

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 23. juni 2021 i sag nr. KL-3-2020

Hugo Boss Nordic ApS
(advokat Michael Klöcker)

mod

Konkurrencerådet
(souschef Katrine Lapp)

Resume af afgørelsen

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

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

Ginsborg har ikke indbragt sagen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet stadfæster Konkurrencerådets afgørelse.

Påstande

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

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen stadfæstes.

Den påklagede afgørelse

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

- ”1. Det meddeles HUGO BOSS NORDIC ApS, Ginsborg ApS og Ginsborg Frederiksberg Centret ApS, at HUGO BOSS NORDIC ApS, Ginsborg ApS og Ginsborg Frederiksberg Centret ApS har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved:
- i perioden fra den 5. december 2014 til den 19. april 2018 at have indgået en samordnet praksis om informationsudveksling af priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg.
2. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, påbyder Konkurrencerådet HUGO BOSS NORDIC ApS, Ginsborg ApS og Ginsborg Frederiksberg Centret ApS:
- straks at bringe den i punkt 1 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket, og
 - fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge som beskrevet i punkt 1.
3. 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 Ginsborg ApS og Ginsborg Frederiksberg Centret ApS:
- at orientere Indkøbsforeningen af 1964 A.M.B.A (”Mr.”) om Konkurrencerådets afgørelse, og
 - senest 10 hverdage fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at Ginsborg ApS og Ginsborg Frederiksberg Centret ApS har informeret indkøbsforeningen Mr. om Konkurrencerådets afgørelse. Dokumentation kan fx ske ved fremsendelse af orienteringen til Mr.

...

4.6. Samlet konklusion

579. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:
- Det relevante marked sandsynligvis kan afgrænses til detailmarkedet for beklædningsgenstande i Danmark. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig markedsafgrænsning.

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

Sagens faktiske omstændigheder

Parterne

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

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

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

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

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

Ginsborg består af to driftsvirksomheder (Ginsborg ApS og Ginsborg Frederiksberg Centret ApS), som hver driver en detailbutik, og som begge er en del af indkøbsforeningen Mr. Detailbutikkerne forhandler et bredt udvalg af herretøj, herunder bl.a. tøj af mærket Hugo Boss. Ginsborg har ikke nogen webshop.

Ginsborg ApS omsatte i perioden 1. oktober 2017 til 30. september 2018 for [REDACTED].
Ginsborg Frederiksberg Centret ApS omsatte i perioden 1. oktober 2017 til 30. september 2018 for [REDACTED].

Indkøbsforeningen Mr. er en frivillig landsdækkende kæde med 71 herretøjsbutikker. Mr. blev oprindeligt stiftet som en indkøbsforening og fungerer i dag som en frivillig kæde, hvorigennem medlemmerne kan købe en lang række varer fra forskellige leverandører. Mr. forestår store dele af medlemmernes fakturering til leverandørerne, men forhandlerne indgår selv individuelle aftaler med de enkelte leverandører. Derudover har Mr. en webshop, hvor indkøbsforeningens medlemmer kan sælge deres varer.

Ginsborg har en estimeret markedsandel på ca. [REDACTED] på et muligt relevant detailmarked for fysisk handel af beklædningsgenstande i Danmark.

Markedet

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

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

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

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

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

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

Den omhandlede adfærd

”Wholesale director” i HUGO BOSS Nordic, Niclas Norr, sendte den 5. december 2014 følgende mail til direktør i Ginsborg, Peter Fibiger:

”Hej Peter,

Angående vårt samtal vedrörande HUGO BOSS strategi vid udsalg och kampanjer kan jag informera att vår nuvarande strategi for udsalg är att vi inviterar våra registrerade kunder i vårt eget kundkartotek till för-udsalg 3 dagar för udsalgets start.

Pre kollektioner är ej nedsatt under udsalget. (Det vill säga S15PS [S: spring, PS: pre spring] [Pre Spring är ej nedsatt). NOS [NOS: never out of stock] är ej på udsalg.

Vi vill deltaga en gång per säsong i VIP event/kampagn i Department Stores (Illum & Magasin).

Vi kan ha en löpande dialog om när vi kommer att deltaga i event i framtiden,

Med vänliga hälsningar

Niclas”

Peter Fibiger videresendte samme dag ovenstående mail til direktør i Ginsborg, Jan Ginsborg og salgsassistent i Ginsborg, Ulrik Hinrichsen.

