

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 11. oktober 2023 i sag KL-4-2022:

Boligtextilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A.
(advokat Thomas Ryhl)

mod

Konkurrencerådet
(specialkonsulent Maiken Bruun)

Resumé af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 22. juni 2022 truffet afgørelse i en sag (DIPS-20/10036), der angår, om Boligtextilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A. (Botex) i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, igennem kædesamarbejdets samhandelsoverenskomst og vedtægter har indgået i en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder om geografisk opdeling af et marked i eksklusive markedsføringsområder.

Afgørelsen blev meddelt Botex den 1. juli 2022.

Den 26. august 2022 har Botex indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet har behandlet sagen på skriftligt grundlag.

Konkurrenceankenævnet har hjemvist Konkurrencerådets afgørelse.

Påstande

Boligtexilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A. har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2022 ophæves, subsidiært at afgørelsen hjemvises til fornyet behandling og afgørelse.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om stadfæstelse.

Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet traf den 22. juni 2022 følgende afgørelse:

”13. Det meddeles Boligtexilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A., at Boligtexilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A. har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, ved:

- i perioden fra den 20. maj 2009 til 18. august 2021 at have indgået i en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder om markedsdeling.

14. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. punktum., jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 14 a, påbyder Konkurrencerådet Boligtexilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A.:

- straks at bringe den i punkt 1 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket.
- fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 1.
- at informere andelshaverne i Boligtexilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A. om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse, herunder at den eksklusive ret til at markedsføre sig gennem husstandsomdelte reklamer i bestemte tildelte geografiske områder ikke længere er gældende.
- senest 10 hverdage fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at Boligtexilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A. har informeret alle andelshavere om Konkurrencerådets afgørelse, herunder at den eksklusive ret til at markedsføre sig gennem husstandsomdelte reklamer i bestemte tildelte geografiske områder ikke længere er gældende. Dokumentation kan fx ske ved fremsendelse af kopi af orienteringen til alle andelshaverne.

...

4.6. Samlet konklusion

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

- Det relevante marked kan afgrænses til det danske detailmarked for boligtekstiler. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig markedsafgrænsning.
- Vedtagelsen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart.
- Botex opfylder virksomhedsbegrebet.
- Der foreligger en vedtagelse i Botex om markedsdeling mellem medlemmerne af Botex.
- Vedtagelsen har til formål at begrænse konkurrencen på det danske detailmarked for boligtekstiler.
- Vedtagelsen i Botex om markedsdeling udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra c.
- Vedtagelsen har fundet sted i perioden fra den 20. maj 2009 til den 18. august 2021.
- Vedtagelsen ikke falder ind under en gruppefritagelse og ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.
- Det er nødvendigt at udstede påbud til Botex for at bringe overtrædelsen til ophør, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. punktum., og TEUF artikel 101, stk. 1, jf. § 16, stk. 1.”

Sagens faktiske omstændigheder

Om Botex

Boligtextilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A. (Botex) er en landsdækkende frivillig kæde, der sælger boligtekstiler, herunder gardiner, solafskærmning, håndklæder, sengetøj og dyner mv. Botex er et horisontalt kædesamarbejde, som pr. 20. december 2019 udgjordes af 24 selvstændige andels-havere, der drev 31 detailforretninger i Danmark og tre på Færøerne.

Samarbejdet i Botex er baseret på vedtægter for Botex af 4. juni 2008 (med senere ændringer) og ”Overenskomst Botex - BIS Amba” (”samhandelsoverenskomsten”) af 20. maj 2009. 12 af Botex-butikkerne har indgået individuelle samhandelsoverenskomster med Botex, men bestemmelserne heri er i det væsentlige enslydende med den generelle samhandelsoverenskomst af 20. maj 2009.

Botex ledes af en bestyrelse, som er valgt af generalforsamlingen. Den daglige drift forestås af en direktion bestående af et eller flere medlemmer. Direktionen ansættes af bestyrelsen. Kædens daglige ledelse består af en kædechef (direktion), som sammen med medarbejderne i Botex udgør den daglige kædedrift.

Botex har en fælles hjemmeside med webshop under domænet ”botex.dk”. På hjemmesiden sælges gardiner og andre boligtekstiler af forskellige mærker, herunder egenproducerede varer/private label-varer og fælles indkøbte markedsføringsprodukter. Hjemmesiden drives af Botex’ hovedkontor, og overskuddet fra salg via hjemmesiden fordeles efterfølgende blandt medlemmerne.

På Botex’ hjemmeside er der en underside, hvor der om hvert medlem findes generel information om den enkelte Botex-butik, såsom beliggenhed, telefonnummer og åbningstider.

Vedtægter

Der foreligger i sagen vedtægter for Botex af 4. juni 2008, 13. december 2011, 18. april 2015, 23. september 2016, 5. maj 2018, 20. juni 2019 og 2021.

Af vedtægterne fra 2008 og 2011 fremgår om kædens formål bl.a.:

”2.1. Selskabets formål er at levere varer og tjenesteydelser til selskabets medlemmer.

2.2. Selskabets formål og aktiviteter omfatter udelukkende vareforsyning til medlemmerne på basis af gennemfakturering, således at medlemmernes køb hos de af selskabet udpegede leverandører faktureres til selskabet af leverandørerne. Selskabet viderefakturerer herefter til medlemmerne.”

Af vedtægterne fra 2015, 2016, 2018 og 2019 fremgår om kædens formål bl.a.:

”2.1. Selskabets formål er at levere varer og tjenesteydelser til selskabets medlemmer.

2.2. Selskabets formål og aktiviteter omfatter endvidere vareforsyning til medlemmerne på basis af gennemfakturering, således at medlemmernes køb hos de af selskabet udpegede leverandører faktureres til selskabet af leverandørerne. Selskabet viderefakturerer herefter til medlemmerne.

