disse kunder kan være virksomheder, f.eks. [...], eller de kan være endelige forbrugere, f.eks. købere af is eller cykler."* (min understregning).

Hverken MCD eller MPE Distributions kunder er endelige forbrugere, men derimod erhvervsvirksomheder, der anvender distributionsydelser som led i deres professionelle virke.

Dermed falder parternes samarbejde på to væsentlige punkter ikke inden for de snævre rammer for undtagelsen i art. 2, stk. 4, litra b.

Når det ikke er muligt at henføre parternes aftale under den vertikale gruppefritagelse, er det principielt set også uden selvstændig betydning, om aftalen forhindrede passivt salg eller ej. Rådet skal for en ordens skyld fremhæve, at kundedelingsaftalen under alle omstændigheder også omfattede en begrænsning af passivt salg, hvorfor den vertikale gruppefritagelse også af denne grund ikke finder anvendelse, jf. artikel 4, stk. 1, litra b.

Kudedelingsaftalen gik således ud på, at MPE Distribution ikke måtte røre MCDs kunder inklusiv de potentielle kunder, som MCD blot havde en dialog med. Når der er tale om en så bred og udefineret "fredning" af en kundegruppe med en indbygget ret for MCD til at godkende alle MPE Distributions salgsaktiviteter, må det lægges til grund, at MPE Distribution heller ikke måtte sælge til MCDs aktuelle eller potentielle kunder, hvis de henvendte sig uopfordret til MPE Distribution.

Ifølge MCD var det overordnede formål med parternes kudedelingsaftale endvidere at sikre størst mulig volumen, hvilket også stemmer bedst med, at der var tale om en aftalt begrænsning på alle kundehenvendelser inklusive uopfordrede henvendelser. Dette understøttes videre af MPE Distributions beskrivelse af aftalen...og af dialogen mellem parterne... Et eksempel er SMS af 12. juni 2014, som indgår i afgørelsen pkt. 65, og hvor MCD skriver følgende til MPE:

"Hej C. Ring gerne når du kan. Det drejer sig om en forespørgsel jeg har fået på myplanet, men den mener jeg du har?"

MCD har ikke påvist, at parternes kundedelingsaftale, på trods af de klare indikationer på det modsatte, ikke omfattede en begrænsning af passivt salg. Det er på den baggrund ubetænkeligt at lægge til grund, at kundedelingsaftalen også begrænsede passivt salg.

4. AFTALEN ER IKKE FRITAGET EFTER KONKURRENCELOVENS § 8

Efter konkurrencelovens § 8 finder forbuddet i § 6, stk. 1, ikke anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder:

- Bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
- Sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
- Ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
- Ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Aftaler, som har til formål at begrænse konkurrencen, kan i princippet også opfylde betingelserne for fritagelse, men det må kræve en særligt underbygget begrundelse, hvis aftaler, som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, skal kunne opfylde betingelserne i konkurrencelovens § 8, jf. herved punkt 1 i Kommissionens arbejdsrapport om, hvilke konkurrencebegrænsninger som har til formål at begrænse konkurrencen og punkt 46 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3).

Ved sådanne alvorlige konkurrencebegrænsninger må der derfor kræves en meget klar dokumentation for, at de kumulative betingelser i § 8 er opfyldt.

Fremlæggelse af dokumentation for effektivitetsgevinster skal være i en form, hvorved konkurrencemyndighederne har mulighed for at efterprøve sandsynligheden for og størrelsen af hver af de påståede effektivitetsgevinster og forbindelsen mellem den konkurrencebegrænsede aftale og effektivitetsgevinsterne, samt hvordan og hvornår hver af de påståede effektivitetsgevinster opnås, jf. herved nærmere punkt 4872 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3).

Det er MCD, som i overensstemmelse med de ovenfor anførte dokumentationskrav skal påvise, at de fire kumulative betingelser for en individuel fritagelse er opfyldt, og dette har MCD ikke gjort, jf. herved punkt 320ff i rådets afgørelse.

Først og fremmest har MCD ikke dokumenteret, at kundedelingsaftalen var et nødvendigt led i indkøbssamarbejdet. MCDs argument om, at maksimering af volumen er afgørende for, at MCD kan opnå den laveste pris hos Post Danmark, må også afvises.