Den 7. december 2014 svarede Peter Fibiger Niclas Norr. Mailen blev sendt cc til Jan Ginsborg. Af mailen fremgår:

”Hej

Tak for din mail , du skriver i deltager i VIP en gang pr sæson , men hvad deltager i med? Som nu med alt Fall minus 20% eller hvad er tanken ?

Starter i ikke udsalg 27/12 ? Hvordan klare i så det med før udsalg til mail kunder , kan de købe fra 21/12 nedsat ?

God weekend

Mvh Peter”.

Den 8. december 2014 svarede Niclas Norr følgende:

”Hej,

Tack för email.

Angående deltagelse vid VIP event, vill detta vara den gällande säsongen. Det vill säga på hösten Pre Fall samt Fall Winter och om sommaren Pre Spring samt Spring Summer.

Vedrörande för-udsalg inviterar vi vårt kundkartotek i 3 dagar, veckan innan udsalget startar. Det vill säga inför det kommande udsalget den 17 Dec - 19 Dec.

Vi startar vårt udsalg den 27 Dec i år.

Mvh

Niclas”

Peter Fibiger videresendte samme dag mailen til Jan Ginsborg og Ulrik Hinrichsen.

Den 27. januar 2015 sendte Nichlas Norr følgende mail til Peter Fibiger og Jan Ginsborg:

”Hej begge,

Jeg vil foreslå at vi mødes herinde i showroomet med [Administrerende direktør i HUGO BOSS] Stephan Born, snarest for at få en dialog omkring HUGO BOSS strategi omkring Magasin og udsalg.

Denne uge er Stephan på kontoret på Torsdag jeg kender dog ikke hans program.

Hvis denne dag skulle passe jer, venligst giv mig forslag på tidspunkt så vil jeg prøve at få til et møde.

Ha en god aften.

Mvh

Niclas”

Jan Ginsborg svarede den 28. januar 2015 Niclas Norr med Peter Fibiger cc følgende:

”Hej Nicklas

Vi vil meget gerne møde Stephan, men har en et stramt program torsdag. Vi kunne dog godt komme til jer kl 9.30 og møde ham en halv times tid, hvis det kan lade sig gøre.

Jan”

Ved mail af samme dag svarede Niclas Norr Jan Ginsborg og Peter Fibiger følgende:

”Hej Jan og Peter,

Jeg har sendt en invitation til møde imorgen Torsdag 9.30.

Vi ses i showroomet.

Ha en god dag

Niclas”

Den 19. november 2015 skrev Niclas Norr følgende mail til Peter Fibiger og Jan Ginsborg:

”Hej,

Informerer hermed at HUGO BOSS deltager i VIP aften event (Prefall/Fall Winter, ikke NOS el. Pre Spring) i Illum/Magasin den 26 November.

Vedrørende pre-sale inviterer vi vores kundekartotek, via personlig invitation, ugen inden udsalget starter.

HUGO BOSS Starter udsalg den 27 Dec 2015.

Mvh

Niclas”

Peter Fibiger svarede Niclas Norr samme dag. I mailen hedder det:

”Hvad deltager i med af rabat ?

Synes ikke dette stemmer overens med hvad du og Stephan fortalte på vores møde ?

Samt at i ville orienterer os et par uger inden ?

Skuffende!!

Peter”

Senere samme dag svarede Niclas Norr følgende:

”Hej Peter,

Vi deltager med 20% discount på VIP aften.

Mvh

Niclas”

Den 20. november 2015 skrev Peter Fibiger følgende mail til Niclas Norr:

”Hej

Noget nyt vedr kampagnen

Savner tilbage melding fra dig, efter jeres møde tidligere på dagen

Mvh Peter”

Den 20. november 2015 sendte Niclas Norr følgende mail til Jan Ginsborg og Peter Fibiger:

“Dear Jan and Peter,

Enclosed please find the campaigns HUGO BOSS will participate in:

VIP Evening Event in Magasin and Illum

VIP Evening Event - HUGO BOSS participate in events in the pre sale period with all product for the actual season (Pre fall, Fall winter and Pre spring, Spring summer)

No NOS merchandise or following Pre season.

This season

26/11 2015 Discount 20% on Pre fall / Fall winter

2/12 2015 Discount 20% on Pre fall / Fall winter

Pre sale invitations in BOSS Store (Strøget) and BOSS Shop Kastrup

Pre sale invitations - The week before sale clients from HUGO BOSS client registration system will be personally invited for a pre sale in our 2 BOSS Shop location (Strøget & Kastrup)

Sale starts the 27th of December.