2.3. Selskabets formål er yderligere at forestå botex markedsføring, udarbejdelse af butikskoncept, web-shop, hjemmeside og uddannelse samt videreudvikling af botex-konceptet for selskabets medlemmer.”

I vedtægterne fra 2021 er Botex’ formål ændret væsentligt.

Af vedtægterne fra 2008 fremgår om andelshavernes forpligtelser over for Botex bl.a.:

”18.1. Selskabets andelshavere skal respektere og overholde selskabets samhandelsvilkår, således som de til enhver tid måtte være fastsat.”

Af vedtægterne fra 2011 fremgår om andelshavernes forpligtelser over for Botex bl.a.:

”18.1. Andelshaverne skal respektere og overholde selskabets vedtægter.

18.2. Andelshaverne skal respektere og overholde samhandelsvilkårene, der er:
...”

Af vedtægterne fra 2015, 2016, 2018 og 2019 fremgår om andelshavernes forpligtelser over for Botex bl.a.:

”5.1. Selskabets andelshavere skal respektere og overholde selskabets samhandelsvilkår (Samhandelsoverenskomst), således som de til enhver tid måtte være fastsat.”

På nær vedtægterne fra 2021 fremgår desuden – i det væsentlige enslydende – bestemmelser i vedtægterne om, at medlemskab kan bringes til ophør af bestyrelsen, hvis medlemmer misligholder betingelserne for medlemskab af Botex, jf. vedtægternes pkt. 18, eller samhandelsoverenskomsten ikke bliver overholdt.

Samhandelsoverenskomst

Af den generelle samhandelsoverenskomst af 20. maj 2009 fremgår bl.a.:

”1. Navn

1.1 Kædens navn er Botex / Botex Home under hvilket alle medlemmer skal markedsføre sig.

1.2 Kæden administreres af BIS a.m.b.a. (”BIS”), der ejer og forestår den daglige drift af alle Botex-kædekoncepter.

2. Formål

2.1 Det er Botexs vision at være den førende kæde indenfor specialhandelen med gardiner og boligtekstiler på det danske marked.

2.2 BISs mission

1. BIS samler og koordinerer indkøbsvolumen indenfor indretning, gardiner og tæpper.
2. Markedsføringen sker gennem to markedsføringskæder, der profileres hver for sig, men med ”botex” som hovednavn.
3. BIS forsyner kædens butikker med en række serviceydelser til udvikling af drift og indtjening.

...

4. Kædekonceptet

4.1 BIS har udviklet et kædekoncept for drift af detailsalg og service vedrørende gardiner og/eller boligtekstiler. Kædekonceptet er baseret på, at medlemmer indtræder som medlem af BIS, og foretager sine indkøb af varer og visse tjenesteydelser efter anvisning fra BIS

4.2 Detailbutikken kan bestå af følgende former for forhandlere

- A. Kombi-butikker (Gardiner og Udstyr)(+evt. gulve)
- B. Rene gardin - eller rene udstyrsbutikker (+ evt. gulve)
- C. Shop - in – Shop

...

7. Branding og markedsføring

7.1 En Botex butik har pligt til at følge alle af BIS meddelte retningslinjer og anvisninger for markedsføring, herunder pligt til at benytte anviste leverandører og medier.

...

7.3 En Botex butik er forpligtet til at deltage i enhver fælles markedsføringskampagne, der gennemføres af Botex-kæden, herunder til at anskaffe og anvende de til formålet fremstillede butiksmaterialer. Den fælles markedsføringskampagne vedtages i en markedsføringsplan, der godkendes en gang årligt af BISs bestyrelse og indkøbsudvalg.

7.4 En Botex butik beslutter i hvilket omfang den fælles markedsføring skal suppleres af egen lokal markedsføring.

7.5 Eksisterende Botex butikker skal anvende ordet "Botex/Botex Home" efterfulgt af bynavn eventuelt i sin kommunikation (*gardinbus, skilt, pylon, annonce etc.* - *Skal til enhver tid følge den vedtagne designmanual*). Anvendelse af navnet "Botex" skal ske i overensstemmelse med de til enhver tid gældende retningslinjer for vare/logomærket "Botex/Botex Home". Brug af lokale navne må max fylde 50% af navnet Botex/Botex Home

7.6 En ny Botex butik skal senest ved åbning som en "Botex" tydeligt anvende og benytte ordet "Botex/Botex Home" efterfulgt af bynavn eventuelt i sin kommunikation (*gardinbus, skilt, pylon, annonce etc.*). *Lokalt navn må maks . fylde 50 % af navnet Botex/Botex Home*. Anvendelse af navnet "Botex" skal ske i overensstemmelse med de til enhver tid gældende retningslinjer for vare/logomærket "Botex/Botex Home".

7.7 Et markedsføringsområde/handelsdistrikt defineres som minimum 15.000 husstande (ejerboliger, villa/rækkehuse), hvilket markedsføringsmæssigt dækkes 100%. Overstiger markedsføringsområdet/handelsdistriktet de angivne 15.000 husstande (ejerboliger, villa/rækkehuse) aftales oplaget med kædechefen – oplaget defineres i forhold til omsætning i det givne distrikt.

7.8 En Botex butiks markedsføringsområde defineres ud fra hele postnumre og kan løbende ændres af butikken i forhold til frie postnumre. Hvor det er naturligt kan en opdeling af postnumre eventuelt indgå.

Markedsføringsdistriktet angiver en eksklusivitet i forhold til indtrædelse af nye medlemmer i det definerede område. Dette markedsføringsdistrikt skal dækkes tentativt cirkulært.

Et medlem må aldrig distribuere en kampagne eller et katalog fra kædens årlige centrale Markedsføringsplan i et andet medlems Markedsføringsområde. Ej heller selv om det medlem hvis postnummer man ønsker at distribuere i har fået dispensation til at fravælge sin deltagelse i en given kampagne. Ligeledes må et medlem ikke distribuere egne lokale husstands-omdelte kampagner ud i et andet medlems markedsføringsdistrikt.

