

# K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 16/11 2012 i sagerne nr. KL-1-2012, KL-2-2012, KL-3-2012, KL-4-2012, KL-5-2012 og KL-6-2012

Dansk Ejendomsmæglerforening  
(advokaterne Flemming Christensen og Charlotte Friis  
Bach Ryhl)

home A/S  
(advokat Jens Munk Plum)

RealMæglerne Holding A/S  
(advokat Georg Petersen)

Nykredit Mægler A/S  
(advokat Torkil Høg)

EDC-Gruppen A/S  
(advokat Jan Børjesson)

og  
danbolig A/S  
(advokat Martin André Dittmer)

mod

Konkurrencerådet  
(specialkonsulent Gry Høirup)

## **1 Resume af afgørelsen**

Ved klageskrifter indgivet i februar 2012 har Dansk Ejendomsmæglerforening, home A/S, RealMæglerne Holding A/S, Nykredit Mægler A/S, EDC-Gruppen A/S og danbolig A/S (herefter "Klagerne") påklaget en afgørelse truffet af Konkurrencerådet den 25. januar 2012 i sag 40/0120-0204-0259. Af rådets afgørelse fremgår, at Klagerne har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, ved at indgå en aftale og samordnet deres adfærd om at boykotte Boliga.dk ved at nægte ejendomssøgeportalen tilladelse til at vise billeder, der er tilknyttet ejendomsmæglernes annoncering af ejendomme på internettet.

Klagerne har for Konkurrenceankenævnet påstået ophævelse, subsidiært hjemvisning af afgørelsen. Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Konkurrenceankenævnet finder, at Klagerne har samordnet deres adfærd med det formål at begrænse konkurrencen ved at nægte at levere billeder til Boliga.dk og stadfæster derfor Konkurrencerådets afgørelse dog med ændring af de af rådet meddelte påbud.

## **2 Parternes påstande**

Dansk Ejendomsmæglerforening påstår Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 ophævet, subsidiært hjemvist til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

home A/S påstår:

- (i) Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 vedrørende ejendomsmæglerbranchen ophævet for så vidt angår home, subsidiært hjemvist til fornyet behandling
- (ii) Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 ophævet for så vidt angår home for så vidt angår punkt 35, og punkterne 38 og 39, 2. og 3. underpind

RealMægler Holding A/S påstår Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 ophævet for så vidt angår RealMæglerne Holding A/S, subsidiært delvist ophævet for så vidt angår RealMæglerne Holding A/S og hjemvist til fornyet behandling i Konkurrencerådet og/eller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for så vidt angår den ikke-ophævede del af afgørelsen.

Nykredit Mægler A/S påstår Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 ophævet, subsidiært hjemvist til fornyet behandling i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet.

EDC-Gruppen A/S påstår:

- (i) Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 ophævet, subsidiært hjemvist til fornyet behandling i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet.
- (ii) Rådets afgørelse ophævet for så vidt angår punkt 34, og påbuddene i punkterne 36, 37 og 39, 2. og 3. underpind.

danbolig A/S påstår Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 ophævet for så vidt angår danbolig A/S, subsidiært afgørelsen ophævet delvist og hjemvist for den resterende del af sagen til fornyet behandling ved Konkurrencerådet, mest subsidiært afgørelsen hjemvist til hel eller delvis fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet påstår rådets afgørelse af 25. januar 2012 stadfæstet.

### **3 Den påklagede afgørelse**

Af Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 fremgår følgende blandt andet:

- ”33 Det meddeles Dansk Ejendomsmæglerforening, danbolig A/S, EDC-Gruppen A/S, Home A/S, Nykredit Mægler A/S, RealMæglerne Holding A/S og John Frandsen A/S, at de har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2, og stk. 3 ved
- at have aftalt og samordnet deres adfærd om at boykotte Boliga.dk ved at nægte Boliga.dk tilladelse til at vise billeder, der er tilknyttet ejendomsmæglernes annoncering af ejendomme på internettet.
- 34 Det meddeles EDC-Gruppen A/S og RealMæglerne Holding A/S, at de har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2, og stk. 3, ved
- gennem krav, anbefalinger eller opfordringer til deres medlemmer at have indgået en kædeintern vedtagelse om at nægte Boliga.dk tilladelse til at vise billeder, der er tilknyttet ejendomsmæglernes annoncering af ejendomme på internettet med henblik på at efterleve den aftalte boykot af Boliga.dk.

- 35 Det meddeles Danbolig A/S, Home A/S og Nykredit Mægler A/S, at de har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2, ved
- gennem krav, anbefalinger eller opfordringer, der er udmeldt som led i kædeselskabernes franchiseaftaler med deres respektive kædemedlemmer, at nægte Boliga.dk tilladelse til at vise billeder, der er tilknyttet ejendomsmæglernes annoncering af ejendomme på internettet med henblik på at efterleve den aftalte boykot af Boliga.dk.
- 36 Konkurrencerådet påbyder i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, Dansk Ejendomsmæglerforening, Danbolig A/S, EDC-Gruppen A/S, Home A/S, Nykredit Mægler A/S, RealMæglerne Holding A/S og John Frandsen A/S
- omgående at bringe enhver aftale og samordnet praksis om at nægte bolig-søgeportalen Boliga.dk tilladelse til at vise billeder af deres kunders ejendomme til ophør og
  - fremover at afstå fra enhver form for aftale og samordnet praksis, som direkte eller indirekte har til formål eller følge at forhindre den enkelte ejendomsmægler i at vise billeder af de udbudte boliger på bestemte boligsøge-portaler, herunder Boliga.dk.
- 37 Konkurrencerådet påbyder i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, EDC-Gruppen A/S og RealMæglerne Holding A/S
- omgående at bringe enhver form for kædeintern vedtagelse om at nægte Boliga.dk adgang til at vise billeder af deres kunders ejendomme til ophør og
  - fremover at afstå fra enhver form for kædeintern vedtagelse, som direkte eller indirekte har til formål eller følge at boykotte Boliga.dk.
- 38 Konkurrencerådet påbyder i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, Danbolig A/S, Home A/S og Nykredit Mægler A/S
- omgående at bringe enhver form for kædeinterne krav, anbefalinger eller opfordringer om at nægte Boliga.dk adgang til at vise billeder af deres kunders ejendomme til ophør og
  - fremover at afstå fra enhver form for kædeinterne krav, anbefalinger eller opfordringer, der udmeldes som led i kædeselskabernes franchiseaftaler med deres respektive kædemedlemmer, og som direkte eller indirekte har til formål eller følge at boykotte Boliga.dk.
- 39 Herudover påbydes EDC-Gruppen A/S, RealMæglerne Holding A/S, Danbolig A/S, Home A/S,

Nykredit Mægler A/S i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1

- senest den 22. februar 2012:
  - at orientere deres respektive medlemmer om indholdet af Konkurrencerådets påbud,
  - at orientere deres respektive medlemmer om, at tidligere udmeldte krav, vejledninger samt opfordringer eller anbefalinger om at nægte Bolia.dk at vise billeder af deres udbudte ejendomme er ugyldige, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5, idet de er i strid med konkurrencereglerne,
  - at orientere deres respektive medlemmer om, at den enkelte ejendomsmægler er berettiget til at give boligsøgeportaler, herunder Boliga.dk, tilladelse efter ophavsretslovens § 70 til at vise billeder af kundernes ejendomme, og
  - at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at ovenstående orientering af medlemmerne er sket.”

#### **4 Parternes argumentation**

Dansk Ejendomsmæglerforening har til støtte for sine påstande sammenfattende gjort gældende, at virksomheder lovligt kan indgå en aftale eller følge en samordnet praksis om at nægte levering til en bestemt virksomhed, medmindre det påvises, at den pågældende aftale eller samordnede praksis kan begrænse konkurrencen.

Der foreligger ikke en leveringsnægtelse, der kan begrænse konkurrencen. Den påståede aftale eller samordnede praksis mellem ejendomsmæglerne har ikke til formål at håndhæve en underliggende kartelaftale, men tværtimod udelukkende til formål at styrke en virksomhed, som ejendomsmæglerne ejer og driver i fællesskab (Boligsiden), i konkurrencen med en anden virksomhed på samme marked (Boliga), hvilket ikke begrænser, men tværtimod skærper konkurrencen på markedet.

Konkurrencerådets retlige vurdering er forkert, fordi Konkurrencerådet antager, at en aftale eller samordnet praksis om leveringsnægtelse per se er i strid med konkurrencereglerne, og fordi Konkurrencerådet som følge heraf ikke finder det nødvendigt at undersøge adfærdens aktuelle eller potentielle virkninger i markedet.

Konkurrencerådets retlige vurdering er desuden forkert, fordi det kan konstateres, at den adfærd, som Konkurrencerådet betragter som en hard core overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende

aftaler, må kvalificeres som fuldt ud lovlig, hvis Konkurrencerådet havde valgt at vurdere den helt samme adfærd på grundlag af forbuddet mod misbrug af kollektiv dominans. En sådan modstrid mellem fortolkningen af de to bestemmelser er ikke forenelig med forståelsen af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling som værende den strengeste norm, nemlig den, som er rettet mod virksomheder med markedsmagt.

Konkurrencerådet har ikke ført tilstrækkeligt bevis for de påståede overtrædelser, og en aftale eller samordnet praksis mellem de ejendomsmæglere, som lovligt ejer og driver Boligsiden i fællesskab, må under alle omstændigheder betragtes som en lovlig accessorisk konkurrencebegrænsning.

home A/S gør til støtte for de nedlagte påstande overordnet gældende, at home ikke har deltaget i nogen ulovlig konkurrencebegrænsende aftale eller samordning om en boykot-strategi.

homes deltagelse i den påståede overtrædelse er begrænset til fire episoder, hvoraf to forhold er relateret til varetagelse af lovlige interesser i forhold til Boligsiden A/S, og derfor ikke udgør deltagelse i nogen ulovlig horisontal aftale eller samordnet praksis, og to forhold vedrører kædeinterne forhold hos home, der tilsvarende ikke efter afgørelsens ordlyd udgør et tilstrækkeligt grundlag for at anse home for deltager i den påståede ulovlige aftale eller samordnede praksis.