Super Bazar in Magasin (2 times / Year)

Super Bazar - HUGO BOSS participate with old merchandise, plus selected items of the actual Pre order (Pre spring/Pre fall) which not has been bought by WHS [WHS: Wholesale] clients.

No NOS merchandise. The list of products on Super Bazar will be sent before the event.

Best

Niclas”

Peter Fibiger videresendte samme dag ovenstående mail til Jan Ginsborg, Ulrik Hinrichsen og SAND Store Lyngby. Jan Ginsborg svarede Niclas Norr den 21. november 2015 med Peter Fibiger og Stephan Born cc:

“Hi Niclas and Stephan

Thank you for your reply about your discounts in Magasin/Illum.

This does not correspond with your promise that Hugo Boss in Magasin will only participate in one event every year, as you promised in our meeting a year ago.

Another thing is that most of the other brands (Tiger, Lindberg, Sand, Polo Ralph Lauren and Tommy Hilfiger) will only have mark downs on selected items. We think it is sad that Hugo Boss will be regarded as a brand you can buy with discounts in the events Magasin is doing.

Best regards

Jan Ginsborg”

Peter Fibiger videresendte den 21. november 2015 mailen til Ulrik Hinrichsen og SAND Store Lyngby. Stephan Born svarede samme dag Jan Ginsborg og Nichlas Norr med Peter Fibiger cc på mailen. I mailen hedder det:

“Hello Jan,

We discussed our sales and pre sales campaigns. In our free standing stores we have pre sale campaigns for CRM clients before sales starts. We always exclude pre season (pre spring for fall winter sales) and NOS products, which is around 40 percent of total stock at this time.

If there has been a misunderstanding I am sorry, but we do participate with pre sale activity end of November/December at MDN [MDN: Magasin Du Nord] as an equivalent for department store customers, excluding pre spring and NOS, which again accounts for around 40 percent of stock.

These are the 2 activities concerning in season merchandise.

Kind regards

Stephan”

Denne mail blev samme dag videresendt af Peter Fibiger til salgsassistent Ulrik Hinrichsen og SAND Store Lyngby.

Den 5. april 2016 fremsendte Niclas Norr et dokument til Peter Fibiger med en liste over, hvilke varer Hugo Boss ville sætte på udsalg til Super Bazaar i Magasin i perioden fra den 27. april til den 1. maj 2016. Af listen fremgik endvidere førpriser, rabatter og udsalgspriser.

Peter Fibiger videresendte den 5. april 2015 mailen til Jan Ginsborg og Ulrik Hinrichsen. I mailen hedder det:

”Minus 40 på alt spring !!!!

Mvh p”

I en mail af 5. april 2016 fra salgsassistent i Ginsborg Frederiksberg Centret ApS, Kristian Gjelstrup, til Peter Fibiger, Jan Ginsborg og Ulrik Hinrichsen hedder det:

”Hej,

Bemærk at alle varer er vinter varer, det havde Peter overset.

Kristian”

I mail af 27. april 2016 fra Peter Fibiger til Niclas Norr med bl.a. Jan Ginsborg cc hedder det:

”Hej

Synes ikke dette er i linje med hvad i har fortalt os !!

Høre gerne fra dig asap

Mvh peter”

Samme dag svarede Niclas Norr følgende:

”Hej,

Vi har endast vintervarer på Superbazar samt ikväll.

Best regards

Niclas Walentin Norr”

Den 3. juni 2016 sendte Niclas Norr følgende mail til Peter Fibiger:

”Hej,

For jeres information starter HUGO BOSS udsalg på udvalgte varer den 11 Juni i BOSS Shop Strøget, Illum og BOSS Shop Kastrup.

I perioden til start af udsalg i Magasin, den 16 Juni, vil disse priser blive matchede i Magasin.

All kommunikation vedrørende udsalg sker gennem direkte kommunikation via HUGO BOSS kundekartotek.

Best regards

Niclas Walentin Norr”

Den 13. oktober 2016 sendte Niclas Norr et dokument til Peter Fibiger med en liste over de varer, som Hugo Boss ville sætte på udsalg, med oplysninger om mængder, rabatter og førpriser. I mailen hedder det:

“Hej,

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

Alle varer er fra sommer 2016 eller ældre.

Mvh

Niclas”

Peter Fibiger svarede den 14. oktober 2016 Niclas Norr følgende:

”Tak

Mvh Peter

PS ved du hvad i gør i magasin til Black friday ?