Medlemmet skal nøje overholde de forpligtelser, der følger af kampagnebetingelser i en given kampagneperiode som er opstillet i forbindelse med hver enkelt kampagne.

Såfremt disse betingelser overtrædes af et medlem, udløses en bod som går til kædens afdelingsregnskab i BIS.

Erfares at et medlem har forbrudt sig har det følgende konsekvens.:

1. gang = 1 advarsel
2. gang = en bøde på 10.000 dkk
3. gang = en opsigelse af medlemskabet herunder opsigelse som andelshaver i BIS

7.9 En Botex butik har førstevalgsret til at få tilbudt muligheden for at etablere en Botex butik inden for en radius af 30 km fra butikkens aktuelle butiksplacering(-er). Hvis der er et overlap i 30 km zonen mellem to eksisterende Botex butikker, vil det være den butik, der ligger tættest på, som erhverver førstevalgsretten. I begge tilfælde skal den butik, som har førstevalgsretten, kunne sandsynliggøre inden for 14 dage, at denne kan og vil etablere og markedsføre en Botex butik i den aktuelle lokation inden for en periode på 6 mdr. Der indbetales et depositum på kr. 50.000, som tilgår BIS såfremt butikken ikke evner at åbne indenfor den aftalte periode.”

Disse bestemmelser er i det væsentlige uændret i samhandelsoverenskomsten af 1. oktober 2016, idet det dog er angivet præcis hvilke postnumre det enkelte medlem er blevet tildelt.

Bestyrelsesreferat

Af referatet af et bestyrelsesmøde i BIS A.M.B.A. afholdt den 17. november 2015 fremgår under punktet ”Evt.” bl.a.:

” [redacted] indehaver af Botex Fredericia, Vejle og Vejen,] deltog ikke i den efterfølgende del af mødet, som omhandlede beskyttelse af områder:

På baggrund af den konkrete sag fra Vejle, hvor en ny interessent har meldt sig på banen, blev det diskuteret, hvordan det håndteres, at et medlem blokerer for andres markedsføringsområder.

Det blev besluttet at bede [REDACTED] lave en plan over tiltag, der kan rette op på forretningen i Vejle i løbet af de næste 12 måneder. [REDACTED] blev umiddelbart efter mødet briefet om denne beslutning samt om, at en ny forretning åbner i Storcenter Nord i Århus.

Denne beslutning er efterfølgende ændret til:

- Bestyrelsen har besluttet der skal udarbejdes planer for en butik nr 2 i Aarhus med åbning i løbet af 2016
- Butik nr 2 skal så vidt muligt ses i en sammenhæng med den eksisterende butik
- I samarbejde med [REDACTED] skal der inden udgangen af marts 2016 laves en handleplan for optimering af den eksisterende butik, etablering af butik nr 2, og evt. samarbejdsrelationer mellem de 2 butikker

[REDACTED] stiller sig til rådighed som sparringpartner for [REDACTED] og for kædekontoret i forbindelse med udarbejdelse af handlingsplanen.”

Mailkorrespondance vedrørende Botex Odense og Botex Fredericia i perioden 26. september-29. oktober 2016

Af mailkorrespondance mellem [REDACTED], direktør for bl.a. Botex Odense og [REDACTED] og [REDACTED], indehaverne af bl.a. Botex Fredericia, den 26. og 29. september 2016 fremgår bl.a.:

”Kære [REDACTED]

...

Vedr. Middelfart og Fredericia.

Middelfart er vores distrikt og vi markedsfører os hver uge i de lokale aviser, radio, biograf m.v.

En gang om måneden sendes Middelfart aviserne også ud i Fredericia og omvendt (Fredericia ud i Middelfart). Jeg har opsagt den del af vores annonceaftale, så vi ikke længere annoncerer i jeres område. Endvidere har jeg opsagt vores aftaler med Fredericia biograf, radio og boligmesse så vi ej heller annoncerer der fremadrettet.

Vil gerne vi begge er meget obs på hvordan vi krydser broen, så ikke vi markedsfører os i hinandens distrikter.

...

Med venlig hilsen

[REDACTED]”

”Kære [REDACTED]

Jf. nedenstående mail som er jer tilsendt tidligere på ugen, har jeg desværre i dag konstateret at i trods min skrivelse har valgt at indrykke ½ side annoncering i lokalavisen som er udsendt d.d. i Middelfart.

Dette vil jeg gerne præcisere, jeg på ingen måde vil acceptere og i så fald i vælger ikke at følge og overholde de områder, vi hver især har fået tildelt, anmoder jeg om et møde med [kædedirektøren], kædekontoret og repræsentanter fra bestyrelsen.

Jeg har trukket vores annoncering ud af Fredericia, nu hvor i har åbnet butik lokalt i Fredericia. Så jeg forstår simpelthen ikke jeres beslutning om, fra dag et at gå ind i en andens område !.

Middelfart har været vores område siden "Botex Middelfart" lukkede d. 1 februar 2013 og jeg tænker ikke det er jer muligt at overtage dette område uden min accept.

Jeg har vedhæftet jeres annoncering samt et par af de annoncer som vi har med hver 14 dag i div. Middelfart lokalaviser...

Ser frem til at hører fra jer.

Med venlig hilsen

██████████"

Herefter henvendte ██████████ sig til ██████████, som skulle tiltræde som kædedirektør for Botex kort tid efter. ██████████ henvendelse er ikke fremlagt i sagen. Af mail af 3. oktober 2016 fra ██████████ på vegne af ██████████ til Botex' bestyrelse fremgår bl.a.:

"Kære bestyrelse

...