I forhold til volumen hos Post Danmark er det uden betydning, om kunden tilhører MCD eller MPE Distribution. Og for kunden betød kundedelingsaftalen færre valgmuligheder og potentielt højere priser. MCD har heller ikke dokumenteret effektivitetsgevinster ved den indgåede kundedelingsaftale, eller at sådanne effektivitetsgevinster kom slutbrugerne hos MCD og MPE Distribution til gode. Der henvises i øvrigt til punkt 327-352 i rådets afgørelse. ”

Rettens begrundelse og resultat

I slutningen af 2013 indgik Mediacenter Danmark A/S og MPE Distribution ApS en aftale, hvorefter MPE Distribution fra Mediacenter Danmark skulle aftage distribution af adresseløse forsendelser i Danmark med henblik på videre salg til slutkunderne, det vil sige annoncører eller andre, som skulle have distribueret adresseløse forsendelser. Dermed indgik volumen fra MPE Distributions salg af distribution i den samlede volumen af distribution, som Mediacenter Danmark aftog fra Post Danmark. Denne aftale mellem Mediacenter Danmark og MPE Distribution svarede ubestridt til de standardaftaler, som Mediacenter Danmark indgik med sine egne slutkunder om distribution af adresseløse forsendelser og var således ikke udtryk for, at MPE Distribution indgik i konsolidatorordningen (indkøbsfællesskabet) på samme måde, som de øvrige mediebranchebureauer.

Et væsentligt spørgsmål i sagen er, om den kundedelingsaftale, som ubestridt blev indgået mellem Mediacenter Danmark og MPE Distribution, blev indgået som en del af parternes aftale om afsætning af distribution omtalt ovenfor, eller som en særskilt, efterfølgende aftale.

Det fremgår af Konkurrenceankenævnets kendelse, at kundedelingsaftalen var en aftale for sig, og retten tiltræder efter en samlet vurdering af bevisførelsen for retten denne vurdering. Retten har herved navnlig lagt vægt på, at den fremlagte, skriftlige aftale mellem parterne om distribution intet indeholder om kundedeling, ligesom der heller ikke foreligger nogen aftale om kundedeling, som henviser til distributionsaftalen. I det hele taget foreligger der ikke en skriftlig aftale om kundedeling, og det må også efter bevisførelsen for retten lægges til grund, at det forholder sig som oprindeligt angivet af C i hans mail af 30. januar 2015 til Konkurrencestyrelsen, hvor han skrev, at han allerede få uger efter (distributions)aftalens ikrafttrædelse fik de første meldinger om, at der var visse kunder, han ikke måtte give tilbud på, hvilket han blev forundret over, idet noget sådant ikke fremgik af aftalen.

Når retten lægger til grund, at der er tale om en særskilt, efterfølgende kundedelingsaftale, følger heraf, at der på tidspunktet for kundedelingsaftalens indgåelse var tale om en horisontal aftale indgået mellem aktuelle konkurrenter, uden at den kan være en nødvendig del af distributionsaftalen eller udtryk for et agentforhold.

Retten tiltræder endvidere på den anførte baggrund og efter det, som Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet har anført om aftalens indhold, objektive formål og retlige og økonomiske kontekst, at aftalen om kundedeling med tilstrækkelig klarhed er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen og dermed udgør en aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen, uden at yderligere analyse er nødvendig.

Retten tiltræder herefter, at Mediacenter Danmark (sammen med MPE Distribution) har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, ved at have indgået en aftale og samordnet praksis om kundedeling.

Retten finder som anført, at der for så vidt angår den kundedelingsaftale, der foreligger til pådømmelse, er tale om en horisontal aftale mellem konkurrenter uden noget vertikalt led. Derfor kan fritagelse efter gruppefritagelsen for vertikale aftaler ikke komme på tale.

Af de af Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet anførte grunde kan aftalen heller ikke fritages efter reglen om individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Af de anførte grunde finder retten ikke, at der er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse, og sagens resultat bliver derfor, at Konkurrencerådet frifindes.

Mediacenter Danmark skal efter sagens resultat betale sagsomkostninger til Konkurrencerådet. Sagsomkostningerne fastsættes efter sagens karakter, omfang og forløb, herunder med to dages hovedforhandling, til 125.000 kr., som angår udgifter til advokat inkl. moms.

THI KENDES FOR RET:

Konkurrencerådet frifindes.

Mediacenter Danmark A/S skal inden 14 dage betale 125.000 kr. i sagsomkostninger til Konkurrencerådet. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.