Mvh Peter”

I en mail af 22. november 2016 skrev Niclas Norr til Peter Fibiger følgende:

“Hej,

For Jeres information vil HUGO BOSS deltage i VIP aften i Magasin og Illum den 22 November samt 6 December (-20% på sortiment foruden NOS). På Black Friday 27 November t.o.m Søndag kommer HUGO BOSS at deltage med varer fra S16 [S: sommer], W15 og S15 i Magasin (-30%).

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

Mvh

Niclas”

I mail af 17. april 2018 skrev Peter Fibiger følgende til bl.a. Kristian Gjelstrup og salgsassistent i Ginsborg Andreas Due Marcker, Jan Ginsborg, Ulrik Hinrichsen og Nicholas Norr:

”Hej

Kan i oplyse hvad magasin har med på VIP aften , samt goodiekampagne de efterfølgende dage?

Mvh Peter”

Den 18. april 2018 svarede Niclas Norr, der ikke fremgår som modtager af mailen af 17. april 2018, på mailen. I svaret, som er sendt til Peter Fibiger, Kristian Gjelstrup, Jan Ginsborg og Ulrik Hinrichsen, hedder det:

”Hej Peter,

Tak for din email.

Vi fremsender den forespurgte information snarest muligt.

Mvh

Niclas”

”Sales executive” i Hugo Boss, Mads Aaberg, fremsendte i mail af 19. april 2018 de efterspurgte oplysninger til Ginsborg. I mailen hedder det bl.a.:

”Her kommer information som tidligere efterspurgt.

Det som er planlagt i Magasin for nu, er Super Bazar Start 2.Maj - 6.Maj

2 Maj VIP evening all shoes ex NOS -25%

Super Bazar 2 Maj - 6 Maj / W17 varer – 40%

Best regards

Mads Aaberg”

Det retlige grundlag

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

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

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer
- c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
- d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
- e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontraahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.”

I Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis hedder det bl.a.:

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

...

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

...

Artikel 1

Definitioner

1. I denne forordning forstås ved:

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

...

Artikel 2

Fritagelse

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

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

...

3. Fritagelsen efter stk. 1 gælder for vertikale aftaler, der indeholder bestemmelser, som vedrører overdragelse af intellektuelle ejendomsrettigheder til køberen eller dennes udnyttelse heraf, forudsat at disse bestemmelser ikke udgør hovedformålet med sådanne aftaler, og at de er direkte forbundet med køberens eller dennes kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. Fritagelsen er betinget af, at bestemmelserne i forhold til aftalevarerne og -tjenesterne ikke indeholder konkurrencebegrænsninger, der har samme formål som vertikale begrænsninger, der ikke er fritaget efter denne forordning.

4. Fritagelsen efter stk. 1 gælder ikke for vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder. Fritagelsen finder dog anvendelse i tilfælde, hvor konkurrerende virksomheder indgår en ikke-gensidig vertikal aftale, og:

- a) leverandøren er producent og forhandler af varer, mens køberen er forhandler og ikke en konkurrerende virksomhed inden for fremstillingsvirksomhed; eller
- b) leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens køberen leverer varer og tjenesteydelser i detailsalgsleddet og ikke er en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesteydelserne.”

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

“2. *Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde*

2.1 *Definition af vertikale aftaler*

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

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

...

c) Aftalen eller den samordnede praksis skal bestå mellem virksomheder, der i relation til aftalen virker i forskellige produktions- eller distributionsled. Der kan f.eks. være tale om, at den ene virksomhed fremstiller et råmateriale, som den anden bruger som input, eller at den ene virksomhed er producent, den anden grossist og den tredje detailforhandler. Dette udelukker ikke, at en virksomhed kan være aktiv i mere end ét produktions- eller distributionsled.

d) Aftalen eller den samordnede praksis skal vedrøre de betingelser, hvorpå aftalparterne, dvs. leverandøren og køberen, »kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester«. Dette afspejler, at gruppefritagelsesforordningen tager sigte på at omfatte købs- og distributionsaftaler. Der er her tale om aftaler, som vedrører betingelserne for køb, salg eller videresalg af varer eller tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og/eller betingelserne for køberens salg af de varer eller tjenesteydelser, hvori ovennævnte varer eller tjenesteydelser indgår. Både de varer eller tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og de varer eller tjenesteydelser, hvori de indgår, anses for at være aftalevarer eller aftaletjenesteydelser i henhold til gruppefritagelsesforordningen. Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på vertikale aftaler om alle varer og tjenesteydelser, både færdigprodukter og mellemprodukter. Den eneste undtagelse er automobilektoren, så længe den er omfattet af en særlig gruppefritagelse som gruppefritagelsen i Kommissionens forordning (EF) nr. 1400/2002 af 31. juli 2002 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis inden for motorkøretøjsbranchen (16) eller efterfølgende forordninger. Køberen kan videresælge de leverede varer eller tjenesteydelser eller bruge dem som input i sin egen produktion.