Når jeg så skriver til jer allerede nu, er det fordi jeg har modtaget en henvendelse fra ██████████ [direktøren for Botex Odense, Hellerup og Viborg-Bjerringbro] omkring ██████████ [indehaveren af Botex Fredericia, Vejle og Vejen] markedsføring i Middelfart, som ██████████ opfatter som sit område. Jeg vil nødigt, inden jeg overhovedet er startet, tage en så stor vigtig beslutning alene, så jeg har valgt at høre jer i forhold til problemstillingen. Jeg ridser lige op hvad det handler om.

██████████ har valgt at markedsføre sin åbning i den ugeavis der hedder Elbobladet, som er det eneste medie der virker suverænt bedst i Fredericia området. ██████████ fortæller at han ikke var opmærksom på at bladet udkom i Middelfart, men tilkendegiver overfor ██████████ at han vil bede dem undlade annoncerne i de aviser der omdeles i Middelfart. Hans problem er bare at det ikke er muligt – Elbobladet går altid til Middelfart og der findes ikke mulighed for segmentering i distributionen. ██████████ alternativer er en lille lokalavis, som ikke har nær den appeal til befolkningen som Elbobladet, alternativt Fredericia Dagblad som er en købeavis, som i øvrigt er meget dyrere at markedsføre sig i.

■■■■ siger til mig at han er nødt til at bruge Elbobladet hvis han skal have gang i butikken, alternativt kan han blive nødt til at trække butikken ud af Botex og markedsføre sig under butikens gamle navn "Hauge Miljø", som i øvrigt står på ruderne i dag.

De postnumre der er defineret som ■■■■ markedsføringsdistrikt er alle vest for Lillebælt. ■■■■ har således ikke fået tilladelse til at markedsføre sig i Middelfart, men er altså i gang med det, fordi Elbobladet altid udkommer i byen.

■■■■ har sendt en mail, hvori hun klager over ■■■■ markedsføring i det område som hun mener at have ret til og har markedsført sig i over en længere periode. ■■■■ markedsførte sig også i Fredericia i Elbobladet, men har trukket sig fra dette efter ■■■■ opstart. ■■■■ kan markedsføre sig lokalt i Middelfart i Elboladet en gang om måneden, uden at det generer ■■■■, idet der denne vej godt kan opdeles denne ene gang om måneden fra Elbobladets side.

Jeg ved fra kædekontoret at den oprindelige accept af ■■■■ markedsføring i Middelfart var baseret på et fremtidigt ønske om at etablere en butik i Middelfart og at det derfor meget naturligt at komme tidligt i gang med at blive synlig.

Jeg har foreslået at man lavede en fælles markedsføring i området og lod kunderne selv afgøre hvor de kører hen, men det vandt ikke umiddelbart gehør.

Til orientering er der 43 km fra Odense til Middelfart centrum og 13 km fra Fredericia.

Så mit spørgsmål til jer er, hvad I mener der er den rigtige beslutning her? Jeg håber at I kan vende hurtigt tilbage med et svar, da jeg ved at ■■■■ har til hensigt at gennemføre annonceringen igen i denne uge.

Fremadrettet er det selvfølgelig min opgave at løse denne slags konflikter, men jeg vil gerne at I gør det denne ene gang på kædens vegne. Jeg er sikker på at I kan forstå behovet for jeres mening i denne konkrete sag.

Omkring fremtiden, vil jeg allerede på førstkommende bestyrelsesmøde fremlægge en plan for, hvordan vi så vidt muligt undgår episoder som denne når vi fremover åbner nye Botex butikker.

...

Med venlig hilsen / Grüssen / Regards

■■■■
Kædedirektør"

Den 4. oktober 2016 sendte ■■■■ en mail til bestyrelsen, hvoraf fremgår bl.a.:

"Kære bestyrelse"

Til orientering.

Har jeg i går talt med [REDACTED] (Hauge Miljø) og vi er begge enige om fælles annoncering ikke er muligt i Middelfart. Han er interesseret i markedsføring som fokuserer på det Hauge Miljø er kendt for nemlig udstyr og jeg ønsker Botex annoncering hvor kunderne kan booke gardin-konsulenten eller besøge Fyns største gardin og solafskærmnings udstilling.

Endvidere vil jeg gerne stille jer spørgsmålet: Kan i som bestyrelse overhovedet omstøbe den tildeling Botex kæden i 2013 gav mig da Botex Middelfart lukkede ned. Jeg har Middelfart området både hvad angår markedsføring og gardinbus opmålinger, så kan simpelthen ikke forstå hvordan nedenstående beslutning overhovedet kan tages op til diskussion.

Føler rent faktisk det lige pludselig bliver min virksomhed som "taber" fordi [REDACTED] ikke har orienteret og rådført sig med Botex kæden inden han køber butikken i Fredericia. Et køb han rent faktisk foretog uden kæden/bestyrelsen var bekendt med !!!.

Kan i huske hvordan vi blev orienteret om [REDACTED] køb af Hauge Miljø - hvis ikke så får i lige en kopi af hans mail:

Mail modtaget d. 100216

Kære Bestyrelse

Det er os en glæde at kunne meddele jer, at vi har købt butik Hauge Miljø i Fredericia pr. dags dato.

Nærmere info vedr. overtagelse samt åbning følger men hermed et nyt medlem til kæden.

God vinterferie til jer alle!

Med venlig hilsen

[REDACTED]

Med venlig hilsen

[REDACTED]"

Af en mail af 10. oktober 2016 fra [REDACTED], indehaver af Botex Fredericia, Vejle og Vejen, til [REDACTED] med kopi til bestyrelsen og kædedirektøren fremgår bl.a.:

"Hej [REDACTED]

Vi har konstateret at du forsat annoncerer i Panorama Fredericia idet der i fredags den 7. oktober 2016 var reklame fra dig???

Det står vi noget uforstående overfor, idet vi sendte en mail til bestyrelsen den 10. februar 2016 hvori vi orienterede om, at vi havde købt Hauge Miljø og at den ville blive en Botex butik på lige fod med vores øvrige butikker.

