

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 6. november 2019 i sag nr. KL-1-2019 og KL-2-2019

Clear Channel Danmark A/S
(advokat Olaf Køktvedgaard
og advokat Frederik André Bork)
og
AFA JCDecaux A/S
(advokat Philip S. Thorsen)

mod

Konkurrencerådet
(chefkonsulent Gunvor Harbo Valerius)

Resume af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 19. december 2018 truffet afgørelse i en sag, der angår, om Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux A/S har indgået en aftale og/eller en samordnet praksis om koordinering af rabatter i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrence-lovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a.

Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux har den 15. og 16. januar 2019 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

Påstande

Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux A/S har nedlagt samstemmende påstande om, at Konkurrencerådets afgørelse af 19. december 2018 ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen stadfæstes.

Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet traf den 19. december 2018 følgende afgørelse:

”18. ...

1. Det meddeles Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux A/S, at Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux A/S har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a:
 - Ved i perioden 5. september 2008 til i hvert fald 21. april 2015 at have indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af fælles rabatsatser ved køb af reklameplads i outdoor-medier gennem Kreativitet & Kommunikations medlemmer. Parternes aftale og/eller samordnede praksis omfattede fælles satser for:
 - i) Medieprovision
 - ii) Sikkerhedsstillelse
 - iii) Informationsgodtgørelse
 - Ved i perioden 14. oktober 2009 til 31. december 2010 at have indgået en aftale om fastsættelse af en fælles sats for kontantrabatter over for Kreativitet & Kommunikations medlemmer ved køb af reklameplads i outdoor-medier.
2. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1 og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, påbyder Konkurrencerådet Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux A/S:
 - Straks at bringe den i punkt 1 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket,
 - fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 1,

- at informere Kreativitet & Kommunikation og alle mediebureauer som er medlem af Kreativitet & Kommunikation om Konkurrencerådets afgørelse, og
- senest 14 hverdage fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for at påbuddene er opfyldt.

...

4.8 Samlet konklusion

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

- det relevante marked kan afgrænses til det danske marked for udbud af reklameplads i outdoor-medier, styrelsen har dog ikke taget stilling til den endelige afgrænsning af markedet.
- at parternes aftale og/eller samordnede praksis kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart,
- Clear Channel og AFA JCDecaux opfylder virksomhedsbegrebet,
- der foreligger en aftale og/eller samordnet praksis mellem Clear Channel og AFA JCDecaux om at fastsætte fælles rabatter ved salg af outdoor-medier gennem Kreativitet & Kommunikations medlemmer,
- aftaler og/eller den samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen på det danske marked for udbud af reklameplads i outdoor-medier,
- aftalen og/eller den samordnede praksis om at fastsætte fælles rabatsatser udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, og
- aftalen og/eller den samordnede praksis falder ikke ind under en gruppefritagelse, og opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.”

Sagens faktiske omstændigheder

Parterne

Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux A/S er outdoor-medieudbydere, der sælger reklameplads i outdoor-medier i Danmark.

Clear Channel Danmarks outdoor-medier består i dag primært af byudstyr, billboards og reklame-medier i Københavns Metro. Clear Channel Danmark omsatte i 2014 for [REDACTED]. kr. i Danmark og havde dermed en markedsandel på ca. [REDACTED] procent af et eventuelt dansk marked for salg af reklameplads i outdoor-medier.

AFA JCDecaux' outdoor-medier består i dag primært af byudstyr, billboards og reklamemedier i og ved supermarkeder, togstationer og lufthavne. AFA JCDecaux omsatte i 2014 for [REDACTED]. kr. i Danmark og havde dermed en markedsandel på ca. [REDACTED] procent af et eventuelt dansk marked for salg af reklameplads i outdoor-medier.

Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux var de største udbydere af reklameplads i outdoor-medier i Danmark frem til 2013, hvor de tilsammen havde en markedsandel på ca. 90 procent. I november 2013 etablerede [REDACTED] virksomheden Out Of Home Media (OOHM). OOHM er i dag – sammen med Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux de tre største udbydere på outdoor-markedet i Danmark.

Markedet

Outdoor-mediet er et reklamemedie, dvs. et medie, som er egnet til at formidle reklame. Outdoor-medier består af en række forskellige produkter, der overordnet kan inddeles i følgende kategorier: Byudstyr (f.eks. informationstavler, bysøjler, buslæskærme), transportmedier (f.eks. inforskærme og plakater mv. i busser, tog og metro samt i lufthavne), detail (medier ved supermarkeder og butikcentre) og fritstående billboards.

Outdoor-mediets fysiske placering kaldes ”mediepladsen”. En medieplads kan f.eks. være en togstation, et supermarked eller en lufthavn. Ejeren af mediepladsen sender rettighederne til mediepladsen i udbud blandt outdoor-medieudbydere, herunder bl.a. Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux.

Vinderen af udbuddet opnår rettighederne til at opstille eller benytte de relevante outdoor-medier på mediepladsen i en given periode, der typisk strækker sig over flere år. Outdoor-medieudbydere forpligter sig samtidigt til at levere et vist antal outdoor-medier og til at vedligeholde dem. Outdoor-medieudbyderen har derfor begrænsede muligheder for løbende at justere antallet af outdoor-medier.

Outdoor-medieudbydere betaler mediepladsejerne for leje af mediepladserne. Lejen består typisk af en minimumsafgift samt en betaling i form af en procentdel af outdoor-medieudbyderens omsætning på mediepladsen.

Outdoor-medieudbydere sælger herefter retten til at reklamere via deres outdoor-medier til annoncører, der ofte køber outdoor-reklamepladsen gennem mediebyråer, og undtagelsesvist gennem reklamebyråer. Reklameretten til outdoor-mediet sælges for en begrænset periode.

Prisen på reklameplads i outdoor-medier fastsættes som udgangspunkt af outdoor-medieudbydere og fremgår af outdoor-medieudbyderens priskataloger ("listeprisen"). Listeprisen, som typisk opdateres og udsendes årligt, afhænger af, hvilken type outdoor-medie det drejer sig om. De outdoor-medier, der ses af flest forbrugere, vil som udgangspunkt have en højere listepris. På digitale outdoor-medier kan prisen også afhænge af, hvor hyppigt reklamen vises.

Outdoor-medieudbydere tilbyder en række forskellige rabatter i forbindelse med salg af reklameplads i outdoor-medier. Rabatterne betegnes både som provisioner og godtgørelser, og de er udtryk for et procentvis afslag i prisen. Ved salg gennem mediebyråer vil rabatterne i nogle tilfælde gå videre til annoncøren, men det afhænger af rabattypen og for nogle rabattyper af den individuelle kontrakt mellem mediebyrået og annoncøren. I de tilfælde, hvor et mediebyrå står for at booke reklameplads i et outdoor-medie på vegne af en annoncør, sender mediebyrået en ordre til outdoor-medieudbyderen på den ønskede reklameplads. Medieudbyderen sender herefter en faktura til mediebyrået i forbindelse med salget af reklamepladsen.

Listeprisrabatten – som også kaldes "forhandlet rabat" – er udtryk for den rabat, som outdoor-medieudbydere giver på sine listepriser. Listeprisrabatten fremgår på de fakturaer, som outdoor-me-

dieselskaberne udsteder til mediebureauet, og den fratrækkes direkte i den pris, som annoncøren gennem mediebureauet skal betale til outdoor-medieudbyderen. Rabatten går således direkte videre til annoncøren.

Nettovisningsprisen kan betragtes som markedsprisen på outdoor-medier. Nettovisningsprisen forhandles med annoncører og mediebureauer i forbindelse med hvert enkelt køb. Ifølge mediebureauerne forhandler de om nettovisningsprisen med outdoor-medieudbydere, og ikke om størrelsen på listeprisen. Listeprisrabatten fremkommer således alene som et resultat af forskellen mellem listeprisen og den forhandlede nettovisningspris. Når nettovisningsprisen er fastlagt, fratrækkes en række yderligere rabatter i form af medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse, samt i visse tilfælde en kontantrabat. Alle disse rabatter er faste og ydes for hvert enkelt køb af reklameplads i outdoor-medier. Outdoor-medieudbydere giver herudover også typisk en årsrabat, som bliver forhandlet mellem mediebureauerne og outdoor-medieudbydere.

Mediegodtgørelse er en samlebetegnelse for medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse.

Medieprovision er en procentvis rabat, som outdoor-medieudbyderen giver, når annoncører køber reklameplads i outdoor-medier gennem et mediebureau. Medieprovision bliver givet på hver enkelt ordre, og den beregnes som en procentmæssig rabat af nettovisningsprisen. Medieprovision er en betaling fra outdoor-medieudbyderen til mediebureauet for det arbejde, som mediebureauet udfører i forbindelse med håndtering og placering af en ordre hos outdoor-medieudbyderen. AFA JCDe-caux har dog oplyst, at mediebureauerne generelt gav medieprovisionen videre til annoncørerne.

Sikkerhedsstillelse er en procentvis rabat, som outdoor-medieudbyderen giver mediebureauet ved køb af reklameplads i outdoor-medier. Sikkerhedsstillelse bliver givet på hver enkelt ordre. Sikkerhedsstillelse er en betaling til mediebureauet for, at outdoor-medieudbyderen bliver omfattet af mediebureauets kollektive forsikringsordning. Det indebærer, at mediebureauet løbende stiller sikkerhed for outdoor-medieudbyderens tilgodehavender.