...

2.2 *Vertikale aftaler mellem konkurrenter*

27) Gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, udelukker udtrykkeligt »vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder« fra sit anvendelsesområde. Vertikale aftaler mellem konkurrenter er, for så vidt angår virkningerne af en eventuel ulovlig samordning, omfattet af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler (17), men aftalernes vertikale aspekter skal

vurderes efter nærværende retningslinjer. I gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra c), defineres en konkurrerende virksomhed som en »faktisk eller potentiel konkurrent«. Hvis to virksomheder er aktive på det samme produktmarked, betragtes de som konkurrenter. En virksomhed betragtes som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed i tilfælde af en mindre, men varig stigning i de relative priser inden for et kort tidsrum på normalt ikke over et år ville foretage de nødvendige ekstra investeringer eller afholde de andre omkostninger, der måtte være nødvendige, for at gå ind på det relevante marked, som den anden virksomhed operer på, hvis aftalen ikke havde fandtes. Denne vurdering skal foretages på et realistisk grundlag; en rent teoretisk mulighed for at træde ind på markedet er ikke tilstrækkelig (18). En distributør, der giver en producent specifikationer til fremstilling af bestemte varer under distributørens mærke, er ikke at betragte som en producent af de varer, der sælges under distributørens mærke.

- 28) Gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, indeholder to undtagelser fra den generelle regel om, at vertikale aftaler mellem konkurrenter ikke er omfattet af gruppefritagelsen. Disse undtagelser drejer sig om aftaler, der ikke er gensidige. Ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsen, hvis a) leverandøren er producent og distributør, mens køberen alene er distributør og ikke er en konkurrent i produktionsleddet, eller b) leverandøren er en tjenesteyder, der opererer i flere omsætningsled, mens køberen opererer i detaileddet og ikke en konkurrent i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesteydelserne. Den første undtagelse drejer sig om situationer, hvor der er tale om parallel distribution, dvs. at producenten af bestemte produkter også optræder som forhandler af dem og dermed som konkurrent til selvstændige forhandlere af de pågældende produkter. Ved parallel distribution anses den potentielle indvirkning på konkurrenceforholdet mellem producenten og forhandleren i detaileddet normalt for at være mindre end den virkning, som den vertikale leveringsaftale potentielt kan have på konkurrencen i produktions- eller detaileddet. Den anden undtagelse omfatter tilsvarende tilfælde af parallel distribution, men i dette tilfælde er der tale om tjenesteydelser, hvor leverandøren også leverer tjenesteydelser i samme omsætningsled som køberen.”

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

”1. *Indledning*

1.1. *Formål og anvendelsesområde*

...

12. Aftaler, der indgås mellem virksomheder i forskellige produktions- eller distributionsled, dvs. vertikale aftaler, behandles principielt i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (»gruppefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger«) og i retningslinjerne for vertikale begrænsninger. I det omfang vertikale aftaler, f.eks. distributionsaftaler, indgås mellem konkurrenter, kan de få de samme virkninger på markedet

og skabe de samme konkurrencemæssige problemer som horisontale aftaler. Vertikale aftaler mellem konkurrenter falder derfor ind under disse retningslinjer (11). Hvis det også er nødvendigt at vurdere sådanne aftaler i henhold til gruppefritagelsesforordningen vertikale aftaler og retningslinjerne for vertikale begrænsninger, vil det blive udtrykkeligt fastsat i det relevante kapitel i disse retningslinjer. Når der ikke findes en sådan henvisning, gælder disse retningslinjer kun for vertikale aftaler mellem konkurrenter.

...”

I note 11 til disse retningslinjer hedder det:

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

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

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

2.1. Definition og anvendelsesområde

...

Samordnet praksis

60. Informationsudveksling kan kun behandles efter artikel 101, hvis den medfører eller indgår i en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder. Eksistensen af en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder foregriber ikke spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I overensstemmelse med EU-Domstolens retspraksis omfatter begrebet samordnet praksis en form for koordinering mellem virksomheder, hvorved disse ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde. De kriterier for samordning og samarbejde, der ligger til grund for begrebet samordnet praksis, og som langt fra kræver, at der udarbejdes en egentlig »plan«, skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrenceregler, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked, og de vilkår, han vil tilbyde sin kundekreds.