Der er nu gået fra den 10. februar til den 7. oktober 2016.

Som anført i din mail nedenfor ”Jeg har trukket vores annoncering ud af Fredericia, nu hvor i har åbnet butik lokalt i Fredericia.” har vi svært ved at se hvordan dette hænger sammen.

Vi forventer besvarelse af denne mail hurtigst muligt.

Med venlig hilsen
Botex Hauge Miljø ApS

██████████”

Som opfølgning på bl.a. denne mail anførte kædedirektør ██████████ i en mail til ██████████
██████████ den 24. oktober 2016 følgende:

”Hej ██████████

Tak for sidst.

Jeg vender tilbage med referat fra bestyrelsesmødet i morgen, men kom lige til at blive i tvivl omkring biograf reklamen i Fredericia og skal lige sikre mig at du har stoppet den på nuværende tidspunkt? Bekræft venligst – på forhånd tak.

Jeg vil i morgen lave et skriv til ██████████ omkring accepten af at han markedsfører sig i Elbobladet, som også kommer ud i Middelfart.

Vi tales ved.

Med venlig hilsen / Grüßen / Regards

██████████
Kædedirektør”

Den 29. oktober 2016 sendte kædedirektør ██████████ en mail til ██████████ og ██████████ med kopi til kædeselskabets regnskabschef, ██████████. Af mailen fremgår bl.a.:

”Hej ██████████

Undskyld jeg er lidt sent ude med denne skriftlige bekræftelse, men jeg har haft lidt fart på her de første 2 uger i jobbet.

Markedsføring i lokalavis:

Som jeg nævnte for dig i telefonen ██████████, så skal I selvfølgelig have mulighed for at udsende annoncer i den lokale avis og I afgør selv hvilken af de 2 lokalaviser I vil markedsføre jer i. (ElboBladet eller Fredericia Lokalavis). Jeg har tidligere boet i Fredericia i mange år og vil klart anbefale jer at bruge ElboBladet – det er den bedste af de 2.

Omkring Odenses markedsføring i den lokale biograf i Fredericia, så stopper dette pr. 31.10.2016.

Når sagen har trukket lidt ud, er det fordi jeg mener der er noget uklarhed omkring markedsområder og distribution, så jeg valgte at sammenkalde bestyrelsen i sidste uge. Vi er som kæde nødt til at få beskrevet disse områder mere præcist og det arbejde vil jeg kaste mig over sidst på året, så vi kan have en plan som vi kan få sat i gang i det nye år.

Når ikke tingene er skrevet ned præcist nok, så opstår unødvendige konflikter mellem kædens medlemmer og det er det mest ødelæggende for en frivillig kæde. Jeg tror I er enige i dette.

....”

Mailkorrespondance af 8.-11 juni 2018 angående Botex' hjemmesides henvisning til henholdsvis Botex Odense og Botex Fredericia

Af mail af 8. juni 2018 fra administrationschefen i Botex Odense, [REDACTED], til kædedirektør [REDACTED] med emnefeltet ”Find butik, ny hjemmeside” fremgår:

”Hej [REDACTED]

Når jeg søger på Fyn på den nye hjemmeside, så kommer Fredericia også?
Kan du hjælpe med at det bliver rettet?

Med venlig hilsen

[REDACTED]”

Af [REDACTED] svar af s.d. fremgår bl.a.:

”Hej [REDACTED]

Tak for sidst.

Når Fredericia popper op, er det fordi konfiguratoren er sat op så den viser de 3 nærmeste byer i forhold til kundens bopæl.

...

Med venlig hilsen / Grüßen / Regards

[REDACTED]
Kædedirektør”

Administrationschefen fulgte op på mailen til [REDACTED] senere samme dag med kopi til [REDACTED] [REDACTED]. Af mailen fremgår bl.a.:

”...

Jeg svarede [REDACTED] lige før du skrev, da jeg der fik en tilbagemelding fra min konsulent.

Mht. kortet, så kommer der 4 butikker op når jeg søger på Fyn, og ikke de tre nærmeste. Og alt andet lige, så er Fyn vel vores område, når det også er os der markedsfører os i 5000-post-numrene. Hvis Jeg f.eks. søger på Nørre Aaby på Fyn, så kommer kun Fredericia frem. Så hverken Odense, eller de tre nærmeste, som du kan se herunder. Prøv evt. at søge på Assens, så får du fra Slagelse til Vejle.

Jeg har lige tilføjet [REDACTED] i cc igen, så hun er med i loop.

Mvh.

[REDACTED]”

[REDACTED] besvarede mailen samme aften med kopi til Botex’ marketingschef [REDACTED]

[REDACTED] og webdesigner [REDACTED]. Af mailen fremgår følgende:

”Hej igen

Der er noget der virker uhensigtsmæssigt i konfiguratoren. Får vi kigget på så hurtigt som muligt, ved ikke om vi kan gøre det inden mandag, men vi prøver.

I har ikke hele Fyn, men har fået lov at markedsføre jer i Vestfyn. Området tilhører Middelfart, hvor [REDACTED] på et tidspunkt ville åbne en butik.

Men princippet med busserne er at den skal vise kunden de 3 nærmeste, ud fra afstand og den der er nærmest er den der står øverst. Så ret beset vil en søgning i Middelfart vise Fredericia som nærmeste butik, hvilket jo er korrekt.

Hvis du søger på 4220 Korsør, så figurerer Nyborg som 2. Mulighed.

Vi får løst problemet hurtigst muligt. Tak for feed back og Go weekend.

Dbh

[REDACTED]”

Af mail af 11. juni 2018 fra administrationschef i Botex Odense, [REDACTED], til direktøren for Botex Odense, [REDACTED], fremgår:

”Hej [REDACTED]

Jeg kan se at [REDACTED] ikke har dig i cc på sin seneste mail heller.