Informationsgodtgørelse er en procentvis rabat, som outdoor-mediudbyderen giver til mediebureauet ved køb af reklameplads i outdoor-mediet. Informationsgodtgørelse bliver givet på hver enkelt ordre af reklameplads i outdoor-mediet.

Kontantrabat er en procentvis rabat, som outdoor-mediudbyderen giver til mediebureauet ved køb af reklameplads i outdoor-medier. Rabatten beregnes som en procentdel af det beløb, der rent faktisk betales til outdoor-mediudbyderen, dvs. efter fradrag af listeprisrabat, medieprovision, sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse. Kontantrabatten ligger ikke på ordrene men gives udelukkende ved betaling, og den fremgår derfor heller ikke af fakturaen fra outdoor-mediudbyderne til deres kunder. Kontantrabatten er skjult for alle andre end mediebureauet og outdoor-mediudbyderen.

En årsrabat aftales somme tider mellem mediebureauet og outdoor-mediudbyderen. Årsrabatten adskiller sig fra de øvrige rabatter, idet den typisk beregnes på baggrund af mediebureauets samlede indkøb af outdoor-medioplads i det forgange år. Årsrabatten gives dermed ikke som et prisnedslag på de enkelte køb, men som en egentlig betaling fra outdoor-mediudbyderen til mediebureauet.

Kreativitet & Kommunikation (tidligere Danske Reklame- og Relationsbureauers Brancheforening (DRRB)) er en brancheforening for alle, der beskæftiger sig med rådgivning, kreativitet og kommunikation, herunder bl.a. de danske reklamebureauer og mediebureauer. Kreativitet & Kommunikation har oplyst, at alle mediebureauer i Danmark og 85 procent af alle reklamebureauer er medlemmer af brancheforeningen.

Den omhandlede adfærd

Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux indgik i oktober 2002 en aftale om rabatter i forbindelse med salg af reklameplads i outdoor-medier i 2003. Rabatterne i aftalen bestod af medieprovision på 10 procent, sikkerhedsstillelse på 1 procent og informationsgodtgørelse på 1 procent. Af aftalen fremgår bl.a.:

”Provision på outdoor media i 2003

Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux Danmark bekræfter hermed den gensidige aftale om provision på outdoor media i 2003, der lyder som følger:

Provisionen på samtlige outdoor media er pr. 01.01.2003:

10% + 1 % i sikkerhedsstillelse + 1% i informationsgodtgørelse.

Regnestykket ser herefter således ud:

1 krone
 10% 0,90
 1% 0,891
 1% 0,088209”

Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux indgik den 5. september 2008 en ny skriftlig aftale om rabatter på salg af reklameplads i outdoor-medier til medlemmer af DRRB/KK i 2009 (”2009-aftalen”). Det fremgår af aftalen, at rabatterne blev fastsat til henholdsvis 7 procent medieprovision, 1 procent sikkerhedsstillelse og 1,5 procent informationsgodtgørelse. I aftalen er det anført bl.a.:

”Provision på outdoor media 2009.

Clear Channel Danmark as og AFA JCDecaux as bekræfter hermed den gensidige aftale om provision på outdoor media i 2009, der lyder som følger:

Provision på samtlige outdoor media er pr. 01.01.2009:

7% bureauprovision + 1% i sikkerhedsstillelse + 1,5% i informationsgodtgørelse.”

Den 15. september 2008 sendte [ledende medarbejder] i AFA JCDecaux, [A], en mail til [ledende medarbejder] i AFA JCDecaux, [REDACTED], og [ledende medarbejder] i AFA JCDecaux, [REDACTED]. Af mailen fremgår bl.a.:

”Aftalen om bureauprovision er på plads og DRRB er informeret.”

[Ledende medarbejder] i AFA JCDecaux, [REDACTED], sendte efterfølgende en mail til salgsafdelingen hos AFA JCDecaux den 26. september 2008. I mailen hedder det bl.a.:

”Til orientering er det aftalt med Clear Channel og DRRB at vores bureauprovision til nominerede bureauer fra 1. januar 2009 er:

7 % bureauprovision, 1 % i sikkerhedsstillelse og 1,5 % i Informationsgodtgørelse.”

[REDACTED] fra Reklamedata A/S sendte den 19. september 2008 en mail til [ledende medarbejder] i AFA JCDecaux, [REDACTED], hvoraf det fremgår bl.a.:

”Hej

Jeg skal blot have bekræftet, at I til mediebureauer yder 10% provision, 1% sikkerhedsstillelse og 1% informationsgodtgørelse.
Er det korrekt?"

[Ledende medarbejder] svarede i mail af samme dato. Af mailen fremgår bl.a.:

"Hej [REDACTED]
Det er korrekt at vi yder 10% bureauprovision, 1% i sikkerhedsstillelse og 1% i informationsgodtgørelse. Dette vil nok ændre sig pr. 1. januar 2009, men indtil da, er det de oplyste satser.

I mail senere samme dag skrev [ledende medarbejder] en ny mail til [REDACTED], hvoraf det fremgår bl.a.:

"Hej [REDACTED]
Jeg har lige checket op internt og DRRB er blevet informeret om, At Clear Channel og AFA JCDecaux (de to outdoor udbydere) sætter bureauprovisionen ned i 2009 pr. 1. januar til 7% bureauprovision, 1% i sikkerhedsstillelse og 1,5% i informationsgodtgørelse."

I mailkorrespondance fra den 9. september til den 5. oktober 2009 mellem den [ledende medarbejder] i Clear Channel Danmark, [B], og [ledende medarbejder] i AFA JCDecaux, [A], hedder det bl.a.:

"Hej [B]

...

Jeg tænkte på om vi skulle justere lidt på medieprovisionen igen fra 1. januar 2010.
Hvad siger du til det?

...

Hej [A],

...

Tænkte på om vi skal fjerne medieprovisionen helt (0 pct.) og indføre en fast kontant rabat på 1,5 pct. for alle mediebureauer.

På den måde bliver informationsgodtgørelsen ikke højere, så den skal tilbagebetales til annoncørerne og vi sparer den kontantrabat, der allerede ydes hist og her. Hvad siger du til denne løsning?

...

Hej [B]

Jeg skal lige forstå dit forslag helt. Mener du:

Kontantrabat 1,5% + sikkerhedsstillelse 1,0% + informationsgodtgørelse 1,5%

Ved kontantrabat skal det vel også håndhæves at pengene skal falde tidligere.

...

Hej [A]

Helt enig – det er det, som jeg mener.

...

Hej [B]

Jeg vil nu helst holde kontantrabatten udenfor.

Hvad synes du om:

2.5 % medieprov.

1.0 sikkerhed

1.5 % info

Så kunne vi eventuelt lave et fælles tillæg om kontantrabat til DRRB aftalen – som medlemmerne kan tilslutte sig.

...

Hej [A],

Det er et forsøg på at give penge til mediebureauerne, som de ikke skal sende direkte videre til kunderne. De 2,5 pct. kommer til at gå direkte videre til kunderne. Vi giver givet begge parter en vis kontantrabat p.t. hist og her. Den sparer vi på denne måde og gør outdoor som mediegruppe mere attraktiv for mediebureauerne. Overvej og lad os evt. bruge en halv time sammen.

...

Hej [A]

Har du tænkt over denne 1 (sikkerhed) + 1,5 (info.) + 1,5 pct. (kontantrabat) + 0 (traditionel provision) ”model” – jeg tror, at vi kan gøre det uden problemer. Er du med på ideen eller skal vi mødes og ta’ en snak om det?”

...

Hej [B]

Kan vi ikke sige 1,5% for sikkerhed også. Så er jeg med på den.

Vil du formulere en meddelelse til DRRB, som vi begge to underskriver?”

...

Hej [A],

Det har jeg ikke noget problem med. Jeg tror blot, at sikkerhedsstillelsen går direkte ind i DRRB's sikkerhedsfond, hvor alle andre betaler 1 pct., hvis jeg har forstået det rigtigt. Bureauerne vil helst holde info-godtgørelsen på 1,5 pct. ifølge de meldinger, som jeg har fået, dabeløbet ellers bliver for stort og skal retur til annoncøren. Det er derfor hensigtsmæssigt at regulere den op..."

...

OK! Så lad os køre med dit forslag.

...

Det er en aftale.

...

Hej [B]

Sender du mig et skriv til DRRB som jeg kan underskrive."

Den 13. henholdsvis den 14. oktober 2009 underskrev [ledende medarbejder] i AFA JCDecaux, [A], og [ledende medarbejder] i Clear Channel Danmark, [B] en ny aftale for 2010. Af aftalen fremgår bl.a.:

"Provision på Outdoor medier 2010

Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux as bekræfter hermed den gensidige aftale om provision på Outdoor medier i 2010.

Aftalen på samtlige Outdoor medier er pr. 1. januar 2010 og gælder på alt salg fra 15. november 2009:

Medieprovisionen bortfalder
1,5% i kontantrabat mod betaling 8 dage netto
1,0% i sikkerhedsstillelse
1,5% i informationsgodtgørelse"

Den 5. oktober 2009 sendte [B] en mail til bl.a. [medarbejder] fra Clear Channel Danmark:

"Hej

Så er aftalen om medieprovision fra 01.01.2010 på plads.

Aftale:

– Medieprovisionen bortfalder.