61. Dette udelukker ikke virksomhedernes ret til rationelt at tilpasse sig deres konkurrenters eksisterende eller forventede adfærd. Det udelukker imidlertid enhver direkte eller indirekte kontakt mellem konkurrenter, der har til formål eller til følge at skabe konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dets omfang. Det udelukker enhver direkte eller indirekte kontakt mellem konkurrenter, der har til formål eller til følge at påvirke en faktisk eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller at oplyse en sådan konkurrent om, hvilken adfærd de selv har besluttet eller overvejer at udøve, og derved letter den hemmelige samordning på markedet. Informationsudveksling kan derfor udgøre en samordnet praksis, hvis den mindsker den strategiske usikkerhed på markedet og derved letter hemmelig samordning, dvs. hvis de udvekslede oplysninger har strategisk betydning. Udveksling af strategiske oplysninger mellem konkurrenter skal derfor betragtes som samordning, fordi den gør konkurrenternes adfærd på markedet mindre uafhængig og mindsker deres incitament til at konkurrere.
62. I en situation, hvor det kun er en enkelt virksomhed, der giver strategiske oplysninger til sin(e) konkurrent(er), som accepterer dem, kan også udgøre en samordnet praksis. Videregivelse af sådanne strategiske oplysninger kan f.eks. ske gennem kontakter pr. brev, e-mail, telefonsamtaler, møder osv. Det er i så fald irrelevant, om det kun er en enkelt virksomhed, som ensidigt underretter sine konkurrenter om sin planlagte markedsadfærd, eller om alle deltagende virksomheder underretter hinanden om deres respektive overvejelser og planer. Når en enkelt virksomhed giver sine konkurrenter strategiske oplysninger om sin fremtidige forretningspolitik, vil det mindske den strategiske usikkerhed med hensyn til, hvordan markedet vil fungere i fremtiden for alle involverede konkurrenter, og øge risikoen for en begrænsning af konkurrencen og for hemmelig samordning. F.eks. vil alene deltagelse i et møde, hvor en virksomhed underretter konkurrenterne om sine planlagte priser sandsynligvis være omfattet af artikel 101, selv om der ikke foreligger en udtrykkelig aftale om prisforhøjelser. Når en virksomhed modtager strategiske oplysninger fra en konkurrent (hvad enten det sker på et møde, pr. brev eller elektronisk), formodes den at have accepteret oplysningerne og tilpasset sin markedsadfærd efter dem, medmindre den svarer klart, at den ikke ønsker at modtage sådanne oplysninger.
63. Når en virksomhed ensidigt udsender en bekendtgørelse der også reelt er offentlig, f.eks. gennem en avis, er der normalt ikke tale om en samordnet praksis som omhandlet i artikel 101. Afhængigt af de forhold, der kendetegner den pågældende sag, kan muligheden for, at det vil blive fastslået, at der foreligger en samordnet praksis, dog ikke udelukkes, f.eks. i en situation, hvor en sådan bekendtgørelse følges op af offentlige bekendtgørelser fra andre konkurrenter, ikke mindst fordi konkurrenters strategiske reaktioner på de øvrige virksomheders offentlige bekendtgørelser (hvor de, for at benytte et eksempel, tilpasser deres tidligere oplysninger efter konkurrenternes) kan vise sig at være en strategi for at nå frem til en fælles forståelse af samordningsbetingelserne.

...

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

...

2.2.2. *Konkurrencebegrænsende formål*

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

Parternes argumenter

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

Ingen aftale eller samordnet praksis om at begrænse konkurrencen

Forholdet mellem Hugo Boss og forhandlerne er et vertikalt forhold. Hugo Boss er producent, mens Ginsborg er forhandler. Sagsfremstillingen i Konkurrencerådets afgørelse gengiver begrænsede dele af den kommunikation, der var mellem Hugo Boss og forhandlerne igennem ca. fire år. Konteksten af hele korrespondancen omhandler Hugo Boss’ salg af produkter og forhandlerens indkøb af disse produkter. Formålet med korrespondancen er at pleje en vertikal aftale, herunder at fremme for-

handlerens indkøb af Hugo Boss produkter med henblik på, at forhandleren sælger Hugo Boss produkter (styrke interbrand-konkurrencen). Der kan ikke konstateres et formål om at begrænse konkurrencen i noget marked.