Som jeg læser hans svar, så får vi ikke opmålinger fra Vestfyn, da Middelfart og omegn ikke hører med til vores område.

Det strider imod den opfattelse jeg har haft, men vi kan lige tage en snak om det når du er på kontoret/over telefonen.

Mvh.

██████”

Mail fra kædedirektøren angående konkret tryksag fra Botex Viborg-Bjerringbro

Af mail af 3. december 2019 fra kædedirektør ████████ til ████████, indehaver af Botex Viborg-Bjerringbro, fremgår bl.a.:

”Hej ██████

Jeg har modtaget vedhæftede billede, som viser en tryksag I har lavet (? går jeg ud fra). Tryksagen er set i en lang række nybyggede lejligheder der er beliggende i Vejle.

Der er 2 problemstillinger i denne tryksag:

1. Den er distribueret i et område som tilhører et andet botex medlem, hvilket ikke er tilladt, som du jo er bekendt med jvfr. din overenskomst med BIS AmbA.
2. Den er underskrevet fra:
 - * Botex Viborg
 - * Botex Randers ?
 - * Botex Silkeborg ?

Mig bekendt ligger der ikke nogen mundtlig eller skriftlig aftale om at du må skrive Randers og Silkeborg på din markedsføring – er det modsatte tilfældet vil jeg bede dig sende dokumentation herpå.

Jeg vil rigtig gerne lige opdateres på hvad der er baggrunden for dette markedsføringstiltag, så jeg håber du kan afse tid til at smide mig en mail med dine kommentarer.

Hvis du ønsker vi skal vende den over telefonen først er det okay med mig. Jeg er desværre optaget resten af dagen idag, men er i bilen fra kl 8 – 11 og også senere på dagen i morgen.

På forhånd tak.

Med venlig hilsen / Grüßen / Regards

██████
Kædedirektør”

Det fremgår af sagen, at ████████ s.d. videresendte mailen til ████████.

Mailkorrespondance af 18. august 2020 om online markedsføring

Som opfølgning på en telefonsamtale anførte kædedirektør [REDACTED] i en mail af 18. august 2020 til [REDACTED] med emnefeltet "Markedsområde" bl.a.:

"Hej [REDACTED]

Tak for snakken i telefonen.

Som nævnt i telefonen taler vi om "det naturlige" markedsområde og når jeg så ser på hvor du sendte tryksager ud, så er min vurdering at følgende er de postnumre, som tilhører dig:

8800 Viborg 24.148 husstande
8850 Bjerringbro 5.343 husstande
8331 Løgstrup 1.371 husstande
8830 Tjele 3.954 husstande

Samlet bliver det 38.816 husstande i dit område.

Jeg refererer til pkt. 7.8 i overenskomsten. Her tales om tryksager, men jeg skønner at med den udvikling vi har set i markedsføringen, kan dette overføres direkte til online markedsføring, såsom AdWords, boost på Facebook etc.

Som vi aftalte tager du fat i Luxaflex og får korrigeret området i deres boost, så det efterlever ovenstående.

Kopi af mail er sendt til [REDACTED]

Med venlig hilsen/ Grüssen / Regards

[REDACTED]
Kædedirektør"

Af [REDACTED] svar af s.d. med kopi til [REDACTED], indehaver af Botex Skive, fremgår bl.a.:

"Hej [REDACTED]

Tak for det fremsendte...

Du skriver "naturlige"

Jeg skal bare lige have det på det rene ... er det frit for mig at gå så langt ud på facebook som jeg gør idag, eller er det et krav fra kæden at Jeg kun går ud i de postnummer som beskrevet i nedenstående mail?

Mvh [REDACTED]
Botex Viborg-Bjerringbro"

Som svar herpå fremgår af [REDACTED] mail af s.d. til [REDACTED] med kopi til [REDACTED] [REDACTED] bl.a.:

”Hej [REDACTED]

På Facebook skelner vi jo mellem almindelige opslag og delinger af samme. Dem kan vi på ingen måde styre og det er derfor helt ok, uanset hvor de lander.

Når vi taler betalt markedsføring hvor der defineres et konkret område, så ja det er det område du må lave betalt markedsføring med botex som afsender.

Håber det giver dig klarhed.

Med venlig hilsen/ Grüssen / Regards

[REDACTED]
Kædedirektør”

Det fremgår af sagen, at [REDACTED] s.d. videresendte mailen til [REDACTED].

Meddelelse om betænkeligheder

Den 23. oktober 2020 udstedte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en meddelelse om betænkeligheder til Botex.

Den 10. november 2020 modtog styrelsen Botex’ bemærkninger til meddelelsen om betænkeligheder. Heraf fremgår bl.a.:

”BIS er enig i, at vedtægter og overenskomster kan fortolkes som værende i strid med konkurrencelovens regler, som anført af Konkurrencestyrelsen.

Såvel vedtægt som overenskomster er under revision, jf. nærmere herom nedenfor og vil blive ændret – i hvert fald på de punkter som er påpeget af Konkurrencestyrelsen.

...

Enkelte kommentarer til de konkrete klagepunkter:

...

Vedtægten omhandler indholdsmæssigt kun de historisk forældede regler omkring fysiske butikker og andre lokationer.

Webshops – egne eller den centrale webshop - og markedsføring på nettet er ikke omtalt.

Det er imidlertid korrekt, at BIS - af hensyn til Botex-kædens egen webshop og de to egne brands Svøb og Carat – har anmodet medlemmerne om at afstå fra at markedsføre disse produkter på medlemmernes egne webshops. Dette har ikke været for at begrænse konkurrencen, men i stedet for at opnå optimal søgeoptimering på nettet og dermed forbedre markedsføringen på nettet – og dermed grundlæggende til gavn for forbrugerne.

Det har aldrig været tanken at hindre konkurrencen – tværtimod har det været tanken at øge markedsføringen og konkurrencen via den centrale Botex web-shop.