Det gøres gældende, at hverken homes deltagelse i mødet i Brancherådet den 11. marts 2010 eller meningstilkendegivelser og udveksling heraf i den givne sammenhæng udgør et tilstrækkeligt grundlag for at anse home for deltager i den påståede ulovlige aftale eller samordnede praksis. Der er herunder ikke i afgørelsen faktisk grundlag for Konkurrencerådets konklusioner om, at der på mødet den 11. marts 2010 i Brancherådet blev truffet nogen "beslutning om at forhindre Boliga.dk i at vise billeder af de udbudte boliger...". Heller ikke de efterfølgende faktiske begivenheder giver grundlag for denne konklusion.

home har deltaget i lovlige, forretningsmæssige drøftelser med henblik på varetagelsen af homes legitime interesser i det lovlige samarbejde om etablering og drift af Boligsiden og selskabets "Boligsiden.dk". Home er deltager i det lovligt etablerede og fungerende samarbejde om Boligsiden.dk, og deltager på lige fod med en række af homes konkurrenter på markedet. Boligsiden.dk er en portal med et indhold, som ingen af parterne havde kunnet etablere selv.

Drøftelserne mellem bestyrelsesmedlemmerne på Brancherådets møde udgør lovlige drøftelser af strategiske og forretningsmæssige forhold for Boligsiden.dk, herunder bestyrelsesmedlemmers ageren. Bestyrelsesmedlemmerne i Boligsiden.dk har efter selskabsretlige regler et ansvar for virksomhedens drift, som ikke kan løftes, uden at sådanne drøftelser kan pågå. Drøftelsernes karakter er ikke udtryk for noget "kartel", så home på mødet burde have anledning til at "rejse sig og gå eller efterfølgende tage afstand fra drøftelserne". Drøftelserne, som er foregået, må anses for en integreret del af det lovlige samarbejde om Boligsiden, subsidiært lovligt, fordi det er accessorisk til samarbejdet. Drøftelser af denne art må anses for objektivt nødvendige for driften af den fælles virksomhed.

Selv hvis drøftelserne måtte blive anset for at være gået udover grænserne for det tilladte og dermed i strid med Konkurrencelovens § 6, er der ikke under de særlige omstændigheder, som gør sig gældende, grundlag for at forholdet kan kvalificeres som alvorligt eller meget alvorligt. Enhver adfærd skal vurderes i den faktiske og retlige kontekst, som den indgår i. Der er ikke grundlag for at klassificere adfærden som havende en begrænsning af konkurrencen som sit objektive formål, og afgørelsen indeholder i øvrigt ikke nogen faktuelle oplysninger, som giver grundlag for at fastslå, at adfærden har haft de konkurrenceskadelige virkninger, som Konkurrencerådet gør gældende. Tværtimod var forholdet, at Boliga også uden mæglernes tilladelse til at bruge billeder vandt markedsandele i perioden.

Afgørelsen er forkert og utilstrækkeligt begrundet for så vidt angår de påbud, der er rettet mod kædeinterne (vertikale) forhold, 38 samt 39, pind 2 og 3. De vertikale påbud er – uanset om home måtte blive anset for at have deltaget i en horisontal koordinering – ikke tilstrækkeligt begrundet i afgørelsen. Der er i sagens materiale kun to eksempler, som ifølge Konkurrencerådet viser, at "Ledelsen i Home var aktiv i forhold til at sikre, at beslutningen i Brancherådet om at forhindre Boliga.dk i at vise billeder af de udbudte boliger blev efterlevet." home udsendte en kædeintern udmelding, "Sig nej tak til Boliga", hvilket vedrørte et konkret IT-program, som Boliga ønskede at installerede på mæglernes computere. home kendte ikke det pågældende program, der også kunne udgøre en IT-sikkerhedsmæssig risiko. I øvrigt tilhører den hardware, som programmet skulle installeres på, home og ikke franchisetagerne, hvorfor home så meget desto mere må være berettiget til at bestemme, hvad der skal installeres på dem.

Det andet eksempel vedrører, at home undersøgte en påstand, om at boliger udbudt gennem home-mæglerne optrådte med billeder på boliga, og hvor det viste sig, at dette skyldtes, at annoncørerne - i øvrigt uden mæglerens vidende - havde indrykket annoncer hos Boliga. Der var således ingen udmelding til mæglerne i dette tilfælde.

Der er således reelt kun tale om en udmelding, nemlig "Sig nej tak til Boliga".

Det er en efterrationalisering, når Konkurrencerådet gør gældende, at de kædeinterne, vertikale udmeldinger er ulovlige, fordi de er en del af en (påstået) ulovlig horisontal aftale og/eller samordnet praksis, og Konkurrencerådet burde i så fald have undladt at udstede disse påbud, eller i hvert fald have begrænset dem. Tværtimod blev påbuddene - fejlagtigt - baseret på, at franchiseaftaler om tjenesteydelser slet ikke skulle kunne være omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler.

Om forskellige kontraktvilkår udgør konkurrencebegrænsninger - endsige "alvorlige" ("hard-core"), kræver en analyse ud fra den faktiske og retlige sammenhæng, de indgår i. Der er ikke grundlag for den konklusion, som anføres. Selv hvis sådanne vilkår måtte kunne anses for konkurrencebegrænsende, vil de under visse betingelser være omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler og dermed lovlige.

Af home-aftalen følger, at home kan meddele sine franchisetagere pålæg om ikke at bruge bestemte markedsføringstiltag eller leverandører. home har konkret ikke givet et sådant påbud. Udmeldingen "Sig nej tak til boliga!" udgør ikke en aftale om boykot af boliga. Selv hvis udmeldingen udgjorde en aftale, ville denne være gruppefritaget sammen med franchiseaftalen. Bestemmelsen var forelagt Konkurrencerådet, da rådet i 2001 konstaterede, at franchiseaftalen var omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler. Konsekvensen er, at der ikke er grundlag for den retlige vurdering, som Konkurrencerådet har foretaget og anført som afgørelsens begrundelse for de meddelte påbud i relation til de kædeinterne udmeldinger.

RealMæglerne Holding A/S har til støtte for de nedlagte påstande overordnet gjort gældende, at sagens principielle og centrale retlige tema udspiller sig i brydningsfeltet mellem på den ene side konkurrenceretten og på den anden side immaterialrettens monopolpositioner henholdsvis den selskabsretlige ordning, hvorefter en ledelse under ansvar for generalforsamlingen skal varetage

selskabets legitime interesser, herunder foranledige, at generalforsamlingen kan stille spørgsmål om ethvert forhold vedrørende selskabet samt træffe afgørelse i et demokratisk forum og på et informeret grundlag. Sagens grænsefladespørgsmål angår Boligas adgang til Boligsidens fotos, som Boligsiden uomtvisteligt ikke har nogen selvstændig rettighed over. Det er de individuelle mægleres ejendom, hvorfor Boligsiden ikke har kunnet besvare Boligas henvendelse uden forudgående drøftelser i Boligsidens ledelse, henholdsvis i aktionærkredsen og blandt mæglerne.

Det er ikke en relevant omstændighed, at RealMæglerne Holding A/S tidligere har givet Boliga en generel tilladelse til brug af fotos på vegne af RealMæglerne og BoligOne, da RealMæglerne Holding A/S var i en retsvildfarelse om disse mægleres individuelle ophavsret til de omhandlede fotos, hvilket er en medvirkende årsag til, at den omtalte tilladelse efterfølgende blev tilbagekaldt. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var i samme retsvildfarelse.

Konkurrenceretten anerkender princippet om aftalefrihed. Det betyder, at der ikke er nogen generel samhandelspligt. En erhvervsdrivende, f.eks. en mægler, er derfor som udgangspunkt altid berettiget til at nægte at levere til en interesseret tredjemand, f.eks. Boliga. En egentlig leveringspligt gælder kun for virksomheder, der er dominerende i konkurrenceretlig forstand, jf. konkurrencelovens § 11, og forudsætter herudover, at en række særlige betingelser er opfyldt.

Synspunktet om aftalefrihed cementeres af, at konkurrenceretten viger for immaterialretten. Den ophavsretlige eneret (monopol) indebærer, at en ophavsmand altid lovligt kan forbyde andre at gøre brug af hans ophavsretligt beskyttede værk, f.eks. et billede. Kun dominerende virksomheder kan tvinges til at give tredjemand brugsret (licens) til immaterielle rettigheder, og kun under helt særlige omstændigheder.

En ikke-dominerende virksomhed har ret til at være selektiv i sit valg af tredjemænd, som den måtte vælge at indgå aftale med. Tilsvarende er den berettiget til at give brugsret (licens) til dens immaterielle rettigheder på selektivt grundlag. Ikke-dominerende virksomheder er således konkurrenceretligt berettigede til at diskriminere, herunder til at inkludere sig på ekskluderende adfærd i forhold til bestemte tredjemænd. Det er ubestridt og ubestrideligt, at hver enkelt mægler i medfør af principperne om aftalefrihed og ophavsret har en ubetinget ret til at nægte levering af fotos til Boliga,

Ingen virksomhed er underlagt nogen konkurrenceretligt sanktioneret pligt til at hjælpe dens konkurrenter. Selv virksomheder, der er dominerende i konkurrenceretlig forstand, har ret til at beskytte deres legitime interesser gennem iværksættelse af modforanstaltninger over for indtrængende konkurrenter, når blot de er proportionale og ikke udelukker konkurrencen. Ikke-dominerende virksomheder er ikke underlagt tilsvarende restriktioner med hensyn til krav om proportionalitet mv.