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

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

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

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

Hugo Boss og Hugo Boss' forhandlere er ikke konkurrenter

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kriterierne for en til formåls overtrædelse er ikke opfyldt

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

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

I relationen mellem Hugo Boss og forhandlerne er ingen af de to dele af testen opfyldt. Der er ikke udvekslet fortrolige oplysninger, og der er ingen dokumentation for, at udvekslingen har haft til formål at begrænse konkurrencen. Der er heller ikke dokumentation for, at informationsudvekslingen

konkret har begrænset konkurrencen, eller at den har været egnet til at begrænse konkurrencen. Tværtimod følger det af sagens oplysningsgrundlag, at der ikke er dokumentation eller sandsynliggørelse for nogen form for konkurrencebegrænsning.

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

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

Ingen strategi om at begrænse konkurrencen – oplysningerne var ikke forretningsfølsomme

Sagens oplysningsgrundlag omhandler otte mails mellem Hugo Boss og Ginsborg. Disse mails er sendt over en periode på fire år.

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

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

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

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

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

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

Konkurrencerådets afgørelse hviler på et ufuldstændigt oplysningsgrundlag

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

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

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

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

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

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

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

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

Den samordnede praksis er horisontal

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

Informationsudvekslingen i sagen gik ud på, at Hugo Boss udvekslede strategiske oplysninger om sine fremtidige priser, rabatter og mængder mv. til Ginsborg. Det var vel at mærke priser, rabatter og mængder, som Hugo Boss ville bruge ved sit eget fremtidige salg af Hugo Boss-produkter til

slutkunder på detailmarkedet – hvor parterne var konkurrenter og havde en horisontal relation. Der var derimod ikke tale om oplysninger, som vedrørte parternes vertikale leveringsaftaler.

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

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

Den samordnede praksis er ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse

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

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

Forordningens artikel 1, stk. 1, opstiller to betingelser for, at en aftale eller samordnet praksis mellem virksomheder kan anses som vertikal. Der kræves for det første, at parterne i relation til den omhandlede aftale eller samordnede praksis skal virke i forskellige omsætningsled. Der kræves for det andet, at den omhandlede aftale eller samordnede praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne må købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenesteydelser. Denne betingelse indebærer, at en aftale dermed ikke automatisk anses som en vertikal aftale omfattet af gruppefritagelsen,

blot fordi den er indgået mellem virksomheder, der (også) opererer i forskellige omsætningsled. Ifølge punkt 25 d) i Kommissionens vertikale retningslinjer afspejler betingelsen, at forordningens sigte er at fritage deciderede købs- og distributionsaftaler, dvs. ”aftaler som vedrører betingelserne for køb, salg eller videresalg af varer eller tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og/eller betingelserne for køberens salg af de varer eller tjenesteydelser, hvori ovennævnte varer eller tjenesteydelser indgår”. Det er også dette sigte, som den øvrige del af retningslinjerne tager udgangspunkt i og skal læses i lyset af.

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

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

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

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

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

Den samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen

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

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

EU-Domstolen har i sin praksis taget stilling til visse former for aftaler, hvor der netop foreligger sådanne pålidelige og solide erfaringer. Domstolen har bl.a. fastslået, at informationsudveksling af strategiske, individualiserede og fremtidige oplysninger om priser, rabatter og mængder generelt har til formål at begrænse konkurrencen, fordi en sådan informationsudveksling i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Når Domstolen har fastslået dette, skyldes det dels, at priser og mængder generelt er de væsentligste konkurrenceparametre mellem virksomheder, dels at informationsudvekslingen mindsker den strategiske usikkerhed om konkurrentens forventelige adfærd på markedet og derfor har til formål at skabe konkurrencevilkår, der ikke svarer til de normale konkurrencevilkår. En sådan informationsudveksling skader derfor i sig selv konkurrencen og strider åbenlyst i mod hele grundtanken bag konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, som er, at enhver virksomhed selvstændigt og uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet.

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

Indholdet af den samordnede praksis

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

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

Oplysningerne var strategiske

Hugo Boss har i flere tilfælde sendt detaljerede lister med specifikke oplysninger om både priser, rabatter og mængder på specifikke varer, der ville blive sat på udsalg. Hugo Boss har også i flere tilfælde sendt mails med specifikke oplysninger om, hvilke rabatter Hugo Boss ville sætte sine kollektioner på udsalg med. Dette fremgår f.eks. af Hugo Boss' mails af 22. november 2016 og 20. november 2015.