Isoleret set er et markedsføringsforbud via egne webshops en overtrædelse af konkurrencelovens regler og vil derfor heller ikke blive medtaget i den kommende vedtægt eller overenskomst. Det er korrekt, at et medlem er blevet anmodet om at afstå fra markedsføring af de 2 egne brands fra hendes egen web-shop, som ikke er en Botex-webshop (da den ejes af BIS). Dertil skal her nævnes, at der aldrig har været et forbud mod, at hun helt frit kunne markedsføre og sælge disse 2 produkter lokalt fra hendes egne fysiske Botex butikker og lokationer.

I forhold til begrænsningen i markedsføringsbestemmelsen har grundtanken i overenskomsten været, at den enkelte butik har haft pligt til at markedsføre sig i det distrikt, hvor den fysiske butik er beliggende. Der har været et ønske om, at man ikke skal markedsføre sig derudover. Derfor også bestemmelsen om, at man kan få tilladelse til at udsende et mindre oplag end 15.000 husstande.

Derimod har der aldrig været et forbud mod, at de enkelte Botex-butikker må sælge produkter udenfor egne distrikter.

I tilknytning dertil nævnes her, at alle medlemmer har ”rullende” gardinbusser og derfor har hele Danmark som sit ”salgsområde”.

Det ligger derfor som en grundlæggende forudsætning i vedtægten og overenskomsterne, at den enkelte Botex-butik har ret til at sælge alle produkter fra BIS - i hele Danmark.

Medlemmerne har kort sagt ”frit slag” med hensyn til at konkurrere med - og mod - hinanden.

Denne indbyrdes konkurrence mellem medlemmerne er ikke reguleret af hverken vedtægt eller overenskomst.

Det ændrer ikke ved, at markedsføringsforbuddet i andre medlemmers distrikter i pkt. 7.8 er i strid med konkurrenceloven, og denne bestemmelse bliver slettet i de nye overenskomster.

BIS har anmodet et medlem om at afstå fra at markedsføre sin butik udenfor det dedikerede markedsføringsdistrikt.

Dette var særligt begrundet i det forhold, at markedsføringen signalerede, at den omfattede 3 fysiske butikker i 3 navngivne byer i Jylland.

2 af disse butikker i 2 navngivne byer findes ikke i Botex-kæden og var derfor vildledende.

Denne markedsføring blev påtalt overfor det pågældende medlem, som ophørte med denne markedsføring.”

Den 17. november 2020 deltog Botex i et møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor Botex uddybede ovenstående bemærkninger.

Forløbet op til Konkurrencerådets afgørelse

I mail af 18. februar 2021 til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har Botex anført bl.a., at man skønner, at Botex og andelshaverne havde en samlet omsætning på ca. ■■■ mio. kr. i 2020 indenfor de relevante produktgrupper. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beregninger svarer det til en samlet markedsandel på [0-5 pct.] på detailmarkedet for boligtekstiler i Danmark.

Den 18. august 2021 udstedte Botex en ny samhandelsoverenskomst for Botex (”Retningslinjer for samhandel i Botex-kæden”). Heraf fremgår bl.a., at medlemmerne selv bestemmer hvordan, hvor og hvornår, de vil markedsføre sig. Der fremgår ingen bestemmelser om markedsføringsdistrikter.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte en klagepunktsmeddelelse i høring hos Botex den 10. februar 2022.

Botex afgav sit høringssvar den 25. marts 2022. I forbindelse hermed fremlagde Botex en visuel oversigt over gardinleverancer for en række Botex-butikker, herunder Botex Holstebro og Botex Horsens i perioden 1. januar 2019 til 31. december 2019, Botex Frederikshavn og Botex Skive i perioden 1. januar 2019 til 31. december 2021, Botex Vejle, Botex Fredericia og Botex Vejen (samme ejer af alle tre butikker) i perioden 2. september 2019 til 31. december 2019 samt Botex Skive og Botex Viborg (samme ejer af begge butikker siden januar 2021) i perioden 2. januar 2019 til 31. december 2021. Af oversigterne ses bl.a., at de enkelte butikkers gardinleverancer ikke har været begrænset til de postnumre, som er anført i pkt. 7.8 i samhandelsoverenskomsten af 1. oktober 2016.

Botex havde foretræde for Konkurrencerådet den 25. maj 2022.

Den 22. juni 2022 udstedte Konkurrencerådet sin afgørelse om markedsdeling i Botex. Afgørelsen blev meddelt Botex den 1. juli 2022.

Den 26. august 2022 indbragte Botex afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Retsgrundlag

Konkurrencelovens § 6, stk. 1-3, lyder bl.a.:

”Det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Stk. 2. Aftaler efter stk. 1 kan f.eks. bestå i

...

3) at opdele markeder eller forsyningskilder,

...

Stk. 3. Stk. 1 gælder også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.”

Artikel 101, stk. 1, litra c, i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) lyder:

”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:

...

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

...”

På tidspunktet for Konkurrencerådets afgørelse af denne sag forelå Europa-Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler fra 2011 (2011/C 11/01).

Efter endt skriftveksling for Konkurrenceankenævnet er disse retningslinjer den 21. juli 2023 blevet erstattet af Europa-Kommissionens seneste retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2023/C 259/01).

Retningslinjerne fra 2023 viderefører i det væsentlige de principper fra retningslinjerne fra 2011, som er relevante for vurderingen af den foreliggende sag.

I retningslinjerne fra 2023 hedder det bl.a.:

”1. Indledning

1.1. Retningslinjernes formål og struktur

1. Disse retningslinjer erstatter retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler fra 2011. De har til formål at skabe retssikkerhed ved at bistå virksomhederne i vurderingen af, om deres horisontale samarbejdsaftaler er forenelige med EU's konkurrenceregler, og samtidig sikre en effektiv beskyttelse af konkurrencen. De har også til formål at gøre det lettere for virksomheder at samarbejde på måder, der er økonomisk ønskværdige, og dermed f.eks. bidrage til den grønne og den digitale omstilling og til at fremme det indre markeds modstandsdygtighed.