Konkurrencelovgivningen indeholder ikke hjemmel til at tilsidesætte den selskabsretlige ordning, hvorefter enhver aktionær er berettiget til at bringe ethvert forhold vedrørende selskabet til afstemning på selskabets generalforsamling. En aktionær i et selskab har en legitim interesse i at beskytte sin investering og er følgelig berettiget til at stemme på selskabets generalforsamling, herunder til at indgå i koalitioner med andre aktionærer med sammenfaldende interesser. Koalitionskredsen har også i andre fora ret til at drøfte anliggender, som er strategisk vigtige for selskabet og som kan beskytte aktionærernes investering i selskabet. Denne adgang står også åben for aktionærer, der er konkurrenter, når blot drøftelserne ikke begrænser konkurrencen på det marked, hvor aktionærerne er konkurrenter, hvilket i det foreliggende tilfælde vil sige ”det danske marked for formidling af fast ejendom”. Kædeselskaberne er med andre ord berettigede til at drøfte anliggende vedrørende Boligsiden.dk’s kommercielle udfordringer og konkurrencemæssige stilling (horisontalt niveau) og til at formidle konklusionerne fra disse drøftelser til åben debat internt i kæderne (vertikalt niveau). Det er i den forbindelse centralt, at RealMæglerne er aktionærer i kædeselskabet, RealMæglerne Holding A/S, og dermed indirekte aktionærer i Boligsiden.dk. De enkelte mæglere er herved berettigede til på informeret grundlag at drage de nødvendige konklusioner vedrørende påberåbelse af deres individuelle ophavsret mv. til beskyttelse af deres (indirekte) investering i Boligsiden.dk.

Det er et centralt faktum, at Boligsiden.dk og Boliga konkurrerer om de samme annoncører og budgetter, og at bannerreklamer er Boligsiden.dk’s hovedindtægtskilde. Det må i den forbindelse tages i betragtning, at eksponering af de omtvistede fotos på Boliga vil gøre dette medie relativt set mere attraktivt og alt andet lige tiltrække flere bannerreklamer med et deraf forringet indtægtsgrundlag for Boligsiden.dk til følge. Det beror på en individuel, rationel og konkret afvejning af eventuelle fordele forbundet med billedeeksponering på Boliga sammenholdt med de hermed forbundne ulemper for Boligsiden.dk, at hovedparten af mæglerne har resolveret, at de har ønsket at fortrinsstille det selskab, de selv er medejere af. RealMæglerne Holding A/S kan alene disponere i aktionærernes interesse. Enkelte mæglere har været af en anden opfattelse og indgået individuelle aftaler med Boliga om

visning af deres salgsemner med billede. Det er på denne baggrund, at RealMæglerne Holding A/S har været berettiget til på vegne af mæglere at kommunikere syntesen af deres individuelle beslutninger om ophavsret.

Nykredit Mægler A/S gør overordnet gældende, at selskabet ikke har deltaget i en konkurrencebegrænsende horisontal aftale eller samordnet praksis med øvrige ejendomsmæglerkæder eller Dansk Ejendomsmæglerforening.

Nykredit Mægleres direktør deltog i Brancherådets møde den 11. marts 2010. Drøftelserne på mødet om konkurrenceforholdet mellem Boliga.dk og Boligsiden.dk var legitime, i lyset af at deltagerne repræsenterer aktionærerne i Boligsiden.dk. Drøftelserne resulterede ikke i en samordning mellem mødedeltagerne.

Hvis det antoges, at drøftelserne på mødet den 11. marts 2010 resulterede i en samordning mellem deltagerne, var det i givet fald om at beskytte Boligsiden.dk's forretningsmæssige interesser. Dette kunne lovligt drøftes mellem aktionærerne, idet en sådan samordning ville være accessorisk i forhold til kædernes ejerskab til Boligsiden.dk. Drøftelserne på mødet angik spørgsmålet om, hvorvidt et bestyrelsesmedlem i Boligsiden.dk under hensyntagen til hans betroede position aktivt via omtale i pressen kunne og burde fremhæve konkurrenten Boliga.dk.

En eventuel samordning mellem deltagerne ville i denne sag kun være egnet til at begrænse konkurrencen, hvis den blev efterfulgt af vertikal, kædeintern implementering af samordningen, idet Nykredit Mægler ubestridt ikke råder over de relevante billeder.

Nykredit Mægler foretog sig imidlertid intet efter Brancherådets møde den 11. marts 2010. Nykredit Mægler havde heller ikke inden den 11. marts 2010 fastsat kædeinterne begrænsninger for, i hvilket omfang franchisetagere måtte stille billeder til rådighed for Boliga.dk. Nykredit Mægler havde alene i efteråret 2009 på opfordring fra et kædemedlem påtalt Boliga.dks ulovlige crawling af billeder.

Der skal stilles skærpede beviskrav til Konkurrencerådets dokumentation for ulovlig samordning i lyset af, at sagen ifølge Konkurrencerådet angår en alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven, der, straks efter afgørelsen blev truffet, førte til politianmeldelse.

Det er i afgørelsen lagt til grund, at Boliga.dk ikke har haft adgang til (eller kun begrænset adgang til) billeder af ejendomme, der udbydes til salg af mæglere tilknyttet Nykredit Mægler-kæderne, Nybolig og Estate, men der er ikke for tiden før afgørelsen dokumenteret ét eneste eksempel på en forespørgsel fra Boliga.dk til Nykredit Mægler eller en mægler i Nybolig- eller Estate-kæderne, der har ført til, at levering af billeder er nægtet.

Konkurrencerådet har i skriftvekslingen forsøgt at bagatellisere, at der ikke findes dokumentation for, at Nykredit Mægler har foretaget kædeinterne udmeldinger i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Selv hvis det antoges, at Nykredit Mægler til medlemmerne af Nybolig- og Estate-kæderne havde udsendt kædeinterne "...krav, anbefalinger eller opfordringer..." af konkurrencebegrænsende karakter, ville de ikke være i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, idet gruppefritagelsen for vertikale aftaler finder anvendelse.

Konkurrencerådet har forkert lagt til grund, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse. Konkurrencerådets begrundelser for gruppefritagelsens uanvendelighed er inkonsistente og indbyrdes modstridende. Afgørelsen er baseret på en forkert antagelse om, at gruppefritagelsen for vertikale aftaler generelt ikke finder anvendelse på aftaler mellem franchisegivere og franchisetagere, når der er tale om tjenesteydelsesfranchisekoncepter. Dette er i strid med Konkurrencestyrelsens egen praksis og i strid med Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger.

Franchisekæder mangler de grundlæggende karakteristika for at være sammenslutninger af virksomheder, hvilket Konkurrencerådet fejlagtigt antog medførte, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse. Deltagerne i en franchisekæde har ikke medejerskab til et fælles kædeselskab eller bestemmende indflydelse herpå.

Konkurrencerådet anfører, at gruppefritagelsen konkret ikke finder anvendelse, fordi der er tale om "...en såkaldt hard-core overtrædelse...", hvor parternes aftaler har samme formål som det i gruppefritagelsens art. 4, litra b, anførte om markedsdeling. Denne begrundelse er forkert.

Konkurrencerådet har gjort gældende, at gruppefritagelsen konkret ikke kan anvendes, fordi de

”kædeinterne udmeldinger” er gennemført for at sikre effekten af den angivelige forudgående horisontale samordning. Efter dette synspunkt skal de horisontale og vertikale aspekter af sagen således bedømmes under ét, men i så fald er der ikke grundlag for, at konstatere, at de angivelige ”kædeinterne udmeldinger” udgør en særskilt overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Der er i afgørelsen taget utilstrækkeligt hensyn til, at Nykredit Mægler og Boliga.dk er konkurrenter på det danske marked for boligsøgeportaler. Der er et direkte konkurrenceforhold mellem Boliga.dk og Nykredit Mæglers hjemmesider, [www.nybolig.dk](http://www.nybolig.dk) og [www.estate.dk](http://www.estate.dk). Fra et efterspørgsels synspunkt er Nykredit Mæglers hjemmesider substituerbare med uafhængige portaler som Boliga.dk, idet begge kan anvendes som samlet indgang til et bredt udsnit af de salgsemner, der er på markedet.

Konkurrenceforholdet mellem Nykredit Mæglers egne hjemmesider og Boliga.dk medfører, at Nykredit Mægler sagligt ville kunne undslå sig for at stå i forretningsforhold med Boliga for så vidt angår levering af billeder, og i Nybolig- og Estate-kæderne fastsætte regler herom.

Antagelsen om, at gruppefritagelsen for vertikale aftaler generelt ikke finder anvendelse på tjenesteydelsesfranchises, fører til, at påbuddene er forkerte og uhjemlede for så vidt angår pkt. 38 og pkt. 39, næstsidste pind.

På grund af Konkurrencerådets fejlagtige antagelse om, at gruppefritagelsen for vertikale aftaler slet ikke finder anvendelse på tjenesteydelsesfranchiseaftaler, tager afgørelsen ikke højde for, at Konkurrencerådet kun med virkning for fremtiden kan forbyde en adfærd, der ellers ville være gruppefritaget, hvis betingelserne for inddragelse af gruppefritagelsen er opfyldt. Afgørelsens pkt. 38 må i sammenhæng med pkt. 39, næstsidste pind, imidlertid forstås sådan, at Nykredit Mægler ikke i fremtiden må fastsætte kædeinterne vilkår, der begrænser de til Nybolig- og Estate-kæderne tilsluttede mægleres adgang til at tillade billedvisning på boligsøgeportaler; uanset pkt. 38, 1. pind, kun omtaler Boliga.dk og uanset pkt. 38, 2. pind, kun omtaler adfærd, der direkte eller indirekte indebærer ”boykot” af Boliga.dk.

Påbuddene indebærer, at Nykredit Mægler fremover forbydes i de vertikale aftaler med franchisetagerne at fastsætte vilkår, som i fravær af påbuddene ville være lovlige og gruppefritagne, f.eks. kædeinterne regler om, at kædedeltagerne kun må tillade visning af et begrænset antal billeder på

andre boligsøgeportaler end kædernes egne (som tilfældet er i dag med Boligsiden.dk), eller at kædedeltagerne slet ikke må benytte andre boligsøgeportaler end Nybolig- og Estate-kædernes egne portaler.

Konkurrencerådet har ikke hjemmel til med henvisning til en tidligere adfærd at forbyde en fremtidig adfærd, der ellers ville være omfattet af gruppefritagelsen. Gruppefritagelsen er fastsat i bekendtgørelsesform, og der er i konkurrencelovens § 6, stk. 4, kun hjemmel til at udstede påbud med henblik på at bringe overtrædelser af konkurrencelovens § 6, stk. 1, til ophør. Betingelserne for inddragelse af gruppefritagelsen er ikke opfyldt, jf. hertil gruppefritagelsens art. 6. Den forkerte analyse af anvendeligheden af gruppefritagelsen for vertikale aftaler og de som konsekvens heraf udstedte forkerte og uhjemlede påbud er i sig selv så væsentlige mangler ved afgørelsen, at afgørelsen bør ophæves eller hjemvises.

Påbuddene i Afgørelsen, pkt. 38, 1. pind, og pkt. 39, næstsidste ”pind”, er herudover i strid med det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip. Pkt. 38, 1. pind, smh. med pkt. 39, næstsidste ”pind”, indebærer, at Nykredit Mægler ikke, hvis Nykredit Mægler måtte ønske det, må fastsætte kædeinterne regler, der forhindrer kædemedlemmerne i at give Boliga.dk adgang til at vise et ubegrænset antal billeder af udbudte ejendomme. Idet sagen reelt drejer sig om konkurrencemæssig ligestilling mellem Boligsiden.dk og Boliga.dk på markedet for boligsøgeportaler, er påbuddet i pkt. 38, 1. pind (og dermed pkt. 39, næstsidste ”pind”), mere vidtgående end nødvendigt for at eliminere den angivelige konkurrencebegrænsning. Påbuddet er derfor uproportionalt.

Påbuddene er udformet ”...med henblik på at sikre, at parterne bringer deres overtrædelse til ophør og ikke fremover genoptager overtrædelsen...”. Det bestrides, at der er hjemmel til at udstede forbud med forebyggende formål. Påbuddet i afgørelsen, pkt. 38, 2. pind, er også derfor uhjemlet. Hvis det antages, at en tilstrækkelig hjemmel består, forudsætter udstedelsen af forebyggende påbud, at det er nøjagtigt angivet, hvad der kan udgøre tilsvarende adfærd. En sådan nøjagtig angivelse findes ikke i afgørelsen.

Påbuddene er endvidere uklare, idet det ikke klart fremgår, hvilke begrænsninger påbuddene indebærer i franchisekædernes adfærd i fremtiden. Et påbud, hvis overtrædelse i medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 8, jo er strafsanktioneret, skal være klart formuleret og indholdsmæssigt entydigt.

EDC-Gruppen A/S har anført, at sagen i realiteten drejer sig om, at Boliga ApS via konkurrencelovgivningen søger at få gratis adgang til ophavsretligt beskyttet materiale. Det udgør en krænkelse af ophavsmandens ophavsrettigheder, hvis Boliga ApS uden samtykke anvender billedmateriale fra eksempelvis edc.dk med henblik på at gøre det tilgængeligt på sin hjemmeside boliga.dk.

Såfremt Boliga ApS således vil have adgang til det ophavsretligt beskyttede materiale, kan dette derfor alene ske på 2 måder: Enten via en generel aftale med EDC på markedsvilkår eller via separate aftaler med de enkelte rettighedshavere (EDC-mæglere). Boliga ApS har aldrig rettet henvendelse til EDC om indgåelse af en aftale. Boliga ApS har rettet henvendelse til nogle af de enkelte rettighedshavere (EDC-mæglere) med henblik på at indhente samtykke til brug af det ophavsretligt beskyttede materiale.

EDC har ikke deltaget i en konkurrencebegrænsende horisontal aftale eller samordnet praksis. EDC har hverken i regi af Brancherådet eller i øvrigt deltaget i konkurrencebegrænsende samordning i strid med konkurrencelovens § 6. EDC har deltaget i lovlige drøftelser om driften af Boligsiden A/S, herunder konkurrencen fra Boliga ApS. Sådanne drøftelser udgør en naturlig og integreret del af samarbejdet om boligsiden.dk og er under alle omstændigheder accessorisk hertil. Disse drøftelser har ikke ført til, at EDC har deltaget i nogen ulovlig samordnet praksis eller aftale om boykot af billeder til Boliga.dk.

Der findes i Danmark, udover Boliga.dk og Boligsiden.dk, 8 andre portaler, der i større eller mindre omfang giver forbrugerne mulighed for at søge boliger på internettet. Seks af de otte samarbejder med boligsiden.dk om levering af blandt andet billeder. De to øvrige (Keybo.dk og Bolighandel.dk) har en internettrafik, som er så lille, at den ikke kan måles af FDMI. Boligsidens seks samarbejdspartnere har alle indgået aftale om levering af data på markedsvilkår med Boligsiden.dk. Samarbejdspartnere henter ikke data, men får adgang til en funktionalitet, der giver mulighed for at vise billeder, som i praksis giver øget trafik på Boligsiden og Boligsidens aktionærers egne hjemmesider, idet funktionaliteten fører søgeren over på Boligsidens hjemmeside i modsætning til Boliga, der henter data og ikke sender brugeren videre.

Eftersom Boliga ikke har rettet henvendelse til boligsiden.dk eller EDC om levering af data på markedsvilkår, forekommer det klart, at der ikke er tale om boykot af Boliga, da dette må kræve en

aktiv handling fra boligsiden.dk eller EDC's side. Den ovenfor anførte konkurrencesituation medfører endvidere, at det er naturligt og lovligt at drøfte den væsentligste konkurrent Boliga i regi af boligsiden.dk, som er oprettet i henhold til lov.

Hvis ankenævnet måtte komme frem til, at EDC's deltagelse i drøftelserne har overskredet grænserne for accessorisk og dermed lovlig adfærd, gøres det til støtte for påstand (i) gældende, at der ikke er tale om en adfærd, som under de foreliggende særlige omstændigheder har karakter af en "hard-core"-begrænsning eller en "meget alvorlig" overtrædelse.

Såfremt drøftelserne måtte blive anset for at have ført til EDC's deltagelse i en konkurrencebegrænsende samordnet praksis eller aftale, gøres det gældende, at denne må anses for mindre alvorlig. "Boykot"-terminologien, som Konkurrencerådet benytter sig af i afgørelsen, står i et klart misforhold til den udviste adfærd.

EDC har ikke gennem "krav, anbefalinger eller opfordringer" indgået en kædeintern vedtagelse om at nægte Boliga.dk tilladelse til at vise EDC-mægleres billeder. Det bestrides, at EDC til kædemedlemmerne har udsendt konkurrencebegrænsende "...krav, anbefalinger eller opfordringer..." med henblik på at nægte Boliga.dk tilladelse til at vise billeder af udbudte boliger, og der er derfor ikke grundlag for at konstatere, at EDC har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1. På den baggrund gøres det gældende, at afgørelsens pkt. 34 skal ophæves.

Afgørelsen lider af den mangel, at det intet sted fremgår hvilke "...krav, anbefalinger eller opfordringer...", der henvises til, og dermed hvilket faktisk grundlag, der er anvendt. Det fremgår ikke, hvornår EDC skulle have overtrådt konkurrenceloven, ligesom det ikke fremgår, hvornår en eventuel overtrædelse af konkurrenceloven er ophørt.

Efter konkurrencelovens § 23 straffes en forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, med bøde. Der gælder i det tilfælde skærpede begrundelseskrav og krav om konkretisering af den relevante lovovertrædelse, da afgørelsen skal danne grundlag for en efterfølgende strafferetlig behandling, hvilket Konkurrencerådet var bekendt med, da rådet traf afgørelsen. Afgørelsen lever ikke op til sådanne skærpede krav, herunder indeholder afgørelsen langt fra de oplysninger, der ville skulle være indeholdt i et anklageskrift.

EDC gør på den baggrund gældende, at den manglende iagttagelse af de skærpede formelle krav til afgørelsen må medføre, at afgørelsen ophæves, hjemvises eller at påbuddene ophæves.

EDC betragtes i juridisk henseende som et horisontalt markedsføringssamarbejde, der baserer sig på en skriftlig samarbejdsaftale, som fastsætter vilkårene for at anvende EDC-konceptet og EDC-mæglernes rettigheder og forpligtelser i relation til kædesamarbejdet. De 240 kædemedlemmer er aktionærer i EDC-holding a/s. EDC Fonden ejer cirka 23 % af aktiekapitalen i EDC-holding a/s, ligesom EDC-holding a/s har cirka 9 % egne aktier. EDC-holding a/s ejer samtlige aktier i EDC-gruppen a/s.

EDC har som kædeselskab til formål at levere service- og tjenesteydelser til EDC-mæglerne. Levering af service- og tjenesteydelser sker som led i et vertikalt aftaleforhold mellem EDC og kædedeltagerne. I det omfang der indgås samarbejdsaftaler, det være sig med realkreditinstitutter, forsikringsselskaber, banker eller eksempelvis Boligsiden A/S, vil dette naturligt føre til, at EDC opfordrer og anbefaler sine deltagere at bakke op om de pågældende aftaler.

Konkret kan det også være en naturlig del af kædens serviceydelser over for medlemmerne at redegøre for og rådgive om anvendelsen af ophavsretten til billedmateriale, herunder at ingen tredjemand, uden udtrykkeligt samtykke hertil, kan anvende billedmateriale, som den enkelte EDC-mægler har ophavsretten til.

Konkurrencelovens § 6 omfatter alene aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem virksomheder og ikke vejledninger eller opfordringer fra EDC til dets aktionærer og kunder (EDC-ejendoms-mæglerne) om at bakke op om de samarbejdsaftaler, som EDC har indgået, og de selskaber, som EDC har betydelige aktionærinteresser/økonomiske interesser i.

EDC driver sit primære site edc.dk, som årligt genererer ikke ubetydelige reklameindtægter fra bannerannoncer m.v. EDC har således en klar interesse i at få så meget trafik som muligt på sit eget site frem for på andre sites, da trafik på andre sites i sagens natur ikke genererer reklameindtægter til EDC.

Boligsiden.dk er delvist ejet af EDC og har bl.a. til formål at virke som ”gateway” til bl.a. edc.dk, idet

de udbudte boliger alene er afbilledet med 1 billede på boligsiden.dk. Såfremt brugeren således ønsker at se mere end 1 billede af en ejendom, skal denne via et dybt link klikke videre til EDC's hjemmeside.

En øget billedvisning på Boliga.dk vil have den kommercielle konsekvens, at edc.dk mister reklameindtægter og indtægter fra Boligsiden.dk, da antal unikke besøgende på boliga.dk vil stige på bekostning af boligsiden.dk (som alene viser 1 billede af hver ejendom) og edc.dk.

EDC har ikke afslået at levere data og billeder til Boliga.dk., for Boliga.dk har aldrig rettet henvendelse med ønske om levering af billeder. EDC har heller ikke krævet, at de enkelte EDC-mæglere skulle afstå fra at levere data og billeder til Boliga.dk. EDC har blot som kædeselskab anbefalet sine medlemmer ikke at levere data og billeder til Boliga ApS under hensyntagen til den ovenfor beskrevne konkurrencesituation.

Det er nødvendigt at forstå baggrunden for EDC-samarbejdet, herunder hvorfor den enkelte mægler er interesseret i at deltage heri. Den enkelte EDC-mægler har en indirekte økonomisk interesse i at støtte EDC kæden, herunder EDC-kædens investeringer i eksempelvis boligsiden.dk, da en sådan støtte alt andet lige vil medføre, at den enkeltes aktier i EDC bliver mere værd. Den enkelte mægler har derudover tillige en direkte økonomisk interesse i at støtte EDC-kæden og dennes samarbejdspartnere, da der ikke er nogen grund til at deltage i en kæde, hvis man ikke gør brug af de vilkår, som tilbydes i kæden, ligesom den afledte effekt heraf vil være, at EDC kæden ikke vil kunne opnå konkurrencedygtige priser. Det, som holder EDC kæden sammen, er således, at der støttes op om de aftaler som indgås med samarbejdspartnere, da disse aftaler naturligvis er indgået på en sådan måde, at der meddeles, desto større rabat desto mere der købes. Ovennævnte kan for den udenforstående se ud, som om EDC-kæden kræver, at de enkelte mæglere ikke må levere billeder til eksempelvis Boliga.dk, men en sådan forståelse beror på en fundamental misforståelse af kædekonceptet.

EDC bestrider, at Konkurrencerådet uden tungtvejende grunde kan fravige vejledningen. Det gøres gældende, at en adfærd i overensstemmelse med vejledningen ikke – hvis Konkurrencerådet senere konkret i håndhævelsespraksis fraviger vejledningen – kan udgøre en alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven.

På den baggrund gør EDC til støtte for påstand 1 og 2 gældende, at EDC ud fra en saglig og

kommerciel betragtning selv kan vælge, hvem EDC ønsker at stå i forretningsforhold til, ligesom EDC frit kan vejlede eller opfordre medlemmerne til, at medlemmerne bakker op om de samarbejder, som EDC indgår i. Påbuddene i Afgørelsens pkt. 37 (og pkt. 39, 2. og 3. pind) er således forkerte og uhjemlede, hvilket må medføre, at der sker hjemvisning eller ophævelse, jf. påstand 1 og 2.

Afgørelsen forudsætter, at Boliga.dk ikke har haft adgang til (eller kun begrænset adgang til) billeder af ejendomme, der udbydes til salg af EDC-mæglere. Det er ikke korrekt. Der er ingen eksempler på, at EDC-mæglervirksomheder, der måtte have leveret billeder til Boliga.dk, har fået påbud om at ophøre hermed, eller at det i forhold til en EDC-ejendomsmægler er påtalt eller sanktioneret, at der blev leveret billeder til Boliga. EDC's orienteringer og vejledninger er ikke søgt håndhævet overfor kædemedlemmerne, og de er derfor ikke i strid med konkurrencelovens § 6. Som det gør sig gældende i andre vertikale aftalerelationer, kan orienteringer og vejledninger kun være konkurrencebegrænsende, hvis de er søgt håndhævet.

EDC gør til støtte for påstand 1 gældende, at uanset EDC havde meddelt sine medlemmer anbefalinger eller ydet vejledning i forhold til Boliga.dk i den relevante periode, så er dette lovligt for et kædeselskab og udgør således ikke nogen overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

EDC gør også gældende, at EDC i forhold til kædeinterne anbefalinger eller opfordringer om brug af leverandører og lignende, herunder Boliga, skal stilles på samme vis som eksempelvis franchisekæder, der er omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler. Der er de facto ikke nogen forskel på den funktion, som EDC indtager i forhold til EDC-mæglerne, og den funktion som en franchisegiver indtager overfor de enkelte franchisetagere (mæglere).

Vertikale aftaler, herunder franchiseaftaler, er omfattet af en gruppefritagelse, fordi de som hovedregel har konkurrencefremmende virkninger; dog undtagen de tilfælde, hvor vertikale aftaler indeholder bestemte sortlistede aftalevilkår. Samarbejde mellem EDC som kædeselskab og de enkelte, selvstændige EDC-ejendomsmæglere optimerer og effektiviserer kædesamarbejdets markedsførings- og distributionsindsats, og forholdet bør derfor skulle sidestilles med en franchisekæde.

I henseende til den konkurrencemæssige gevinst, der kan foreligge ved det vertikale franchiseforhold, hvor en franchisegiver kontraherer med en række selvstændige og uafhængige franchisetagere, er der

ingen realitetsforskel i forhold til den samarbejdsstruktur, hvor en række ejendomsmæglere fungerer selvstændigt og individuelt med et samlet kædeselskab over sig i overensstemmelse med en skriftlig samarbejdsaftale. Eneste forskel er, at de 240 EDC-ejendomsmæglere hver især har en ubetydelig ejerandel af EDC's moderselskab. Forholdet mellem EDC og dennes mæglere og fastlæggelsen af retningslinjer fra EDC til de enkelte ejendomsmæglere er derfor i realiteten fuldstændig parallel med forholdet mellem franchisegiver og franchisetagere.

EDC's eventuelle "...krav, anbefalinger eller opfordringer..." til EDC-mæglerne om anvendelse af bestemte leverandører må anses som led i et vertikalt aftaleforhold, der må behandles på samme måde som "...krav, anbefalinger eller opfordringer..." fastsat i vertikale aftaler i franchisekæder, der er omfattet af gruppefritagelsen.

Selv hvis det eventuelt antoges, at EDC til EDC-mæglerne havde udsendt kædeinterne "...krav, anbefalinger eller opfordringer..." af konkurrencebegrænsende karakter, ville disse ikke være i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, idet principperne for gruppefritagelsen for vertikale aftaler finder anvendelse.

Den påståede ulovlige handling skulle være foregået i perioden 22. februar 2010 til 2. september 2010. Det er således EDC's handlinger eller udeladelser i den pågældende periode, som er genstanden for nærværende sag, herunder det faktum som skal kunne danne baggrund for de nedlagte påbud. Det er EDC's primære standpunkt, at der ikke kan nedlægges påbud overfor en ulovlig handling, som er ophørt for 2 år siden, allerede fordi formålet med et påbud er at få standset en ulovlig handling, på tilsvarende vis som at betingelsen for at få nedlagt et fagedforbud.

Påbuddene er desuden uklare og ukonkrete, idet de ikke klart fastlægger grænserne for EDC's fremtidige adfærd som frivillig kæde, herunder er det eksempelvis ikke klart, hvorvidt det er tilladt for EDC som kædeselskab i en frivillig kæde at fastsætte begrænsninger for EDC-mæglernes adgang til at stille billeder til rådighed for andre boligsøgesider. Påbuddene går videre end formålet tilsiger.

Påbud skal være rettet mod en konkret adfærd og have til formål at bringe en overtrædelse til ophør og kan således ikke anvendes til brug for forebyggelse. Den aktivitet, som Konkurrencerådet anser som konkurrencebegrænsende, og som således danner grundlag for de i Afgørelsens pkt. 36, pkt. 37 og pkt.

39 udstedte påbud, er således for længst ophørt. Der er derfor ikke grundlag for at udstede påbud rettet mod EDC. Det bestrides, at konkurrencelovens § 16 indeholder hjemmel for de udstedte påbud, idet den angivelige konkurrencebegrænsende adfærd for længst er bragt til ophør.

danbolig A/S har overordnet anført, at Konkurrencerådet giver et forvrænget billede af sagens faktiske forhold. Det er faktisk forkert og vildledende, når Konkurrencerådet i afgørelsen gør gældende, at Boligsiden.dk er et samarbejde på tværs af en branche, og at deltagerne har en markedsandel på over 70%. Den påståede adfærd vedrører ikke ejendomsmæglermarkedet, men markedet for boligsøgeportaler. Konkurrencerådet giver et forvrænget billede af de faktiske forhold ved at overføre ejendomsmæglerens status af konkurrenter på ejendomsmæglermarkedet samt markedsandelene på dette marked til et helt andet marked, nemlig markedet for boligsøgeportaler.

Sagen må forstås i den rette kontekst, navnlig at danbolig sammen med en række andre virksomheder har stiftet et fællesjet selskab, der har til formål at drive en boligsøgeportal. Parterne leverer, bl.a., billedmateriale til denne boligsøgeportal, ligesom danbolig er med i bestyrelsen for det aktieselskab, som boligsøgeportalen drives igennem. Sagen vedrører dermed ikke et samarbejde mellem ejendomsmæglere på det marked, hvor ejendomsmæglerne driver deres hovedforretning – ejendomsmægling – men vedrører derimod markedet for boligsøgeportaler.

Når danbolig deltager i samarbejdet i Boligsiden A/S og økonomisk støtter samarbejdet, er det forretningsmæssigt forståeligt og ganske logisk, at danbolig ikke foretager handlinger, der underminerer danboligs investering. Det ville være forretningsmæssigt uforståeligt og ulogisk, hvis danbolig til direkte skade for sin egen investering i Boligsiden A/S leverede materiale til en konkurrerende boligsøgeportal. danbolig har en klar interesse i ikke at understøtte en virksomhed, der direkte konkurrerer med danboligs investering i Boligsiden A/S. Selv hvis der var skriftlig støtte for, at danbolig havde drøftet en sådan leveringsnægtelse til Boliga.dk med andre aktionærer i Boligsiden A/S, ville sådanne drøftelser være uden juridisk konsekvens, da kommunikationen ikke ville ændre noget i forhold til den rationelle adfærd, som danbolig under alle omstændigheder ville følge. Der er ingen sammenhæng mellem eventuelle drøftelser blandt sagens parter og det forhold, at danbolig ikke har leveret billeder til Boliga.dk.

Konkurrencerådets afgørelse har vidtrækkende konsekvenser ikke blot for danbolig og danboligkæden,

men også for danske virksomheders investeringer og deltagelse i bestyrelsesarbejde i øvrigt. Konkurrencerådet hindrer i vid udstrækning aktionærer og bestyrelsesmedlemmer i at drøfte selskabets ledelse, hvilket vil være hæmmende for danske selskabers drift.

Konkurrencerådet har i afgørelsen sammenblandet de horisontale og vertikale forhold i sagen:

1. De horisontale forhold vedrører den påståede samordnede praksis mellem ejendomsmæglerne om at boykotte Boliga.dk.
2. De vertikale forhold vedrører det påståede kædeinterne forbud mod, at danboligs mæglere leverer billeder til Boliga.dk.

Konkurrencerådet har fundet, at disse forhold udgør separate overtrædelser. danbolig bestrider, at henholdsvis eksistensen af den samordnede praksis og implementeringen af den samordnede praksis kan udgøre individuelle krænkelse. Dette er en konceptuel misforståelse.

Såfremt Konkurrencerådet havde dokumenteret eksistensen af en horisontal konkurrencebegrænsende aftale, hvad danbolig bestrider, ville implementeringen heraf også være omfattet af krænkelsen. Eksistens og implementering er begge horisontale forhold, uanset hvordan implementeringen finder sted. Eksistens og implementering kan alene adskilles, såfremt implementeringen i sig selv udgør en konkurrencebegrænsende vertikal aftale, hvilket ikke er dokumenteret, og hvilket heller ikke er tilfældet.

Konkurrencerådet henviser til, at der i aftaler, der angår både horisontale og vertikale aftaleforhold, først skal tages udgangspunkt i det horisontale forhold, og at de vertikale forhold først skal vurderes, hvis de horisontale er forenelige med konkurrencereglerne. Hvis de horisontale forhold er konkurrenceretligt problematiske, er det unødvendigt at se på de vertikale forhold. Dette vedrører imidlertid den situation, hvor aftalen er indgået mellem de samme parter, og det gør sig derfor ikke gældende for denne sag. Hvor en horisontal aftale er indgået med én part og en vertikal aftale med en anden part, skal de to aftalekomplekser vurderes særskilt. Dette har Konkurrencerådet ikke gjort, men fundet en vertikal krænkelse som automatisk konsekvens af en påstået horisontal krænkelse.

Idet de vertikale forhold i sagen ikke i sig selv udgør ulovlige konkurrencebegrænsninger, kan Konkurrencerådet ikke gribe ind over for forholdet mellem danbolig og dets mæglere og ej heller give

danbolig påbud om, hvordan danbolig fremadrettet skal agere i forhold til sine mæglere. Påbuddet må være knyttet til det forhold en påstået krænkelse vedrører. Konkurrencerådet vil heller ikke i en prisaftale mellem to konkurrenter (det horisontale forhold) kunne give den ene part pålæg om, at denne part ikke i forhold til sine kunder (det vertikale forhold) i al fremtid er afskåret fra at opkræve netop den pris, som de to konkurrenter har aftalt, medmindre denne pris i øvrigt ville være ulovlig i det vertikale led.

Konkurrencerådet har fundet, at danbolig og de øvrige aktionærer i Boligsiden.dk har overtrådt konkurrencelovens § 6 ved at have aftalt og samordnet adfærd om at boykotte Boliga.dk. Denne vurdering er af flere grunde forkert. Afgørelsen bygger på en fejltagtig analyse og vurdering af følgende forhold:

- Der er ikke tale om en boykot i konkurrenceretlig forstand.
- Konkurrencerådet har i afgørelsen ikke dokumenteret, at der er tale om en aftale eller samordnet praksis, og at danbolig har deltaget heri.
- En eventuel aftale eller samordnet praksis vil under alle omstændigheder være accessorisk som følge af parternes medejerskab af Boligsiden.dk.

Konkurrencerådets analyse af, hvorvidt der foreligger en boykot, er mangelfuld og fejlbehæftet. Der foreligger ikke en boykot i konkurrenceretlig forstand.

Uanset om der måtte være en samordnet praksis om ikke at levere billeder til Boliga.dk, udgør danboligs adfærd ikke en boykot, idet den ikke har til formål at straffe Boliga.dk for at agere på en bestemt måde eller tilskynde Boliga.dk til at agere på en bestemt måde. Den praksis, som Konkurrencerådet henviser til, er ikke sammenlignelig med den foreliggende situation, men viser netop, at det er de ovennævnte boykots, der er konkurrenceretligt problematiske.

Da hele Konkurrencerådets analyse er baseret på dette fejltagtige udgangspunkt om, at der konceptuelt er tale om en boykot, der per se har til formål at begrænse konkurrencen, er Konkurrencerådets analyse grundlæggende fejlbehæftet og mangler en korrekt analyse af, hvorvidt der er tale om en samordnet praksis, der enten har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. danbolig bestrider, at adfærden på nogen måde har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Den mangelfulde analyse af, hvorvidt der foreligger en boykot, medfører desuden, at Konkurrencerådets mærkbarhedsanalyse er mangelfuld og fejlbehæftet. Konkurrencerådet lægger blot uden nærmere analyse til grund, at mærkbarhedskriteriet er opfyldt, allerede fordi der i Konkurrencerådets optik foreligger en boykot, der har til formål at begrænse konkurrencen. Da dette ikke er tilfældet, har Konkurrencerådet ikke gennemført dette led af analysen.

Konkurrencerådet har ikke løftet bevisbyrden for, at der foreligger en aftale eller samordnet praksis. Det forhold, at Konkurrencerådet ikke har foretaget en kontrolundersøgelse, lemper ikke de beviskrav, Konkurrencerådet er underlagt som forvaltningsmyndighed. Tværtimod, jo mere indgribende en afgørelse er, desto højere er beviskravet. Beviskravet er derfor meget højt i sager om påståede overtrædelser af konkurrenceloven.

Ejendomsmæglerne og aktionærene har som følge af ejerskabet af Boligsiden A/S et naturligt interessesammenfald. Et interessesammenfald medfører ikke, at der foreligger en samordnet praksis. Parallel adfærd er lovlig. danbolig har ageret uafhængigt af øvrige aktører på markedet i forbindelse med beslutninger vedrørende danboligs strategi i forhold til annoncering og udtryk – herunder annoncering via Boliga.dk. At tillade Boliga.dk at anvende billeder, der samtidigt benyttes på Boligsiden.dk, ville være direkte til skade for Boligsiden.dk og dermed for danboligs investering og danbolig selv. Det har formodningen mod sig, at en virksomhed skulle begå handlinger, der på såvel kort som lang sigt har til formål at skade den. Selv hvis Konkurrencerådet havde dokumenteret drøftelser blandt ejerne af Boligsiden.dk, ville sådanne drøftelser være uden betydning for den adfærd, som danbolig i øvrigt ville forfølge på markedet, da denne adfærd ville være rationel og forretningsmæssigt begrundet og er derfor ikke konkurrenceretligt problematisk.

Den af Konkurrencerådet fremlagte korrespondance mellem parterne er alene udtryk for lovlige drøftelser om driften af Boligsiden.dk samt drøftelser med henblik på at undgå yderligere omkostninger. Konkurrencerådet har ikke dokumenteret, at danbolig har deltaget i en samordnet praksis. Som medlem af bestyrelsen i Boligsiden A/S har danbolig, som ethvert andet professionelt bestyrelsesmedlem, naturlige selskabsretlige forpligtelser overfor Boligsiden A/S. Hvis bestyrelsesmedlemmerne ikke kunne drøfte selskabets drift uden at komme i konflikt med konkurrencereglerne, vil Konkurrencerådet med sin afgørelse have gjort et alvorligt indgreb i dansk selskabsret.

Det er i konkurrenceretlig praksis anerkendt, at det er en del af den effektive konkurrence, at en virksomhed ikke understøtter en konkurrerende virksomheds forretning. Dette anerkendes endda i tilfælde, hvor der – modsat denne sag – er tale om en dominerende virksomhed. Det er blandt andet anerkendt, at der skal helt ekstraordinære forhold til, hvis selv dominerende virksomheder skal pålægges at levere til konkurrenter.

På trods af at der i dette tilfælde ikke er tale om den konkurrerende virksomhed selv, men dens ejere, er de bagvedliggende økonomiske incitamentsstrukturer de samme. Situationen kan derfor sidestilles med, at Boligsiden.dk selv havde nægtet at levere billeder og indhold til Boliga.dk. En sådan nægtelse ville Konkurrencerådet formentlig anse som et naturligt led i konkurrencen og ville derfor være blevet bedømt anderledes. Det har formodningen mod sig, at de to situationer skulle vurderes på forskellig vis.

Det fremgår af praksis, at princippet om accessoriske begrænsninger også finder anvendelse på horisontale samarbejdsforhold. Hverken teori eller praksis stiller krav om en tidsmæssig sammenhæng mellem begrænsningen og den aftale, som begrænsningen knytter sig til. Dette fremgår blandt andet udtrykkeligt af Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger på fusionsområdet. Det er derfor uden betydning, at den accessoriske begrænsning ikke er aftalt i tidsmæssig tilknytning med etableringen af Boligsiden.dk. Det er ukorrekt, at det forhold, at parterne via Boligsiden.dk stiller billedmateriale til rådighed for andre portaler, medfører, at tilbageholdelse over for Boliga.dk ikke kan anses for accessorisk. Der er i forhold til disse andre portaler tale om et samarbejde mellem portalerne og Boligsiden.dk, idet der på disse sider henvises til Boligsiden.dk som leverandør. Dette adskiller sig fra Boliga.dks forretningsmodel, idet Boliga.dk udgør en konkurrent til Boligsiden.dk og ikke en samarbejdspartner.

Konkurrencerådet har endvidere fundet, at danbolig har overtrådt konkurrenceloven § 6, idet Konkurrencerådet er af den opfattelse, at krav, anbefalinger eller opfordringer inden for en ejendoms-mæglerkæde vedrørende medlemmernes adgang til annoncering, f.eks. i forhold til visning af billeder på Boliga.dk, i sig selv vil være i strid med konkurrencelovens § 6. danbolig gør gældende, at de vertikale forhold er baseret på en fejlagtig anvendelse af konkurrenceloven, og at denne del af afgørelsen skal ophæves allerede af denne årsag. Endvidere gør danbolig gældende, at de vertikale

forhold under alle omstændigheder er lovlige. Denne del af Afgørelsen er baseret på en fejlagtig analyse og vurdering af følgende forhold:

- Eventuelle kædeinterne krav, anbefalinger eller opfordringer vil være omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler og vil dermed være undtaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6.
- Eventuelle kædeinterne krav, anbefalinger eller opfordringer vil under alle omstændigheder være et naturligt og accessorisk element i en franchiseaftale og vil også af den grund være undtaget fra forbuddet i konkurrencelovens § 6.
- Konkurrencerådet har ikke dokumenteret, at eventuelle kædeinterne udmeldinger fra danbolig er blevet håndhævet og fulgt af danboligs medlemmer, og sådanne udmeldinger vil dermed skulle betragtes som ensidige udmeldinger, der ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6.

danboligs franchiseaftaler er omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler og dermed undtaget fra forbuddet i Konkurrencelovens § 6, idet danbolig har en markedsandel på under 30 procent.

danbolig udgør en franchisekæde og ikke en frivillig kæde. Dette anerkendes også af Konkurrencerådet. En franchisekæde er omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler. En franchisekæde udgør ikke en sammenslutning af virksomheder. Franchisekæder udgør et vertikalt aftaleforhold og er dermed som udgangspunkt omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler. Gruppefritagelsen omfatter derimod ikke frivillige kæder som følge af deres horisontale natur. danbolig udgør en franchisekæde og ikke en frivillig kæde, idet alle aftaler indgås mellem danbolig og den enkelte ejendomsmægler.

Franchisekæder kan dermed ikke sidestilles med sammenslutning af virksomheder, idet der er tale om bilaterale vertikale aftaler. Det fremgår også klart af Europa Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger, at vertikale begrænsninger – uanset om der tale om varer eller tjenesteydelser – inden for en franchiseaftale er omfattet af den vertikale gruppefritagelse.

danbolig bestrider desuden, at eventuelle udmeldinger om ikke at give Boliga.dk adgang til at vise billeder har samme formål (eller følge) som en aftale om markeds- eller kundeopdeling. Gruppefritagelsesforordningens artikel 4 oplister udtømmende de forhold, der kan bevirke, at

gruppefritagelsen ikke finder anvendelse i sin helhed, og artikel 5 oplister udtømmende de forhold, der bevirker, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse på enkelte bestemmelser i en ellers gruppefritaget aftale. Sådanne forhold er ikke til stede i danboligs kædeinterne aftaler, og det er således uden betydning, at Konkurrencerådet gør gældende, at der efter dets opfattelse foreligger en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne.

Selv hvis franchiseaftalen ikke anses for omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler, vil eventuelle kædeinterne retningslinjer, uanset form, være en naturlig og accessorisk del af opbygningen af et fælles udtryk inden for en ejendomsmæglerkæde. Accessoriske elementer i en i øvrigt lovlig aftale falder uden for forbuddet i konkurrencelovens § 6.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anerkendt, at frivillige kæder og franchisekæder har ”en interesse i at fremstå ensartet over for forbrugerne”. En sådan interesse gør sig særligt gældende for franchisekæder, hvor der ikke består en horisontal relation. En sådan interesse anerkendes også af Konkurrencerådet i afgørelsen. Et fælles websted udgør for ejendomsmæglerkæder et meget væsentligt instrument i forhold til opretholdelsen af et fælles udtryk.

Selv hvis det ikke anerkendes, at der kan stilles egentlige krav i forhold til ejendomsmæglernes anvendelse af billeder, kan det ikke anses for konkurrencebegrænsende, at danbolig kommer med opfordringer til og/eller anbefalinger om, hvordan annoncering bedst foretages, herunder i forhold til anvendelse af billeder på Boliga.dk. Afgørelsen og påbuddene er her for vidtgående.

danbolig gør gældende, at Konkurrencerådet ikke har dokumenteret, at danbolig over for kædemedlemmer har håndhævet eventuelle udmeldinger i relation til billeder på Boliga.dk. At det ifølge Konkurrencerådet er ”vanskeligt at finde annoncer af danbolig-mæglernes udbudte ejendomme, der vises med billeder på Boliga” udgør ikke dokumentation for, at danbolig-mæglere skulle have efterkommet eventuelle kædeinterne udmeldinger. Dette kan for det første være en følge af de enkelte ejendomsmæglers egne overvejelser og beslutninger. For det andet findes der flere eksempler på, at mæglere tilknyttet danbolig har ejendomme, der vises med billeder på Boliga.dk. Eventuelle udmeldinger bør derfor under alle omstændigheder betragtes som ensidige udmeldinger, der ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6.

Konkurrencerådet bestrider sammenfattende, at Dansk Ejendomsmæglerforenings, homes, RealMæglerne, Nykredit Mægler, EDC's og danboligs indsigelser medfører, at parternes påstande skal tages til følge.

Konkurrencerådet fastholder i det hele afgørelsen og dermed afgørelsens sagsfremstilling og vurdering.

Til støtte for Konkurrencerådets påstand gøres det sammenfattende gældende,

*at* Konkurrencerådet tilstrækkeligt konkret og korrekt har vurderet, at

1. parternes adfærd som beskrevet i Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 udgjorde aftaler og samordnet praksis i konkurrencelovens forstand,
2. Klagerne deltog i aftalen/den samordnede praksis om at boykotte Boliga ApS,
3. Klagerne aftaler og samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen,
4. Klagerne efterfølgende udmøntning i de respektive kæder af boykotten af Boliga ApS, udgjorde henholdsvis aftaler og vedtagelser, som havde til formål at begrænse konkurrencen, og
5. Klagerne aftale og samordnede praksis om at afskære Boliga ApS fra leverancer af billeder og den efterfølgende kædeinterne udmøntning heraf udgjorde en alvorlig konkurrencebegrænsning.

*at* parternes drøftelser, som beskrevet i Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012, ikke var udtryk for lovlige drøftelser om driften af Boligsiden.dk,

*at* Konkurrencestyrelsens udtalelse fra 2001 om home A/S' franchisekoncept ikke er til hinder for, at Konkurrencerådet kunne træffe en bagudrettet afgørelse om Home A/S' deltagelse i de pågældende aftaler og samordnet praksis, som det er sket i Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012,

*at* det af Klagerne anførte om aftaler i franchisekæder, ikke kan medføre, at Klagerne påstande skal tages til følge, og

*at* Klagerne aftaler og samordnede praksis omfattet af nærværende sag derfor udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3..

## 5 Nævnets begrundelse og afgørelse

Sagen angår **spørgsmålet**, om Klagerne har indgået en konkurrencebegrænsende aftale eller deltaget i en samordnet praksis i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, ved at nægte boligsøgeportalen Boliga.dk adgang til at vise billeder af udbudte ejendomme fra de enkelte ejendomsmæglerkæder, som Klagerne repræsenterer. I det omfang det er tilfældet, skal det vurderes, om de af Konkurrencerådet meddelte påbud er lovlige.

### Konkurrencebegrænsende aftale og samordnet praksis

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

Af det fremlagte materiale fra Konkurrencerådet, som er gengivet i rådets afgørelse, fremgår, at Klagerne har drøftet en fælles adfærd overfor Boliga.dk på mødet i Brancherådet den 11. marts 2010 og løbende via e-mails samt orienteret kædeinternt herom. Det fremgår af materialet blandt andet, at der blandt Klagerne er enighed om at støtte Boligsiden.dk og ikke Boliga.dk, hvilket også er blevet meldt ud internt i de enkelte kæder. Repræsentanterne fra flere af Klagerne har desuden med flere banker drøftet indstilling af annoncering på Boliga.dk. Boligsiden.dk har tillige løbende overvåget og orienteret Klagerne om eventuelle visninger af billeder fra de enkelte ejendomsmæglerkæder på Boliga.dk med henblik på tiltag. Visninger er blevet undersøgt af den enkelte klager internt i kæden og tilbagerapporteret til de øvrige klager.

Konkurrenceankenævnet finder på denne baggrund, at Konkurrencerådet har godtgjort, at Klagerne har deltaget i en samordnet praksis om at nægte levering af billeder til Boliga.dk. Den samordnede praksis er implementeret i de enkelte kæder ved kædeinterne udmeldinger og Boligsiden A/S' løbende overvågning af de enkelte ejendomsmægleres visning af billeder på Boliga.dk.

En samordnet praksis er i strid med konkurrencelovens § 6, hvis den direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Det er ikke nødvendigt at tage hensyn til dens konkrete virkninger, når det fremgår, at den samordnede praksis har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen. Ved vurderingen af om en samordnet praksis har til formål at begrænse konkurrencen, skal der tages hensyn til indholdet, de målsætninger, der søges gennemført, og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen eller den samordnede praksis indgår. En samordnet praksis kan antages at have et konkurrencebegrænsende formål i strid med konkurrencelovens § 6, selvom den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen, men også forfølger andre, lovlige formål.

Parterne i den samordnede praksis om at nægte at levere billeder til Boliga.dk repræsenterer mindst 65 % af markedet for udbud af ejendomme og omfatter derfor hovedvægten af de udbudte ejendomme, som er at finde på Boligsiden.dk og Boliga.dk. Det fremgår af udmeldinger fra bl.a. Boligsiden.dk, at muligheden for at vise billeder af udbudte ejendomme er en væsentlig konkurrenceparameter i konkurrencen mellem Boligsiden.dk og Boliga.dk på markedet for boligsøgeportaler.

Klagerens markedsstyrke på markedet for ejendomsformidling gør, at leveringsnægtelsen stiller Boliga.dk i en ufordelagtig konkurrencemæssig situation i forhold til Klagerne på markedet for boligsøgeportaler, hvor parterne er konkurrenter. Boliga.dk kan på grund af mæglernes ophavsret til billederne ikke ad anden vej opnå samme mulighed som Boligsiden.dk for at vise billeder af ejendommene. Det forringer det produkt Boliga.dk kan levere til forbrugerne i konkurrencen med Boligsiden.dk.

Henset hertil er det nævnets opfattelse, at den samordnede praksis må anses at have til formål at begrænse konkurrencen på markedet for boligsøgeportaler. Nævnet lægger også vægt på, at Klagerne tillige har forsøgt at begrænse annoncering på Boliga.dk via kontakt til flere banker. At Klagerne, som medejere af Boligsiden A/S, har en legitim interesse i at drøfte deres arrangement i selskabet, bevirker ikke, at Klagerne har kunnet se bort fra de konkurrencebegrænsende konsekvenser af drøftelserne.

Den samordnede praksis fjerner desuden den konkurrencemæssige risiko, der for den enkelte ejendomsmægler ellers er forbundet med at begrænse sin markedsføring af ejendomme til én i stedet for begge de på markedet centrale boligsøgeportaler. Nævnet finder derfor endvidere, at den

samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for ejendomsformidling.

Begrænsningerne i konkurrencen kan ikke anses som lovlige accessorisk, idet de ikke er nødvendige for Klagerne's deltagelse i ejerskabet af Boligsiden.dk eller de interne kædesamarbejder, herunder sker for at beskytte immaterielle rettigheder (IP-rettigheder) overdraget fra Klagerne til de enkelte ejendomsmæglere.

Nævnet finder derfor samlet, at Klagerne har overtrådt konkurrencelovens § 6 ved en samordnet praksis om at nægte at levere billeder til Boliga.dk, som er implementeret ved kædeinterne udmeldinger.

#### Påbuddene

Konkurrencerådet kan i henhold til konkurrencelovens § 16, nr. 1, jf. § 6, stk. 4, udstede påbud om hel eller delvis ophævelse af en samordnet praksis i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

I medfør af konkurrencelovens § 22, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør pålægge tvangsbøder for ikke at efterkomme et påbud meddelt efter loven. Påbud om at efterkomme en bestemt adfærd, hvor den er bragt til ophør, er derfor forsat relevant for at sikre fremtidig håndhævelse.

Klagnerne's overtrædelse af konkurrencelovens § 6 består i en samordnet praksis indgået mellem repræsentanter fra Klagerne og implementeret videre i kæderne ved udmeldinger til de enkelte ejendomsmæglere. Påbud udstedt efter konkurrencelovens § 16 kan derfor omfatte både den samordnede praksis mellem Klagerne og implementeringen heraf i de enkelte ejendomsmæglerkæder.

På denne baggrund stadfæster Konkurrenceankenævnet punkt 33-35 i Konkurrencerådets afgørelse og bemærker, at det fremgår af punkt 34 og 35, at overtrædelsen i forhold til de kædeinterne udmeldinger er en følge af udmeldinger fra Klagerne foretaget ”med henblik på at efterleve den aftalte boykot af Boliga.dk”.

Herved er der imidlertid ikke taget stilling til, om enhver eventuel kædeintern aftale eller samordnet praksis, der ikke er en del af en horisontal aftale eller samordnet praksis mellem Klagerne, om at nægte eller begrænse Boliga.dk' adgang til at vise billeder, er i strid med konkurrencelovens § 6. De enkelte

ejendomsmæglere er, hvis de er indehavere af ophavsrettighederne til billederne efter ophavsretslovens § 70, berettiget til selv at træffe beslutning, om hvorvidt og i givet fald hvor mange billeder, de vil tillade bliver vist på en given boligsøgeportal. Der er derfor heller ikke tale om et leveringspålæg, som det kendes inden for misbrug af dominerende adfærd.

Det må vurderes konkret, om en eventuel kædeintern aftale om at begrænse Boliga.dk's visning af billeder er lovlig, og en sådan vurdering kan ikke tage udgangspunkt i en situation, hvor udmeldingerne er foretaget som en implementering af en samordnet praksis indgået mellem Klagerne på horisontalt niveau.

Påbuddene i punkt 37 og 38, om

- at bringe *enhver* kædeintern vedtagelse, krav, anbefaling eller opfordring om at nægte Boliga.dk adgang til at vise billeder af kunders ejendomme på Boliga.dk til ophør, og
- at afstå fra *enhver* form for kædeintern vedtagelse, krav, anbefaling eller opfordring, der har til formål direkte eller indirekte at boykotte Boliga.dk,

går derfor for vidt og ophæves herved.

Endvidere ændres påbuddet i punkt 36, 1. og 2. pind for Klagerne til følgende:

- ”omgående at bringe den samordnede praksis mellem Dansk Ejendomsmæglerforening, DanBolig A/S, EDC-Gruppen A/S, Home A/S, Nykredit Mægler A/S, RealMæglerne Holding A/S og John Frandsen A/S om at nægte boligsøgeportalen Boliga.dk tilladelse til at vise billeder af deres kunders ejendom til ophør, herunder kædeinterne udmeldinger om den samordnede praksis.”

Punkt 39 i afgørelsen stadfæstes.

### Gruppefritagelse

En eventuel fremtidig vurdering i forhold til gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler af en kædeintern aftale om at begrænse Boliga.dk's mulighed for at vise billeder fra en kæde skal ses i lyset af, at det er ejendomsmæglerne, der stiller IP-rettigheder i form af sin ophavsret til rådighed. Herved adskiller forholdet sig fra, hvad der almindeligvis er tilfældet ved franchise, nemlig at franchisegiver stiller IP-rettigheder til rådighed for franchisetager.

Nævnet skal i den forbindelse henvise til artikel 2, nr. 1 og nr. 3 i gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler og samordnet praksis (forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010). Her fremgår betingelserne for fritagelsen for vertikale aftaler om IP-rettigheder, herunder at aftalen vedrører overdragelse af IP-rettigheder til køber set i forhold til en samlet aftale om anvendelse af bl.a. tjenesteydelser eller købers udnyttelse heraf. Af Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger punkt 31 følger bl.a., at IP-rettigheder skal være overdraget eller licenseret til køber, og at alle andre vertikale aftaler med IP-bestemmelser er udelukket fra gruppefritagelsesforordningen.

En eventuel kædeintern aftale om Boliga.dk' adgang til billeder, som medfører mærkbare konkurrencebegrænsninger, skal derfor vurderes individuelt efter konkurrencelovens § 8.

### **HEREFTER BESTEMMES**

Konkurrenceankenævnets afgørelse af 25. januar 2012 i sag 40/0120-0204-0259 punkt 37 og 38 ophæves, og punkt 36, pind 1 og 2 ændres til følgende:

- ”omgående at bringe den samordnede praksis mellem Dansk Ejendomsmæglerforening, DanBolig A/S, EDC-Gruppen A/S, Home A/S, Nykredit Mægler A/S, RealMæglerne Holding A/S og John Frandsen A/S om at nægte boligsøgeportalen Boliga.dk tilladelse til at vise billeder af deres kunders ejendom til ophør, herunder kædeinterne udmeldinger om den samordnede praksis.”

I øvrigt stadfæstes Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012.

Fristen for opfyldelse af nævnets afgørelse er en måned fra afsigelsen af afgørelsen.

Klagegebyret tilbagebetales.

Palle Bo Madsen

Ole Jess Olsen

Ditlev Tamm

Christian Hjorth-Andersen

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes

Konkurrenceankenævnet den 16. november 2012

**Sign. af Erhvervsstyrelsen**

Tina Delvig

Fuldmægtig