- 1,5 pct. i kontantrabat mod betaling 8 dage netto.
- 1.0 pct. I sikkerhedsstillelse.
- 1,5 pct. i informationsgodtgørelse.

(...)

■■■■ laver du et udkast til brev til DRRB, der kan underskrives af [A] og mig.”

Den 6. oktober 2009 sendte [B] en mail til bl.a. [medarbejder] fra Clear Channel Danmark. Af mailen fremgår bl.a.:

”Ps.: Det er fortroligt indtil videre, da DRRB bliver sure, hvis ikke de får informationen først”

[B] sendte den 5. oktober 2009 også en mail til ■■■■ i City Reklame, ■■■■ ■■■■. I mailen hedder det bl.a.:

“Hej ■■■■

Vi ændrer medieprovisionen til 0 pr. 01.01.2010. Det bliver så 1,5 % i info., 1 % i sikkerhed og 1,5 % i kontantrabat ved 8 dage netto.

Med venlig hilsen/Best Regards
[B]”

■■■■ svarede i mail af 6. oktober 2009. Af mailen fremgår det bl.a.:

”Hej [B]

Det lyder da fint. Vi giver p.t. ■■■■ medieprovision og ■■■■ og ■■■■ (info, sikker). Jeg har lige været til møde hos IUM og de efterspørger faktisk en kontant rabat –så det tror jeg vil blive modtaget positivt.

Vi tager lige en intern snak om vi ligeledes skal ligge osop ad jeres satser.”

Af mailkorrespondance af 2. november 2009 mellem [ledende medarbejder] i AFA JCDecaux, [A], og [ledende medarbejder] i Clear Channel Danmark, [B], fremgår bl.a.:

”Hej [B]

Har du fået nogle reaktioner på vores nye satser?

Jeg har fået en enkelt og ville gerne lige tale med dig, så vi ikke bliver spillet ud mod hinanden.

...

Hej [A],

Det er meget begrænset, hvad jeg har hørt af kommentarer. En kommentar var, om vi ville til at sælge mere direkte og gøre det mindre attraktivt at handle via bureauer. Det har jeg naturligvis afvist. Det er vigtigt, at vi ikke kompenserer med højere rabatter. Jeg er helt enig i, at det er en god ide at koordinere forklaringer. Passer det dig at mødes nede på Quote på tirsdag den 10.11 (næste uge) kl. 09.00 ?

...

Hej [B]

Ja det er OK.

...

Hej [A]

Super. Det er en aftale.”

Den 8. november 2010 sendte [medarbejder] en intern præsentation i Power Point til blandt andre [ledende medarbejder] i Clear Channel Danmark, [B], med emnefeltet ”Møde – strategi 2011”. Præsentationen har filnavnet ”Strategy 2011” og bærer overskriften ”Strategy meeting November 2010”. Af præsentationen fremgår bl.a.:

”1. Initiatives already taken to improve profitability
Agency commission

...

Agency commission

- Agency commission 2009
 - Agency commission: 7 %
 - Information compensation: 1 %
 - Security compensation: 1 %
- Agency commission 2010
 - Agency commission: 0 %
 - Information compensation: 1,5 %
 - Security compensation: 1 %

Net profit:

██████████ Dkr.”

Af en række fakturaer fra 2009 og 2010 fra Clear Channel Danmark til forskellige mediebyureauer fremgår, at Clear Channel Danmark har anvendt andre end de for perioden aftalte satser.

Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux indgik en række samarbejdsaftaler med mediebyureauer i perioden 1. januar 2011 og frem til 2015. I samtlige de samarbejdsaftaler, der indeholder bestemmelser om sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse, fremgår det, at outdoor-medieudbyderne giver 1 procent rabat i sikkerhedsstillelse og 1,5 procent rabat i informationsgodtgørelse. Medieprovisionen er udgået af samarbejdsaftalerne efter 2010.

Af ordrer og fakturaer fra mediebyureauer og outdoor-medieudbyderne for perioden fra 2011 og frem fremgår, at outdoor-medieudbyderne konsekvent gav 1 procent rabat i sikkerhedsstillelse og 1,5 procent rabat i informationsgodtgørelse. Før 2010 fremgik medieprovision som et fast punkt på fakturaer og ordrebekræftelser. Fakturaerne dateret efter 2010 indeholder konsekvent ingen bestemmelser om medieprovision for hverken Clear Channel Danmark eller AFA JCDecaux.

Parternes argumenter

Clear Channel Danmark A/S har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet anført overordnet, at 2010-aftalen var en tidsbegrænset aftale, der ophørte den 31. december 2010, at Konkurrencerådet ikke har løftet bevisbyrden for, at aftalen blev videreført i perioden efter 31. december 2010, at 2009- og 2010-aftalerne – samt en eventuel aftale og/eller samordnet praksis for perioden efter 31. december 2010 – under alle omstændigheder ikke i sig selv var tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål og at Konkurrencerådet begik væsentlige sagsbehandlingsfejl, der hver for sig og tilsammen kan begrunde, at rådets afgørelse annulleres.

Clear Channel Danmark har herunder anført navnlig, at det følger af 2010-aftalens ordlyd, at den ophørte ved udgangen af 2010. Aftalens titel lød ”Provision på outdoor medier 2010”, mens aftaleteksten indeholdt ordene ”aftale om provision på Outdoor medier i 2010”. Korrespondance internt i selskabet viser samtidig, at aftalen skulle gælde for ”alt salg vedr. 2010 fra 01.11 2009”. Det forhold, at parterne ophørte med at anvende 2010-aftalens bestemmelser om kontantrabatten efter 31. december 2010 understreger også aftalens tidsbegrænsede karakter. Der er intet belæg for at antage, at 2010-aftalen skulle have haft en anden løbetid for kontantrabatten end for de andre rabatter. Kon-

konkurrencerådet konkluderede i overensstemmelse hermed, at der ikke var en skriftlig aftale mellem selskabet og JCDecaux A/S om koordinering af rabatsatser efter 2010. Konkurrencerådet opdelte af samme grund sin konkurrenceretlige analyse i to perioder, afhængig af om perioden var dækket af en skriftlig aftale eller ej. Det forhold, at Konkurrencerådet fandt det nødvendigt at dokumentere eksistensen af en ”aftale og/eller samordnet praksis” efter 2010, viser, at rådet anså 2010-aftalen for tidsbegrænset. Rådets konklusion om, at der efter 2010 ikke var en aftale og/eller samordnet praksis om koordinering af kontantrabatten viser også, at 2010-aftalen blev anset som værende tidsbegrænset. Der er ikke belæg for at konkludere, at den skriftlige 2010-aftale skulle have haft forskellig varighed for henholdsvis kontantrabatten og de øvrige rabatter, der nævnes i aftalen. Konkurrenceankenævnet må derfor ved den konkurrenceretlige analyse lægge til grund, at 2010-aftalen var tidsbegrænset og ophørte den 31. december 2010. Der var således ingen skriftlig aftale for perioden efter 2010.

Selskabet og AFA JCDecaux videreførte heller ikke dele af 2010-aftalen i en ikke-skriftlig aftale og/eller samordnet praksis for perioden efter 2010. Det følger af artikel 2 i forordning nr. 1/2003 og fast EU-retspraksis, at Konkurrencerådet skal føre bevis for den påståede overtrædelse og for de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, jf. bl.a. Rettens dom af 8. september 2016 i sag 472/13, Lundbeck, præmis 105. Konkurrencerådet har samlet set ikke løftet bevisbyrden for, at de tre betingelser for at fastslå en samordnet praksis er til stede. Rådet har så meget desto mindre løftet bevisbyrden for, at der skulle foreligge en ikke-skriftlig aftale mellem selskabet og AFA JCDecaux. Konkurrencerådet har i strid med uskyldsformodningen forsømt at lade enhver tvivl om eksistensen af en overtrædelse komme selskabet til gode. Det følger af fast EU-retspraksis, at konkurrencemyndighederne i sager om tilsidesættelse af konkurrencereglerne er forpligtede til at tage hensyn til uskyldsformodningen, som den fremgår af artikel 48 i EU’s charter om grundlæggende rettigheder.

Konkurrencerådet har ikke dokumenteret, at selskabet og AFA JCDecaux havde kontakt med hinanden i perioden efter 2010. Parternes eneste kontakt efter underskrivelsen af 2010-aftalen den 13. og 14. oktober 2009 var en mailkorrespondance mellem [A] og [B], der fandt sted mellem den 2. og 3. november 2009. Mailkorrespondancen vedrørte mediebureauernes reaktioner på implementeringen af den tidsbegrænsede 2010-aftale og parternes håndtering heraf, men intet om tiden efter den 31. december 2010. Denne mailkorrespondance sammenholdt med indgåelsen af 2009- og 2010-aftalen, er ikke tilstrækkelig til at opfylde kriteriet om kontakt mellem

virksomheder, for så vidt angår den påståede nye aftale/samordnede praksis i perioden efter 2010-aftalens udløb. Konkurrencerådets konklusion forudsætter, at der var tale om én sammenhængende periode, hvilket ikke var tilfældet. 2010-aftalens ordlyd og selskabets historik giver heller ikke be-læg for at konkludere, at selskabet og AFA JCDecaux havde en fælles forståelse om at videreføre 2010-aftalen. Hvis selskabet havde ønsket at videreføre dele af den tidsbegrænsede, skriftlige aftale i perioden efter 2010, ville det have været mest naturligt at indgå en ny skriftlig aftale eller et skriftligt tillæg til 2010-aftalen.

Det er uden betydning, at selskabets daværende [ledende medarbejder], [B], angiveligt har forklaret, at ”det var parternes intention, at 2010-aftalen var uden tidsmæssig begrænsning”. Forklaringen har ikke støtte i aftalens ordlyd eller i andre dokumentbeviser, og den strider mod Konkurrencerådets egen konklusion om, at 2010-aftalen var tidsbegrænset. Forklaringen strider tilsvarende mod, at selskabet og AFA JCDecaux ikke aftalte en fælles kontantrabat efter 2010. Det følger herudover af fast retspraksis, at en leniency-anmelders forklaring ikke udgør et adækvat bevis, medmindre for-klaringen understøttes af andre beviser, jf. Rettens dom af 25. oktober 2011 i sag T-348/08, Ara-gonesas Industries, præmis 101. Sådanne andre beviser foreligger ikke. Selskabet og AFA JCDe-caux’ historik med indgåelse af skriftlige, tidsbegrænsede aftaler indikerer heller ikke, sammenholdt med den manglende eksistens af en skriftlig aftale i perioden efter 2010, at 2010-aftalen skulle være blevet videreført i en ikke-skriftlig aftale og/eller samordnet praksis.

Konkurrencerådet har heller ikke undersøgt eller dokumenteret, om selskabet og AFA JCDecaux rent faktisk fulgte 2009- og 2010-aftalerne i deres respektive løbetid. Rådet har dermed reelt ikke undersøgt historikken omkring aftalerne men anvender på trods heraf historikken som et væsentligt indicium for, at der var en fælles forståelse i perioden efter 2010. Selskabet har ved 107 konkrete eksempler dokumenteret, at selskabet ikke fulgte 2009- og 2010-aftalerne i deres løbetid vedrørende medieprovisionen. Selskabet fulgte endvidere ikke 2010-aftalen, for så vidt angik kontantrabatten efter 2010. Det kræver særlige holdepunkter at konkludere, at selskabet skulle have haft en fælles forståelse med AFA JCDecaux om at samordne tre af de fire rabatsatser efter 31. december 2010, når selskabet ikke fulgte 2009- og 2010-aftalerne i deres løbetid, når selskabet ikke har haft kontakt med AFA JCDecaux siden 3. november 2009, og denne kontakt ikke vedrørte perioden efter 2010-aftalens ophør, og når satsen for kontantrabatten beviseligt ikke blev samordnet efter 2010. Sådanne særlige holdepunkter foreligger ikke. Det har tværtimod formodningen imod sig, at selskabet og

AFA JCDecaux skulle have indgået en formel skriftlig, tidsbegrænset aftale for kort derefter at ændre aftalens løbetid og omfang via en uformel fælles forståelse. Det følger også af fast retspraksis, at parallel adfærd ikke er tilstrækkeligt til at godtgøre eksistensen af en samordnet praksis, jf. EU-Domstolens dom af 31. marts 1993 i sag C-89/95, Ahlström. Det er heller ikke tilfældet, selv om den parallelle adfærd udvises i forlængelse af en ophørt aftale. Konkurrencemyndighederne skal dokumentere, at en samordning er den ”eneste sandsynlige forklaring” på en sådan adfærd, hvilket Konkurrencerådet ikke har gjort. Konkurrencerådets afgørelse skal som følge heraf ophæves, subsidiært hjemvises, for så vidt angår konklusionen om en overtrædelse efter 31. december 2010.

2009- og 2010-aftalerne samt den påståede aftale og/eller samordnede praksis for perioden efter 2010 havde heller ikke et konkurrencebegrænsende formål. Aftalerne og/eller den samordnede praksis var ikke i sig selv tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål. Det objektive formål med aftalerne var ikke at begrænse konkurrencen mellem selskabet og AFA JCDecaux. For så vidt angår sikkerhedsstillelsen og informationsgodtgørelsen var det objektive formål ikke at påvirke priskonkurrencen men at sikre, at mediebureauernes placering af ordrer ikke blev påvirket af diskretionære betalinger fra outdoor-medieudbydere til medie-bureauerne. Mediebureauerne skulle på vegne af annoncørerne vælge den bedste placering af en ordre ud fra en samlet vurdering af pris og kvalitet og ikke ud fra, om selskabet eller AFA JCDecaux betalte de højeste provisioner og rabatter til mediebureauet. Bestemmelserne i 2009- og 2010-aftalerne om sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse blev af samme årsag indgået i ”fuld offentlighed”, dvs. efter mediebureauernes viden og ønske, og resultatet af aftalerne blev formidlet til mediebureauerne. Værdien af provisionerne og rabatterne var endvidere ikke egnet til at virke normerende på konkurrencen. Sikkerhedsstillelsen og informationsgodtgørelsen afhang af de individuelt aftalte listeprisrabatter, hvilket gjorde værdien af de to rabatter fuldstændig uigennemsigtig og ubetydelig. Sikkerhedsstillelsen og informationsgodtgørelsen udgjorde mellem 0-2 % af listepri-sen og svingede betydeligt i forhold hertil. For så vidt angår medieprovisionen, var der tale om en konkurrenceretligt uproblematisk bestemmelse, der på ingen måde begrænsede eller koordinerede den individuelle forhandling af annoncørernes endelige reklamevisningspris, herunder muligheden for at honorere de annoncører, der købte ind via et mediebureau. Der var reelt blot tale om en aftale om ikke at anvende ordet ”medieprovision”. Selskabet kunne erstatte – og erstattede også – anvendelsen af medieprovision med andre rabatter. Konkurrencerådet har derfor ikke løftet bevisbyrden

for, at de fælles satser var udtryk for en aftale og/eller samordnet praksis med et konkurrencebegrænsende formål.

Konkurrencerådets sagsbehandling er, under alle omstændigheder, behæftet med tre væsentlige sagsbehandlingsfejl, der hver for sig og tilsammen kan begrunde en annullation af afgørelsen. Konkurrencerådet undersøgte ikke selskabets adfærd i 2009 og 2010 og har dermed ikke opfyldt sin pligt til at sikre en objektiv og fyldestgørende oplysning af det faktuelle grundlag for afgørelsen, Konkurrencerådet har ikke partshørt selskabet om Konkurrencerådets ændrede faktuelle forståelse af medieprovisionen som en rabat til annoncørerne frem for til mediebyureauerne, og Konkurrencerådet har ikke undersøgt aftalerelationerne mellem mediebyureauerne og annoncørerne og dermed ikke opfyldt sin pligt til at sikre et tilstrækkelig oplyst grundlag for rådets antagelse om, at medieprovisionen udgjorde en rabat til annoncørerne frem for til mediebyureauerne.

AFA JCDecaux A/S har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceanævnet anført navnlig, at Konkurrencerådet har bevisbyrden for, at der forelå en samordnet praksis mellem selskabet og Clear Channel Danmark A/S og dermed en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og EUF-traktatens artikel 101 i perioden 1. januar 2011 til den 21. april 2015.

Konkurrencerådet lægger til grund for sin afgørelse, at der ikke har været nogen form for kontakt mellem selskaberne siden den 3. november 2009, hvor selskaberne indgik 2010-aftalen, men konkluderer, at der forelå en samordnet praksis i perioden 2011-2015 med henvisning blandt andet til, at 2010-aftalen fortsat havde virkninger i markedet. Konkurrencerådet har imidlertid ikke undersøgt markedsforholdene, eller hvordan konkurrencen foregik mellem outdoor-medierne, mediebyureauerne og annoncørerne i perioden 2011-2015. Konkurrencerådets afgørelse er for denne periode alene baseret på formodninger og forkerte bevisbyrderegler.

Virkningerne af en aftale kan alene fortsætte stiltiende, hvis markedsomstændighederne giver mulighed herfor, når der som i den foreliggende situation ikke har været nogen kontakt mellem selskabet og Clear Channel Danmark. Markedsomstændighederne giver ikke mulighed herfor, hvilket er dokumenteret i analysen fra Copenhagen Economics.

2010-aftalen mellem selskabet og Clear Channel Danmark omfattede medieprovision, informationsgodtgørelse, sikkerhedsstillelse og kontantrabat. Selskabet og mediebureauerne indgår hvert år en rammeaftale, som omfatter disse ydelser og godtgørelser. Når en annoncør henvender sig til et mediebureau om en annonsekampagne, danner denne rammeaftale grundlag for mediebureauets forhandling med annoncøren af prisen på den enkelte annonsekampagne. Godtgørelserne mv. er således fastlagt i rammeaftalen, men de indgår i forhandlingerne om hver enkelt annonsekampagne om den nettovisningspris, som annoncøren faktisk skal betale. Denne ordning med årlige rammeaftaler om godtgørelser mv. og individuelle forhandlinger om prisen for reklamekampagner kan kun have indflydelse på prisen, som annoncøren skal betale, hvis annoncøren ikke har kendskab til rammeaftalen og/eller godtgørelserne ikke bliver givet videre til annoncøren. Det er ikke tilfældet, jf. analysen fra Copenhagen Economics.