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

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

Oplysninger om fremtidige priser, rabatter og mængder anses som nævnt generelt for at være strategiske oplysninger, og det er de også konkret i de omhandlede sager. Konkurrencen på markedet for detailsalg af beklædningsgenstande udspiller sig nemlig i særdeleshed på pris.

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

Oplysningerne var individualiserede

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

I flere tilfælde oplyste Hugo Boss, hvilke specifikke varer de fremsendte priser, rabatter og mængder vedrørte. Ginsborg havde qua deres rolle som kunde hos Hugo Boss også forudsætningerne for at vide, hvilke varer/kollektioner de øvrige oplysninger om priser og rabatter vedrørte. Dette bekræftes bl.a. af Ginsborgs egen identificering af kollektionerne i interne mails.

Oplysningerne var fremtidige

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

Konkurrencerådet bemærker i øvrigt, at oplysningerne om priser, rabatter og mængder efter rådets vurdering i langt størstedelen af tilfældene desuden blev udvekslet på tidspunkter, hvor Ginsborg

havde mulighed for at planlægge eller ændre deres eventuelle udsalg, herunder udsalgsvarer og udsalgspriser, under hensyntagen til oplysningerne.

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

Den samordnede praksis havde et konkurrencebegrænsende formål

Konkurrencerådet har fundet, at formålet med den samordnede praksis objektivt set har været at begrænse konkurrencen. Informationsudvekslingen var egnet til at fjerne eller væsentligt reducere den strategiske usikkerhed, som Ginsborg normalt ville skulle handle under ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet. Denne usikkerhed vedrørte endda prissætningen og udsalgsstrategien hos en tæt konkurrent, idet informationsudvekslingen vedrørte Hugo Boss-produkter, som Ginsborg også selv forhandlede.

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

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

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

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

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

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

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

Boss kan derved også have reduceret det konkurrencepres, som Hugo Boss ellers ville kunne have mødt fra Ginsborg.

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

Den retlige og økonomiske sammenhæng understøtter det konkurrencebegrænsende formål

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

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

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

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

Der er efter Konkurrencerådets vurdering intet ved hverken markedets eller produkternes karakteristika eller de økonomiske og retlige forhold i øvrigt, som kan rejse tvivl om, at den samordnede

praksis i sig selv var egnet til at begrænse konkurrencen. Den økonomiske sammenhæng understreger tværtimod den skadelige karakter af parternes samordnede praksis.

Resultat og begrundelse

Sagens problemstillinger

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

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

Samordnet praksis

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

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

mellem virksomhederne. Det forhold, at det kun var Hugo Boss, der videregav oplysningerne til Ginsborg og ikke omvendt, ændrer ikke herved, idet Ginsborg må anses for at have accepteret oplysningerne og tilpasset sin markedsadfærd efter dem.

Horisontal karakter

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

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

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

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

Allerede fordi den samordnede praksis havde virkning mellem konkurrenter i samme omsætningsled og ikke vedrørte de betingelser, hvorpå parterne kunne købe, sælge eller videresælge beklædningsgenstandene fra Hugo Boss, er der ikke tale om en vertikal aftale, der er omfattet af gruppefritagelsen i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010, om anvendelse af artikel

101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, jf. artikel 2, stk. 4, litra a, jf. artikel 1, stk. 1, litra a.

Til formål at begrænse konkurrencen

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

Den horisontale samordnede praksis vedrørte priserne, tidspunkterne og mængderne for fremtidige udsalg af nærmere specificerede beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss. Udveksling af individualiserede oplysninger mellem konkurrenter vedrørende planlagte fremtidige priser eller mængder anses efter fast konkurrenceretlig praksis som udgangspunkt for at begrænse konkurrencen. Som nævnt omfattede den samordnede praksis ikke udveksling af sædvanlige oplysninger videregivet af en producent til en kunde i forbindelse med købs- eller distributionsaftaler angående videre salg af varer, og udvekslingen af oplysningerne gjorde det muligt for Ginsborg at undgå at skulle sætte beklædningsgenstande på udsalg. Den retlige og økonomiske sammenhæng understøtter derfor, at den samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen.

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

Sagsbehandlingsfejl

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

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

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

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

Konklusion

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

Vi stemmer derfor for at stadfæste Konkurrencerådets afgørelse.

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

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

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

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

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

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

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

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

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

Birgitte Sloth

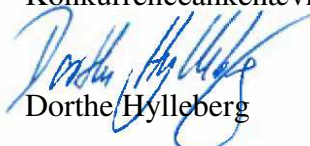
Claus Berg

David Dreyer Lassen

Jan Schans Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 23. juni 2021


Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig