UDSKRIFT

AF

ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 1. februar 2002 af Østre Landsrets 9. afdeling (landsdommerne Teilmann, Lodberg og Steen Mejer Hansen (kst.)).

9. afd. nr. B-1932-00:
Advokat Preben Bang Henriksen (selv)
mod
Konkurrenceankenævnet
(Kammeradvokaten
ved advokat Kim Lundgaard Hansen).

Sagsøgeren, advokat Preben Bang Henriksen, har under denne sag nedlagt påstand om, at Konkurrenceankenævnet skal anerkende

at der mellem Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds og Aalborg Stiftstidende eksisterer en konkurrencebegrænsende aftale omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1,

at den konkurrencebegrænsende aftale ikke er undtaget fra forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, som følge af konkurrencelovens § 7, stk. 1, og

at den konkurrencebegrænsende aftale er forbudt og ugyldig, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5, og straks skal bringes til ophør.

Sagsøgte, Konkurrenceankenævnet, har nedlagt påstand om frifindelse.

Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. maj 2000 (sag nr. 99-147.196) er sålydende:

"Aalborg Stiftstidende
(advokat Per Hemmer)

mod

Konkurrencerådet

1. Ved skrivelse af 28. juli 1999 har Aalborg Stiftstidende indbragt en af Konkurrencerådet den 30. juni 1999 truffen afgørelse, hvorefter en aftale mellem Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og straks skal bringes til ophør, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 4.

   Klager har påstået afgørelsen ophævet.

   Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

   Advokat Preben Bang Henriksen er indtrådt til støtte for Konkurrencerådet.

   Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds er indtrådt til støtte for klager.

2. Det hedder i Konkurrencerådets afgørelse af 30. ni 1999 bl.a.:

   "Vedr. klagen fra Preben Bang Henriksen

   Konkurrencestyrelsen skal hermed vende tilbage til ovennævnte klage vedrørende placeringerne af advokatens boligannoncer i Aalborg Stiftstidendes BoGodt-sektion. Ifølge klagen bliver advokatens boligannoncer konsekvent placeret bagerst i boligtillægget uagtet, at advokaten betaler nøjagtig samme pris, og er underkastet samme vilkår, som alle øvrige annoncører i bladet. Den ifølge klager hermed opståede konkurrenceforvridning er et re-

sultat af en indgået aftale mellem Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds og Aalborg Stiftstidende.

I den anledning skal det hermed meddeles, at det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at

- *der mellem Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds og Aalborg Stiftstidende eksisterer en konkurrencebegrænsende aftale omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1,*
- *den konkurrencebegrænsende aftale ikke er undtaget fra forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, som følge af konkurrencelovens § 7, stk. 1,*
- *den konkurrencebegrænsende aftale er forbudt og ugyldig, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5, og*
- *den konkurrencebegrænsende aftale straks skal bringes til ophør, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 4.*

Der er med denne afgørelse ikke taget stilling til en eventuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, da dette forudsætter indgivelse af en anmeldelse til Konkurrencestyrelsen, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 2.

Konkurrencestyrelsen har ved ovenstående afgørelse lagt til grund, ... at der mellem parterne har været ført en række møder omkring avissektionen/produktet BoGodt. Det er herunder blevet fremført som et ønske fra DE`s 5. kreds, at der sker en samlet placering af DE-ejendomsmæglernes annoncer forrest i BoGodt-sektionen. DE´s 5. kreds har herunder fremført et klart ønske om, at den samlede annoncering i sektionen starter side 3. Dette ønske er blevet imødekommet af Aalborg Stiftstidende. Ifølge det oplyste har ordningen, der har været praktiseret siden udgangen af 1998, betydet, at annoncer fra medlemmer af DE´s 5. kreds i altovervejende grad er blevet placeret forrest i avissektionen....

I vurderingen af, hvorvidt aftalen er konkurrencebegrænsende, må Konkurrencestyrelsen være uenig i avisens synspunkt om, at den ene placering ikke er bedre end den anden. Kredsformand Anette Pedersen, DE´s 5. kreds, har herom i redegørelsen af 9. marts 1999 givet udtryk for, at "naturligvis er det vores ønske, at den samlede annoncering starter på side 3". Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse er den konsekvente placering af annoncer fra ikke-medlemmer af DE bagerst i sektionen udtryk for en diskrimination mellem ejendomsformidlerne, der alene er begrundet i medlemsskab af en bestemt brancheorganisation. En sådan diskrimination er efter Konkurrencestyrelsens opfattelse ikke tilladt efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, nr. 4. ..."

3. Sagens Baggrund.

Om Aalborg Stiftstidendes tillæg "BoGodt" har klager - ubestridt - oplyst, at der har været et sådant særskilt boligtillæg på en 35-50 sider til avisen siden februar 1987. Boligannoncerne blev udskilt i et særskilt tillæg, fordi hovedparten af ejendomsmæglere og automobilforhandlere i Nordjylland i slutningen af 1986 var ophørt med at annoncere i Aalborg Stiftstidende for i stedet at annoncere i et husstandsomdelt blad "Bil og Bolig", som ejendomsmæglerne og automobilforhandlerne selv stod for udgivelsen af. Aftalen mellem Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds er blevet til efter længere tids forhandlinger, hvis baggrund var, at Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds fra en konkurrent til Aalborg Stiftstidende havde modtaget tilbud om udgivelse af et nyt boligblad svarende til EjendomsAvisen i Århus, som omdeles med Morgenavisen Jyllandspostens søndagsudgave, og som har overtaget størstedelen af de annoncører, der tidligere annoncerede i Århus Stiftstidendes "BoGodt"-tillæg. Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds, hvis medlemmer tegner sig for mellem 80% og 90% af villa- og ejerlejlighedsannoncer i "BoGodt"-tillægget stillede krav om forandrede vilkår for annonceringen. Dette førte til en aftale om væsentlige prisreduktioner og om placering af annoncer for medlemmerne af Dansk Ejendomsmæglerforening samlet og forrest i "BoGodt"-tillægget. De samme lave priser anvendes over for alle annoncører - også over for advokat Bang Henriksen, hvis annoncer imidlertid anbringes efter annoncer indrykket af medlemmerne af Dansk Ejendomsmælgerforening, dvs. i almindelighed i tillæggets sidste fjerdedel.

.....

8. Ankenævnets bemærkninger

Den påklagede afgørelse angår en aftale mellem Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds om placering af annoncer i avisens søndagssektion "BoGodt". Afgørelsen er begrundet med, at der er fordele ved den placering, som medlemmer af Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds opnår i kraft af aftalen, og at aftalen derfor indebærer en diskrimination, som alene er begrundet i medlemskab af en bestemt brancheorganisation, hvilket ikke er tilladt efter konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 4.

De er ikke af Konkurrencerådet anført noget til støtte for, at aftalen efter sit formål må anses for omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Om aftalens virkninger på markedet er alene anført, at det følger af, at Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds har ønsket en bestemt placering, at der er fordele ved den placering, som aftalen indebærer. Der er ingen redegørelse for, hvorledes konkurrencen ville forme sig, hvis aftalen ikke fandtes, og hvilke konkurrenceforstyrrelser aftalen om placering har til følge.

Ankenævnet finder, at det herefter ikke kan anses for godtgjort, at aftalen medfører en sådan mærkbar indvirkning på konkurrencen, at den er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Ankenævnet ophæver derfor Konkurrencerådets afgørelse."

Der er for landsretten enighed om,

at der er indgået aftale mellem Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforening,

at aftalen indebærer, af DE-medlemmers annoncer placeres samlet og placeres forrest i Aalborg Stiftstidendes Bo Godt tillæg,

at placeringen i den i sagen omhandlede periode har været således, at Bang Henriksen Bolig gennemsnitligt har været placeret i den sidste tredjedel af bladet,

at prisen for Bang Henriksens og DE-medlemmernes annoncer har været ens, uanset om annoncerne var placeret forrest eller bagest i Bo Godt tillægget,

at kun DE´s medlemmer kunne annoncere i den forreste del af tillægget,

at forskellen i placeringsmulighederne for DE-medlemmer og ikke-DE-medlemmer indebærer en forskelsbehandling, og

at DE på sine medlemmers vegne specifikt har forlangt en placering forrest i bladet.

Der er afgivet forklaring af advokat Preben Bang Henriksen og statsautoriseret ejendomsmægler Majbritt Solskov.

Advokat Preben Bang Henriksen har forklaret, at han har drevet advokatvirksomhed gennem mange år. Han beskæftiger sig navnlig med handel med fast ejendom og lejeret.

Fra 1996 påbegyndte han forretning med formidling af fast ejendom til faste priser, der navnlig for de dyre ejendommes vedkommende lå væsentlig under de takster, som de autoriserede ejendomsmæglere beregnede sig.

De autoriserede mæglere tog hans initiativ meget ilde op. De "sortlistede" ham ved ikke at ville pege på ham som berigtigende advokat. Han blev på et tidspunkt tilfældigt gjort opmærksom på, at Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds og Aalborg Stiftstidende havde indgået aftale om placering på de forreste sider af foreningens annoncer. Det er almindelig kendt, at sælgeren af fast ejendom lægger stor vægt på annoncemæssigt at være placeret på fremstående plads i avisen, men hans annoncer er i gennemsnit placeret i den sidste tredjedel af avisen, ofte sammen med sommerhusene. Hans årlige bruttovederlag har i de senere år været for nedadgående og androg for 1997 ca. 1,2 mill. kr., for 1998 ca. 1,7 mill. kr., for 1999 ca. 1,5 mill. kr., for 2000 ca. 920.000 kr. og pr. 1. december 2001 ca. 930.000 kr.

Statsautoriseret ejendomsmægler Majbritt Solskov har forklaret, at hun tidligere har været advokatsekretær hos advokat Bang Henriksen. Hun blev i 1999 uddannet som autoriseret ejendomsmægler og arbejdede på kontoret som almindelig mægler. Kontorets prispolitik i forbindelse med formidling af fast ejendom medførte et lavere prisniveau, end hvad der var gældende for de selvstændige mæglere. Oprin-

delig var der faste priser på 34.500 kr. på parcelhuse og 24.000 kr. på ejerlejligheder inkl. annonceudgifter. Fra 1999 var de samme priser ekskl. annonceudgifter. De autoriserede mæglere ville bl.a. ikke henvise til Bang Henriksen som advokat. Nordjydske Stiftstidende er det eneste skriftlige medie, der kan komme på tale.

Placeringen af annoncen tillægges stor betydning af sælgerne, der mener, at annoncen ikke er så synlig, når den anbringes i den bageste del af bladet, som når den anbringes i den forreste del.

Advokat Preben Bang Henriksen har gjort gældende,

at der er indgået en aftale mellem Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds angående annoncering i Bo Godt,

at aftalen indebærer, at annoncer fra medlemmer af Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds placeres samlet og placeres forrest i Bo Godt,

at det forhold, at Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds udtrykkeligt i aftalen har betinget sig at blive placeret forrest i det pågældende annoncetillæg, i sig selv er bevis for, at der er fordel forbundet med denne placering,

at det er åbenlyst, at en placering forrest i en hvilken som helst avis er bedre end en placering bagest,

at prisen for sagsøgers annoncer og annoncer fra medlemmer af Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds har været ens,

at Aalborg Stiftstidende ved sin adfærd har handlet i strid med konkurrencelovens bestemmelser, herunder specielt konkurrencelovens § 6.

Konkurrenceankenævnet har gjort gældende,

at det er med rette, at sagsøgte har ophævet Konkurrencerådets kendelse i sagen, fordi rådet ikke har godtgjort, at den i sagen omhandlede aftale er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Der er intet grundlag for at hævde, at den i sagen omhandlede aftale efter sit formål er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og rådets afgørelse er da - hvilket er ubestridt - heller ikke begrundet hermed.

Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt aftalen har sådanne mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, at den kan anses for omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, gøres det gældende, at det er med rette, at ankenævnet har konstateret, at rådet ikke har foretaget nogen form for analyse af, hvorledes konkurrencen ville have formet sig, hvis aftalen om en bestemt placering af Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds´ annoncer ikke fandtes, eller af, hvilke konkurrenceforstyrrelser aftalen om denne placering har haft til følge.

En aftale kan kun anses som værende i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, som følge af aftalens virkninger, såfremt det er påvist, at aftalen har mærkbart konkurrencebegrænsende virkninger. Dette forudsætter naturligvis, at det godtgøres, hvori de mærkbart konkurrencebegrænsende virkninger består.

Da det ikke er godtgjort, at aftalen har mærkbart konkurrencebegrænsende virkninger, er det med rette, at sagsøgte har ophævet Konkurrencerådets afgørelse.

Landsrettens bemærkninger:

Efter bevisførelsen findes der ikke grundlag for at antage, at aftalen mellem Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds, der ikke indeholder åbenbare konkurrencebegrænsende elementer, har haft til formål at begrænse konkurrencen vedrørende formidling af fast ejendom.

Såvel Preben Bang Henriksen som hans reelle modpart, Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds, tillægger det betydning, at deres respektive salgsannoncer er placeret forrest i Boligtillægget blandt andet ud fra en erfaring om, at sælgerne af fast ejendom tillægger en sådan placering betydning.

Preben Bang Henriksen har imidlertid ikke under sagen sandsynliggjort, at hans firmas annoncers placering i tillæggets bageste del har haft nogen mærkbar konkurrencemæssig betydning for formidlingen af fast ejendom, eller påvist, hvad virkningerne for konkurrencen på dette område ville være, hvis aftalen ikke fandtes.

Landsretten tiltræder med denne begrundelse, at aftalen ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og frifinder som følge heraf Konkurrenceankenævnet.

I sagsomkostninger for landsretten skal Preben Bang Henriksen inden 14 dage betale 7.500 kr.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Konkurrenceankenævnet frifindes.

Inden 14 dage fra dato skal Preben Bang Henriksen betale 7.500 kr. i sagsomkostninger for landsretten til Konkurrenceankenævnet.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den - 1 FEB. 2002

P.j.v.

Betina Boddum-Andersen
Overassistent