For annoncøren er den pris, som annoncøren skal betale for annonsekampagnen helt afgørende. Ifølge analysen giver mediebureauerne ofte sikkerhedsstillelse, godtgørelser og andre ydelser fra selskabet videre til annoncørerne. Dette skete i 2009 og 2010, og som det fremgår af analysen, skete det også efter 2010. Endvidere er mediebureauerne ofte underlagt ekstern revision udpeget af annoncørerne for at sikre, at mediebureauerne overholder alle vilkår i kontrakterne med annoncørerne. At mediebureauerne efter 2010 ikke skulle have videregivet ydelser, godtgørelser mv. fra selskabet til annoncørerne, er derfor ikke sandsynligt.

Under alle omstændigheder har selskabet ikke nogen indsigt i de aftaler, som er indgået mellem mediebureauerne og annoncørerne, og selskabet kan derfor ikke vide, i hvilket omfang mediebureauerne giver godtgørelser mv. videre til annoncørerne. Konkurrencerådet har ikke undersøgt forholdet – hverken for 2009 og 2010, eller for 2011-2015 – og kan derfor heller ikke vide, i hvilket omfang mediebureauerne giver godtgørelser, ydelser mv. videre til annoncørerne. Konkurrencerådet begrænser sig alene til et postulat om, at der er forskel for de to perioder med hensyn til videregivelse til annoncørerne, uanset godtgørelserne og ydelserne både før og efter 2010 blev betalt til mediebureauerne. Markedsanalyserne fra Copenhagen Economics konkluderer, at de faktiske forhold vedrørende betalinger fra selskabet til mediebureauerne er væsentlig anderledes end det, som er lagt til grund i Konkurrencerådets afgørelse. Alle typer betalinger og rabatter fra selskabet, herunder rabatter i de årlige rammeaftaler mellem mediebureauet og selskabet – af Konkurrencerådet betegnet ”årsrabatter” – ses sammen med henblik på at opnå den laveste nettovisningspris for en konkret

annoncekampagne. Analyserne viser også, at årsaftalerne mellem selskabet og medie-bureauerne som det helt klare udgangspunkt ikke kan have nogen indflydelse på den pris, som annoncøren skal betale for en annoncekampagne, idet annoncørerne dels kender årsaftalerne, dels udbyder annoncekampagnerne i udbud og dels holder sine aftaler om medie-bureauernes videregivelse af godtgørelser mv. hemmelige for selskabet. Konkurrencerådets afgørelse er dermed baseret på en grundlæggende ukorrekt forståelse af, hvordan markedet og konkurrencen fungerer mellem outdoor-medierne, medie-bureauerne og annoncørerne.

Det er heller ikke muligt stiltiende kun at videreføre tre ud af fire dele af en tidligere skriftlig aftale. Konkurrencerådets afgørelse, hvorefter der ikke foreligger en samordning i forhold til 2010-aftalens element om kontantrabatten, men kun i forhold til de andre elementer af 2010-aftalen (medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse), er derfor baseret på en logisk brist. Det er ikke muligt stiltiende at aftale hvilke dele af en tidligere skriftlig aftale, som skal videreføres, og hvilke dele, der ikke skal videreføres, når der ikke har været nogen kommunikation mellem parterne. Konkurrencerådets afgørelse, hvorefter der har været konkurreret aktivt på kontantrabatten, modsiger dermed den øvrige del af Konkurrencerådets afgørelse, hvorefter 2010-aftalen skulle være fortsat stiltiende i form af en samordnet praksis.

Konkurrencerådet fastslår i sin afgørelse, at selskabet og Clear Channel Danmark stiltiende har koordineret medieprovisionen i perioden 2011-2015 til 0 %. Denne konklusion er baseret på, at selskabet i sine fakturaer i perioden 2011-2015 ikke har anført nogen medieprovision. Det kan imidlertid alene udledes af fakturaerne, at der intet er anført om medieprovision. Konkurrencerådet anlægger således en negativ formodning om, at når der ikke fremgår noget af fakturaerne om betaling af medieprovision, så må årsagen hertil være, at selskabet og Clear Channel Danmark har koordineret medieprovisionen til 0 %.

Medieprovision var oprindeligt en betaling fra selskabet til medie-bureauerne for sidstnævntes ydelse af en række tjenester, herunder fremme af annoncørernes anvendelse af outdoor-mediet, som på daværende tidspunkt var et nyt og for annoncørerne ukendt medie. Medieprovisionen blev erstattet af en række andre betalinger fra selskabet til medie-bureauerne for sidstnævntes tjenester, og betegnelsen ”medieprovision” blev opgivet på grund af pres fra annoncørerne. Konkurrencerådet accepterer ikke dette faktiske forhold, som er dokumenteret af analyserne fra Copenhagen Economics.

Konkurrencerådet har imidlertid ikke undersøgt markedet og konkurrencen og har derfor baseret sin konklusion på et utilstrækkeligt grundlag. Årsrabatterne må antages helt eller delvist at blive videreført til annoncørerne. Konkurrencerådet har imidlertid ikke undersøgt forholdet mellem mediebureauerne og annoncørerne, og Konkurrencerådet har derfor intet faktisk grundlag for at konkludere, at ”årsrabatten” var skjult for annoncørerne eller om den gik videre til denne.

Konkurrencerådets argumentation strider mod almindelig obligationsretlig forståelse, idet en virksomhed, som er begunstiget af mediebureauernes sikkerhedsfond, ikke kan være den, som fastsætter betalingen for at være med i sikkerhedsfonden. Konkurrencerådet har ikke undersøgt dette eller på nogen måde forsøgt at argumentere for, hvordan denne fravigelse af almindelig obligationsret skulle kunne forekomme. Det er mere sandsynligt, at den konstaterbare ensartethed i betalingen for sikkerhedsstillelse er udtryk for en branchekutyme, end at den er udtryk for eftervirkningerne af en aftale indgået i 2010. Der har herudover foreligget intens konkurrence om indholdet af de ydelser, som udgjorde modydelsen med denne.

Den påståede aftale/samordnet praksis mellem selskabet og Clear Channel Danmark kan heller ikke antages at have så klare skadelige virkninger for konkurrencen, at Konkurrencerådet kan undlade at undersøge virkningernes indflydelse på konkurrencen. Rabatter og godtgørelser indgår under forhandlingerne mellem selskabet og mediebureauerne på vegne af en annoncør i den samme pulje med henblik på at finde frem til den laveste nettovisningspris. En stor eller lille sats for sikkerhedsstillelse eller informationsgodtgørelse er derfor irrelevant, idet det afgørende for annoncøren alene er den pris, som han faktisk skal betale for annonceringen: ”nettovisningsprisen”. Derudover har udfasningen af medieprovision hverken betydning for den direkte eller indirekte endelige betaling til mediebureauerne, da mediebureauerne i stedet har forhandlet om de mange andre typer ydelser og betalinger til mediebureauerne. Copenhagen Economics analyser viser, at der i perioden 2011-2015 var effektiv konkurrence mellem selskabet og Clear Channel Danmark i forhold til mediebureauerne, og at satserne på informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse ikke kan antages at have haft nogen form for betydning for konkurrencen mellem parterne. Copenhagen Economics har også vurderet, at det ikke ville give mening stiltiende at aftale en så lille andel af den samlede pris. De store listeprikrabatter betyder nemlig, at selskabet og Clear Channel Danmark ville have et meget stort rum til at omgå en eventuel aftale. Hertil kommer, at mediebureauerne ofte vinder deres kontrakter med annoncørerne i udbud, hvorved enhver betaling, godtgørelse mv. fra selskabet til me-

diebureauet vil indgå i den pris, som annoncøren skal betale for en reklamekampagne. I en situation med udbud af en annonsekampagne vil årsaftalernes fastsættelse af godtgørelser ofte helt eller delvist blive videreført til annoncørerne, idet mediebureauerne skal tilbyde markedsprisen for at få tildelt opgaven. Konkurrencerådets konklusion om, at den påståede samordning har haft til formål at begrænse konkurrencen opfylder dermed ikke de krav til bevis, som EU-Domstolen har fastslået.

Konkurrencerådet har anført overordnet, at rådets afgørelse er korrekt. Parterne har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af fælles satser for medieprovision, sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse for perioden 5. september 2008 til 21. april 2015. Parterne har også indgået en aftale om fastsættelse af en fælles sats for kontantrabat for perioden 5. september 2008 til 31. december 2010 (periode 1). Parternes koordinering i perioden indtil 31. december 2010 skete ved udtrykkelige skriftlige aftaler, og parternes koordinering herefter fra 1. januar 2011 til 21. april 2015 (periode 2) havde karakter af en fortsat aftale og/eller samordnet praksis. Parternes aftaler og den adfærd, der lå i forlængelse heraf, har forfulgt det samme formål og udgjort elementer i én sammenhængende overtrædelse. Parternes aftale og/eller samordnede praksis har haft til formål at begrænse konkurrencen og indebar en mærkbar konkurrencebegrænsning.

Konkurrencerådet har herunder anført navnlig, at parterne ved udtrykkelige, skriftlige aftaler har koordineret rabatsatserne for medieprovision, informationsgodtgørelse, sikkerhedsstillelse samt kontantrabatten i periode 1. Der foreligger udtrykkelige skriftlige aftaler, og derfor har det ikke betydning, om det, der blev fastsat i aftalerne, rent faktisk er blevet fulgt. Når der foreligger en skriftlig aftale, er det efter fast praksis uden betydning, om deltagerne afviger fra det aftalte. Parternes aftaler omfattede køb foretaget via mediebureauer, som var medlemmer af brancheforeningen DRRB/KK. For det første fremgår det af beviserne, at parterne efter indgåelsen af både 2009-aftalen og 2010-aftalen sørgede for, at DRRB/KK blev orienteret (og en tilsvarende orientering af DRRB/KK fremgår også af korrespondancen om en mulig 2007-aftale). Endvidere omtalte parterne også deres koordinering som ”DRRB aftalen”. For det andet fremgår det også af parternes interne orienteringer om aftalerne, at aftalerne vedrørte DRRB/KK. For det tredje relaterer to af rabattyperne på fakturaerne sig samtidig efter deres indhold til det danske outdoor-marked.

Rabattyperne sikkerhedsstillelse relaterer sig således til en brancheaftale om en kollektiv garantifond oprettet i regi af DRRB/KK, som parterne har tilsluttet sig. Det er en rabat, som parterne kun er

forpligtet til at yde DRRB/KK's medlemmer. Rabattypen informationsgodtgørelse er efter det oplyste primært en godtgørelse for, at mediebureauerne løbende skal holde sig opdateret om det danske outdoor-marked. Denne rabattype er formentlig inspireret af annonceaftalen, som er en brancheaftale mellem to danske brancheforeninger, DRRB/KK og Danske Medier (brancheorganisation for journalistiske medier) fra 2000. Hertil kommer, at AFA JCDecaux har oplyst, at aftalerne kun omfattede DRRB/KK, mens Clear Channel Danmark har oplyst, at aftalerne gjaldt i forhold til alt salg. Endvidere har parterne i 2011-2015 generelt anvendt de aftalte satser for de tre rabattyper på fakturaerne over for mediebureauer, som var medlemmer af DRRB/KK. Det må på denne baggrund lægges til grund, at parternes aftale og/eller samordnede praksis omfattede DRRB/KK's medlemmer.

Parterne har ved en aftale og/eller samordnet praksis fortsat koordineringen af rabatsatserne for medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse i periode 2, og dette er sket som led i én samlet, fortsat overtrædelse.

Parternes aftale var ikke ophørt i periode 2. 2010-aftalen er afslutningen på et forløb, hvor parterne systematisk har nedbragt rabatsatserne. 2010-aftalen har fjernet eller væsentligt reduceret den usikkerhed, der har været forbundet med parternes fremtidige adfærd med hensyn til de koordinerede rabatter, og dette har også gjort sig gældende efter 2010. Det må have stået klart for begge parter, at de hver især fortsat ville anvende aftalens satser efter 2010, og de aftalte satser er også efterfølgende blevet fulgt.

Selvom 2010-aftalen i obligationsretlig forstand ikke måtte have haft en rækkevidde udover 2010, har 2010-aftalen efter en konkurrenceretlig vurdering haft en længere rækkevidde; enten som en aftale eller som "meeting of minds" i forhold til periode 2. En konkurrencebegrænsende aftale m.v. behøver ikke at have karakter af en udtrykkelig skriftlig aftale.

Betingelserne for en samordnet praksis er opfyldt, idet der har været en "kontakt" og "meeting of minds" mellem parterne. For det første viser historikken, herunder 2009- og 2010-aftalerne, samt beviserne for forløbet i forbindelse hermed, at parterne gentagne gange indgik en aftale om satserne for de tre rabatter på fakturaerne for de enkelte ordrer. Disse gentagne aftaler nedbragte systematisk satserne og viser en fælles forståelse om koordinering heraf. For det andet har 2009- og 2010-aftalerne efter deres ordlyd ikke en "udløbsdato". Samtidig er 2010-aftalen afslutningen på et forløb,

hvor parterne systematisk har koordineret satserne for de tre rabatter ned fra 12 % i alt til 2,5 % i alt. Derfor er det berettiget at lægge til grund, at parterne har haft en fælles forståelse af, at 2010-satserne skulle anvendes, indtil der måtte komme en ny aftale. Denne fortolkning understøttes af, at parterne ikke har haft et incitament til at hæve de tre rabattyper igen. For det tredje har begge parter anvendt disse tre satser i de efterfølgende år (periode 2). For det fjerde fremgår det af parternes egne oplysninger, at der har været en fælles forståelse.

På baggrund heraf skal det lægges til grund, at parternes 2009- og 2010-aftale samt omstændighederne i forbindelse hermed udgør ”meeting of minds” i forhold til, at der fra 2010 og fremover ikke skulle anvendes medieprovision i forbindelse med faktureringen af de enkelte annoncekøb, men alene informationsgodtgørelse på 1,5 % og sikkerhedsstillelse på 1 %.

Det kan ikke føre til en anden vurdering, at Clear Channel Danmark i høringssvar til klagepunktsmeddelelsen og under ankesagen har fremlagt en række fakturaer fra 2009 og 2010 til mediebu-reauer, hvor Clear Channel Danmark har anvendt andre end de aftalte satser. Faktum er, at parterne ved gentagne aftaler systematisk nedsatte rabatsatserne. Der er ikke tale om aftaler om forhold, der vedrører et enkelt år, men om aftaler, der systematisk har nedbragt størrelsen af de tre rabatsatser på fakturaerne for de enkelte køb. Disse aftaler har fjernet eller væsentligt reduceret den usikkerhed, der har været forbundet med parternes fremtidige adfærd. Uanset om 2010-aftalen i obligationsretlig forstand var ophørt, har aftalerne fjernet eller væsentligt reduceret den usikkerhed, der har været forbundet med parternes fremtidige adfærd med hensyn til de koordinerede rabatter, og dette har også gjort sig gældende efter 2010.

Begge parter har udvist en adfærd i forlængelse af samordningen i periode 2, og betingelserne for en samordnet praksis er dermed opfyldt.

Medieprovisionen kan ikke sammenlignes med andre rabattyper, herunder årsrabatterne og listepri-rabatterne. For det første var årsrabatterne forskellige fra medieprovisionen i forhold til både beregningsform og pengestrøm. Medieprovision fremgik af fakturaerne for den enkelte annoncørs kam-pagne. Medieprovisionen blev således beregnet på baggrund af den forhandlede nettovisningspris og givet som et nedslag til købsprisen på fakturaen og den pris, som skulle betales, når mediebu-reauerne forhandlede et køb på vegne af en annoncør. Årsrabatterne blev derimod fastsat efter indi-

viduel forhandling i samarbejdsaftaler mellem medieudbydere og mediebyureauerne. Disse var som udgangspunkt skjult for annoncøren og indeholdt fortrolighedsklausuler. Årsrabatterne blev beregnet på baggrund af mediebyureauernes samlede indkøb for en given periode og blev udbetalt til mediebyureauerne. For det andet har parterne i deres faktiske ageren også behandlet medieprovision og årsrabat som to forskellige rabattyper. Parterne har anvendt begge rabattyper samtidig, men de har kun valgt at indgå skriftlige aftaler om koordinering af den ene, nemlig medieprovisionen, jf. 2009- og 2010-aftalen.

Rådet har på baggrund af ovenstående været berettiget til at lægge til grund, at medieprovision ikke kan sammenlignes med parternes anvendelse af årsrabat. Det er det, der er afgørende for vurderingen af, om parternes adfærd i periode 2 var en videreførelse af 2010-aftalen.

Medieprovisionen var et afslag i den pris, som annoncøren skulle betale, og dette afslag blev dermed ”videregivet” fra mediebyureauerne til annoncørerne – eller det var i hvert fald som udgangspunkt generelt tilfældet. Det skyldes, at der var tale om en rabat på fakturaen i forhold til et køb på vegne af den enkelte annoncør. Det var dels begge parter egen vurdering, da de indgik 2010-aftalen, at mediebyureauerne videregav medieprovisionen til annoncørerne, dels har AFA JCDecaux ligeledes under sagens behandling anført, at: ”medieprovisionen i vid udstrækning indgik som en ekstra rabat til annoncøren i forhold til listepriisen”.

Kontantrabatten kan heller ikke sammenlignes med medieprovisionen, sikkerhedsstillelse eller informationsgodtgørelse. Parternes adfærd i forhold til kontantrabatten har derfor ikke betydning for vurderingen af parternes adfærd i forhold til medieprovision, sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse. For det første er kontantrabatten betinget og beregnes på en anden måde end medieprovisionen, sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse. For det andet har parterne gentagne gange koordineret satserne for de rabattyper, der fremgår af fakturaerne for de enkelte annoncørers køb. Derfor har koordineringen af disse rabatsatser en mere fast og sikker karakter end koordineringen af kontantrabatten.

For det tredje fremgår rabatsatserne for medieprovision, sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse af fakturaen for den enkelte ordre. Det gør kontantrabatten derimod ikke, og derfor har det også været sværere for parterne at påse, hvilken kontantrabat den anden har opereret med.

Endvidere viser faktum vedrørende 2010-aftalen, at baggrunden for indførelsen af kontantrabatten var at gøre udfasningen af medieprovisionen acceptabel for mediebranchen. Derfor har parterne ikke haft behov for fortsat at koordinere kontantrabatten efter medieprovisionen var udfaset.

Parternes adfærd i forhold til andre priselementer er derfor ikke afgørende for vurderingen af, om parterne har en aftale og/eller samordnet praksis. Det forhold, at parternes koordinering af kontantrabatten ophørte efter 2010, har derfor ikke betydning for vurderingen af, om parterne fortsatte koordinering af medieprovisionen, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse. Det har været muligt for parterne at fortsætte deres koordinering af de nedsatte satser for medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse efter parterne ophørte med at koordinere kontantrabatten.

Som led i parternes samlede koordinering aftalte parterne desuden at ændre satsen for informationsgodtgørelse fra 1 % til 1,5 % og at satsen for sikkerhedsstillelse skulle være 1 %, hvilket skete efter en overvejelse om, hvad der skulle være den præcise sats. Parterne fortsatte med at anvende begge satser i periode 2. Når parterne har deltaget i en sådan koordinering, er der en formodning for, at de har taget hensyn hertil i deres videre adfærd. Parterne har bevisbyrden for, at de ikke har taget hensyn hertil, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

Det er ikke korrekt, at parternes adfærd skulle være lovlig, fordi de koordinerede satser blev anvendt bredt i hele mediebranchen, eller fordi parternes adfærd skulle følge en branchekutyme. For det første er det ulovligt at koordinere rabatsatserne, også selvom andre måtte anvende de samme for informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse. Der er tale om pris-parametre som under normale markedsforhold burde være underlagt individuel forhandling. For det andet er det forhold, at andre aktører – herunder andre typer af medieudbydere – har anvendt samme satser, ikke tilstrækkeligt til at bryde formodningen for, at parterne har taget højde for koordineringen i deres adfærd. Det gælder i særlig grad i en sag som denne, hvor der ikke bare er tale om, at parterne har foretaget en isoleret koordinering af informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse, men derimod har foretaget en samlet koordinering af tre faste rabatsatser (medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse) som blev fratrukket nettovisningsprisen. For det tredje er det i øvrigt ikke godtgjort, at der skulle foreligge en branchekutyme om, at alle aktører skal betale det samme i informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse – allerede fordi en fast provisionssats for sikkerhedsstillelse

ville være i strid med konkurrencelovens § 6. I forhold til informationsgodtgørelse bemærkes i øvrigt, at det fremgår af sagens oplysninger, at satsen 1,5 % ikke blev anvendt bredt i branchen.

Det er heller ikke korrekt, at parternes koordinering – og herunder de ens satser for informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse – skyldes, at de enkelte mediebyureauer måtte have ønsket at få ens satser fra parterne for at fremstå som uvildige/objektive rådgivere for annoncørerne. Det er heller ikke korrekt, at et sådant ønske skulle indebære, at parternes koordinering var lovlig.

AFA JCDecaux' analyse af markedsforholdene dokumenterer heller ikke, at parterne ikke har kunnet opretholde deres aftale og/eller samordnede praksis. I denne sag har der været kontakt og ”meeting of minds”, og derfor skal der ikke foretages en markedsvurdering svarende til, at der ikke har været nogen forudgående kontakt mellem parterne. I øvrigt er markedsanalysen fra Copenhagen Economics ikke korrekt. Parterne har ikke været forhindrede i at overvåge eller opretholde koordineringen af de tre rabatsatser i periode 2. Der er tale om en fortsat koordinering af satserne for tre rabatter, som fremgår af parternes fakturaer og som i øvrigt også tidligere fremgik af Clear Channel Danmarks hjemmeside. Størrelsen på disse rabatsatser er ikke fortrolige, og parterne har derfor ikke været afskåret fra at kende hinandens adfærd.

Der er endvidere tale om en fortsat koordinering af rabatsatser på fakturaerne. Mediebyureauerne har oplyst, at de ikke forhandler om informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse, og at de har en interesse i, at informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse er på niveau, for at de kan fremstå som uvildige/objektive i forhold til annoncørerne. Derfor har Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux ikke mødt et pres fra en købermagt i forhold til de koordinerede rabatsatser.

Det er herudover ikke relevant at sammenligne med, om de kunne have opretholdt en samordnet praksis for den samlede pris for et annoncekøb. De har koordineret et priselement, og dette er ulovligt, også selvom de ikke har koordineret de endelige priser og/eller de fortsat har konkurreret om andre priselementer, og analysen fra Copenhagen Economics baserer sig således på en forkert præmis.

Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux' aftale og/eller samordnede praksis i periode 1 og periode 2 havde til formål at begrænse konkurrencen. Det væsentligste kriterium for at afgøre, om en

aftale og/eller samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, er konstateringen af, om den er ”tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen”. Ved denne vurdering skal der tages hensyn til (i) aftalens indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår, jf. C-67/13 Groupement des Cartes Bancaires, præmis 48-53.

Der er tale om en horisontal koordinering mellem to konkurrenter om rabatsatser, og denne koordinering har mindsket usikkerheden om parternes fremtidige adfærd for så vidt angår et priselement.

For det første følger det af fast praksis, at horisontal koordinering af priser, rabatter mv. generelt antages at have til formål at begrænse konkurrencen. Visse typer af aftaler – herunder bl.a. horisontale aftaler om priser – har et konkurrencebegrænsende formål i sig selv og tilhører en kategori af aftaler, som konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, udtrykkeligt forbyder. For disse typer af aftaler gælder, at formålet ikke kan retfærdiggøres gennem en analyse af den økonomiske sammenhæng, hvori den pågældende adfærd indgår. For sådanne typer af aftaler, kan undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. T-374/94 m.fl., European Night Services, præmis 136. Det følger direkte af TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, at konkurrencebegrænsende aftaler kan bestå i at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser. Begrebet priser omfatter også rabatter. Forbuddet mod at koordinere priser omfatter også koordinering af priselementer, da det medfører at usikkerheden om konkurrerende virksomheders prispolitik falder, jf. T-45/98 m.fl., Thyssen Krupp, præmis 157 og C 8/08, T-Mobile, præmis 39.

For det andet fører en konkret vurdering af parternes koordinering til samme resultat. Det vil sige en vurdering med udgangspunkt i (1) aftalens og/eller den samordnede praksis’ indhold, (2) de målsætninger, der søges gennemført, og (3) den økonomiske og retlige kontekst, som aftalen og/eller den samordnede praksis indgår i.

Indholdet var en samlet gensidig horisontal koordinering af de faste rabatter, som parterne gav, når mediebyureauer indkøbte reklameplads på vegne af annoncører. Koordineringen nedsatte systematisk de tre faste rabatter på fakturaerne fra 12,5 % til 2,5 %. Herudover koordinerede parterne, at da me-

dieprovisionen bortfaldt, blev der i en periode givet en kontantrabat for at kompensere mediebu-
reauerne.

Målsætningerne med koordineringen af rabatsatserne var at sikre fælles anvendelse af lave rabatsat-
ser ved disse indkøb.

Den retlige og økonomiske kontekst understøtter endvidere, at koordineringen havde til formål at
begrænse konkurrencen. Det danske marked for salg af reklameplads i outdoor-medier er karakteri-
seret ved, at mediebyureauer og annoncører er nødt til at indgå aftaler med de outdoor-medieudby-
dere, der har de bedste kontrakter på outdoor-reklameplads. Clear Channel Danmark og AFA
JCDecaux har haft en meget stor markedsstyrke på det danske marked for salg af reklameplads i
outdoor-medier, og stort set alle større kontrakter på outdoor-reklameplads.

Det bestrides, at parternes koordinering af rabatsatserne ikke var egnede til at forhøje priserne og
ikke havde nogen reel betydning for konkurrencen. Parternes koordinering havde efter sin art og
den markedsmæssige sammenhæng et sådant potentiale for konkurrencebegrænsende virkninger, at
virkningerne ikke skal undersøges. Det er ikke et krav, at det skal påvises, at konkurrencen faktisk
er blevet begrænset, når selskabernes koordinering har haft til formål at begrænse konkurrencen.
Det afgørende er blot, om samordningen har fjernet et usikkerhedsmoment, jf. C 8/08, T-Mobile,
præmis 43.

Parternes koordinering i både periode 1 og periode 2 havde således til formål at begrænse konkur-
rencen.

Afgørelsen er heller ikke behæftet med væsentlige sagsbehandlingsfejl, som giver grundlag for op-
hævelse eller hjemvisning. Rådet har således ikke været forpligtet til at foretage yderligere partshø-
ring af Clear Channel Danmark som følge af en ændret eller præciseret vurdering efter modtagelsen
af Clear Channels Danmarks høringssvar, jf. konkurrencelovens § 15 a, stk. 2, jf. forvaltningslovens
§ 19, stk. 1.

Rådet har heller ikke været forpligtet til at foretage yderligere sagsoplysning som følge af, at Clear
Channel Danmark i sit høringssvar til klagepunktsmeddelelsen valgte at fremlægge 14 fakturaer fra

periode 1. For det første har afgørelsen været tilstrækkeligt oplyst i forhold til afgørelsen om, at der var en konkurrencebegrænsende aftale i periode 1. I forhold til denne periode, hvor der var en udtrykkelig skriftlig aftale, var Clear Channel Danmarks adfærd ikke relevant. For det andet har afgørelsen også været tilstrækkeligt oplyst i forhold til afgørelsen om, at der var en aftale og/eller samordnet praksis i periode 2. Det er – set i forhold til de øvrige beviser i sagen – ikke afgørende, at Clear Channel Danmark ikke har fulgt 2009- og 2010-aftalen i periode 1 i forhold til de fakturaer, som Clear Channel Danmark har fremlagt. I øvrigt har rådet foretaget tilstrækkelige sagsoplysningskridt. Der er foretaget kontrolundersøgelser hos bl.a. selskaberne og indhentet/modtaget oplysninger fra selskaberne og markedets aktører. Clear Channel Danmark har fulgt sagsoplysningsprocessen mv. tæt og har været repræsenteret ved advokat. Clear Channel Danmark har været nærmest til at fremlægge fakturaer, hvis de måtte være i Clear Channel Danmarks interesse, da selskabet – i modsætning til rådet – har haft rådighed over fakturaerne for 2009-2010. Clear Channel Danmark har også været bekendt med, at hvis de ikke fremlagde disse, ville de ikke indgå i faktum. Endelig har Clear Channel Danmark været bekendt med, at rådet ville lægge til grund, at der var en aftale og/eller samordnet praksis for hele perioden. Clear Channel Danmark har trods disse forhold valgt kun at fremlægge 14 fakturaer i forbindelse med partshøringen og Clear Channel Danmark har først nu under ankesagens behandling valgt at fremlægge 93 yderligere fakturaer fra periode 1.

Det kan under disse omstændigheder ikke bebrejdes rådet, at afgørelsen ikke indeholder yderligere faktum om Clear Channel Danmarks adfærd i 2009-2010.

Afgørelsen er fortsat korrekt og tilstrækkeligt oplyst, også selvom der nu er fremlagt nyt faktum, der viser, at Clear Channel Danmark ikke altid fulgte 2009- og 2010-aftalerne i periode 1. De nye oplysninger giver ikke grundlag for en anden vurdering af hverken periode 1 eller periode 2.

Rådet har heller ikke været forpligtet til at foretage yderligere partshøring eller sagsoplysning i forhold til vurderingen af, om medieprovisionen blev videregivet til annoncørerne.

Resultat og begrundelse

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, forbyder virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Sådanne aftaler

består efter konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, navnlig i direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser.

Det fremgår af sagen og er i øvrigt ubestridt, at Clear Channel Danmark A/S og AFA JCDecaux A/S i perioden fra den 5. september 2008 frem til den 31. december 2010 indgik skriftlige aftaler om fælles satser for medieprovision, informationsgodtgørelse, sikkerhedsstillelse og kontantrabat. Konkurrenceankenævnet tiltræder, at sådanne aftaler er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1. Konkurrenceankenævnet tiltræder efter indholdet af aftalerne endvidere, at disse var egnet til at påvirke virksomhedernes adfærd på markedet, og at der var tale om aftaler, der må anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen. Konkurrenceankenævnet finder, at det ikke har betydning for dette resultat, at aftalerne i adskillige tilfælde ikke blev fulgt. Det kan heller ikke lægges til grund, at rabatsatserne for medieprovision, informationsgodtgørelse eller kontantrabat helt eller delvist var nødvendige af hensyn til forhold på markedet. Selvom den aftalte rabatsats for sikkerhedsstillelse måtte udspringe af en branchenorm, en branchekutyme eller i øvrigt blev anvendt af alle i branchen, udgør en aftale om fastsættelse af rabatten i overensstemmelse med en sådan norm fortsat en aftale, der må anses at have til formål at begrænse konkurrencen, idet aftalen – som den er formuleret af parterne – går forud for en eventuel branchenorm og de ændringer, der måtte ske heri.

Konkurrenceankenævnet finder, at aftalen indgået den 14. oktober 2009 vedrørende ”Provision på Outdoor medier 2010” efter aftalens ordlyd og indhold og sammenholdt med det forhold, at der forinden løbende blev indgået aftaler, må anses for som udgangspunkt at skulle være ophørt den 31. december 2010. Det forhold, at aftalen ikke indeholder en udtrykkelig slutdato, kan ikke i sig selv medføre, at aftalen er tidsbegrænset.

Det forhold, at der fra 2011 og frem ikke formelt blev indgået nye aftaler vedrørende fælles satser for medieprovision, informationsgodtgørelse, sikkerhedsstillelse og kontantrabat, medfører heller ikke nødvendigvis, at overtrædelsen af konkurrenceloven og TEUF ophørte med udgangen af 2010, men Konkurrenceankenævnet finder dog ikke tilstrækkeligt belæg for at antage, at der efter udgangen af 2010 har foreligget en stiltiende aftale eller anden form for koordinering, som kan siges at have haft aftalekarakter. Spørgsmålet er herefter, om Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux

må anses for at have haft en samordnet praksis om fortsat koordinering af rabatsatser i perioden efter 2010.

For at der kan være tale om en samordnet praksis, skal der være en form for kontakt mellem virksomhederne, f.eks. afholdelse af møder, korrespondance eller udveksling af informationer, der skal foreligge en viljemæssig tilpasning eller en fælles forståelse om at agere på en bestemt måde ("meeting of minds"), og der skal foreligge en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af samordningen, samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden, jf. bl.a. forarbejderne til konkurrenceloven (Folketingstidende 1996/97, tillæg A, s. 3658) og EU-Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag C-8/08, T-Mobile m.fl., præmis 51 og 60-61.

Det fremgår af sagen, at parterne har haft kontakt i en længere periode, herunder senest i november 2009, hvor 2010-aftalen blev indgået. Konkurrenceankenævnet finder, at det som følge af denne tidligere lange periode med indgåelse af udtrykkelige aftaler om fastsættelse af rabatsatser – og idet Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux i perioden efter 2010 ikke klart har taget afstand fra adfærden – som udgangspunkt må antages, at Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux også efter 2010 havde en fælles forståelse om fortsat at operere med de tidligere koordinerede rabatsatser. Den adfærd, der ligger i forlængelse af aftalen fra 2010, findes at være direkte forårsaget af den aftalte koordinering af rabatterne, der fandt sted i 2009, og som af de ovenfor anførte grunde ikke kan anses for med rette at være begrundet i forhold på markedet. Konkurrenceankenævnet har herved bl.a. lagt vægt på, at parterne ikke har haft noget væsentligt incitament til at ændre på rabatsatserne efter 2010, der på dette tidspunkt havde nået et meget lavt niveau, og at rabatterne vedrørende sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse også efter 2010 fortsat blev anvendt konsekvent af parterne, ligesom ingen af parterne genindførte medieprovisionen. Konkurrenceankenævnet finder det i den forbindelse ikke dokumenteret, at medieprovisionen i 2010 blev afløst af årsrabatten.

Konkurrenceankenævnet tiltræder, at det forhold, at parternes adfærd efter den 31. december 2010 afveg væsentligt fra 2010-aftalens bestemmelse for så vidt angår kontantrabatten, heller ikke dokumenterer, at parternes konkurrencestridige adfærd var ophørt. Konkurrenceankenævnet har herved lagt vægt på, at kontantrabatten havde en anden karakter end de øvrige rabatter. Kontantrabatten blev således beregnet anderledes end de øvrige rabatter, og rabatten fremgik heller ikke af faktura-

erne. Parterne har heller ikke som med de øvrige rabatter indgået aftaler om kontantrabatten gennem en længere periode.

Konkurrenceankenævnet finder på denne baggrund, at Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux efter 2010-aftalens formelle udløb den 31. december 2010 har haft en samordnet praksis om koordinering af rabatsatser, for så vidt angår medieprovision, sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse. Denne samordnede praksis er lige som aftalerne for 2010 og tidligere omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1. Af de samme grunde som anført ovenfor vedrørende de udtrykkelige skriftlige aftaler, og idet den samordnede praksis er direkte forårsaget af de tidligere indgåede aftaler, er den samordnede praksis også egnet til at påvirke virksomhedernes adfærd på markedet og har haft til formål at begrænse konkurrencen.

Af bl.a. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13, *Cartes Bancaires*, fremgår det, at en aftales eller en samordnet praksis' formål – i varierende grad – skal vurderes i lyset af den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgår i. Det følger samtidig af bl.a. EU-Domstolens domme af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, *Toshiba*, og af 27. april 2017 i sag C-469/15 P, *FSL*, samt af Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 2014, *Centralforeningen af Autoreparatører i Danmark*, at når parterne har indgået en til formål-aftale, kan konkurrencemyndighedernes analyse af den økonomiske og retlige sammenhæng begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt. Det samme gælder en samordnet praksis, der må anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen. Endelig fremgår det af bl.a. EU-Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, *Expedia*, præmis 37, at når en aftale eller en samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, vil aftalen eller den samordnede praksis efter sin art og uanset dens faktiske følger udgøre en mærkbar begrænsning af konkurrencen.

Konkurrenceankenævnet finder, at Konkurrencerådet i denne sag har foretaget en vurdering, som er tilstrækkelig for at fastslå aftalens og den samordnede praksis' konkurrencebegrænsende formål, og at Konkurrencerådet herefter ikke har været forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse af konkurrencebegrænsningens mærkbarhed. Med disse bemærkninger tiltræder Konkurrenceankenævnet, at Clear Channel Danmark og AFA JCDecaux i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, har samordnet rabatsatser ved køb af reklameplads i outdoor-medier gen-

nem Kreativitet & Kommunikations medlemmer i den af Konkurrencerådet anførte periode og i det anførte omfang.

Konkurrenceankenævnet bemærker, at der ikke er grundlag for at konstatere, at Konkurrencerådets afgørelse er behæftet med væsentlige sagsbehandlingsmangler.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 19. december 2018 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

Birgitte Sloth

Claus Berg

David Dreyer Lassen

Jon Stokholm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 6. november 2019

Sign.af Erhvervsstyrelsen

Dorthe Hylleberg

kontorfuldmægtig