2. I disse retningslinjer fastsættes principperne for, hvordan horisontale samarbejdsaftaler og samordnet praksis vurderes efter artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (»artikel 101«), og de skaber et analysegrundlag for at fremme selvevaluering af de mest almindelige former for horisontale samarbejdsaftaler...

...

6. Horisontale samarbejdsaftaler kan omfatte flere forskellige trin i samarbejdet, f.eks. FoU og produktion eller markedsføring af FoU-resultaterne. Sådanne kombinerede samarbejdsaftaler er også omfattet af disse retningslinjer. Når disse retningslinjer anvendes ved vurdering af sådanne kombinerede aftaler, vil alle kapitler, der vedrører de forskellige faser i samarbejdet, normalt være relevante. Ved vurderingen af, om en bestemt adfærd anses for at have konkurrencebegrænsende formål eller virkninger, gælder det, der er beskrevet i kapitlet vedrørende den del af det kombinerede samarbejde, der kan betragtes som hele samarbejdets »tyngdepunkt«.

7. Ved fastlæggelsen af tyngdepunktet for sådanne kombinerede samarbejdsaftaler er især følgende to faktorer relevante: for det første udgangspunktet for samarbejdet og for det andet de forskellige kombinerede funktioners integrationsgrad...

8. Tyngdepunkttesten gælder kun for forholdet mellem kapitlerne i disse retningslinjer, ikke for forholdet mellem gruppefritagelsesforordningerne. Anvendelsesområdet for en gruppefritagelsesforordning er fastsat i bestemmelserne deri (se kapitel 2 om gruppefritagelsesforordningen for FoU-aftaler og kapitel 3 om gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler). Eksemplerne i kapitel 7 giver et fingerpeg om, hvor tyngdepunktet for en kombineret horisontal samarbejdsaftale kan være, men det er i praksis nødvendigt at foretage en specifik analyse på grundlag af de konkrete juridiske og økonomiske forhold, der gør sig gældende for den enkelte aftale.”

I retningslinjerne (2023/C 259/01) hedder det herudover bl.a.:

”4. Indkøbsaftaler

4.1. Indledning

273. Dette kapitel indeholder retningslinjer for vurderingen af aftaler om mere end én virksomheds fælles indkøb af produkter. Fælles indkøb indebærer sammenlægning af indkøbsaktiviteter og kan gennemføres på forskellige måder, herunder gennem et selskab, der kontrolleres i fællesskab, gennem et selskab, hvor virksomhederne har ikke-kontrollerende kapitalandele, gennem en andelsforening, ved en aftale eller løsere former for samarbejde, f.eks. hvor én repræsentant forhandler eller foretager indkøb på vegne af flere virksomheder (under ét benævnt »fælles indkøbsordninger«).

274. Der findes fælles indkøbsordninger inden for en række forskellige økonomiske sektorer. De kan fastsætte, at medlemmerne skal foretage fælles indkøb, eller de kan være begrænset til fælles forhandling af købspriser, dele af købsprisen eller andre vilkår og betingelser med en leverandør, således at de faktiske købstransaktioner indgås individuelt af hver part på grundlag af de i fællesskab forhandlede priser og/eller vilkår og betingelser. Når der i dette kapitel henvises til fælles indkøb, omfatter dette både fælles indkøb og fælles forhandlinger om (dele af) købspriser eller andre vilkår og betingelser. En fælles indkøbsordning kan også omfatte yderligere aktiviteter såsom fælles transport, kvalitetskontrol og oplagring, så man undgår dobbelte leveringsomkostninger. Afhængigt af sektoren kan køberne forbruge de fælles indkøbte produkter eller anvende dem som input til deres egne aktiviteter, som f.eks. i forbindelse med energi eller gødning. Alternativt kan køberne videresælge produkterne, f.eks. i tilfælde af hurtigt omsættelige forbrugsvarer (f.eks. fødevarer, rengøringsprodukter eller produkter til personlig pleje osv.) eller forbrugerelektronik. Grupper af uafhængige detailhandlere, detailkæder eller detailhandelsgrupper, der foretager fælles indkøb, benævntes ofte »detailhandelsalliancer«.

275. Formålet med fælles indkøbsordninger er normalt at opnå en vis køberstyrke over for leverandører, som de enkelte medlemmer af den fælles indkøbsordning muligvis ikke ville kunne opnå, hvis de handlede hver for sig. En fælles indkøbsordnings køberstyrke kan føre til lavere priser, et større udvalg eller produkter af bedre kvalitet for forbrugerne. Den kan også gøre det muligt for medlemmerne, navnlig mindre virksomheder, at opnå bedre købsbetingelser og dermed forblive konkurrencedygtige på markedet eller markederne i efterfølgende omsætningsled, når de står over for stærke konkurrenter. Virksomheder kan også indkøbe i fællesskab, når det giver dem mulighed for at forebygge mangler eller afhjælpe forstyrrelser i produktionen af visse produkter og dermed undgå afbrydelser i forsyningskæden. Fælles indkøb kan dog også under visse omstændigheder medføre konkurrenceproblemer som beskrevet i afsnit 4.2.3.

276. Fælles indkøbsordninger kan omfatte både horisontale og vertikale aftaler. I disse tilfælde er det nødvendigt at foretage en tottrinsanalyse. For det første skal den eller de horisontale aftaler mellem de konkurrerende virksomheder, der foretager fælles indkøb, eller de beslutninger, der træffes af sammenslutningen af virksomheder, vurderes på grundlag af principperne i disse retningslinjer. Hvis denne vurdering fører til den konklusion, at den fælles indkøbsordning ikke giver anledning til konkurrenceproblemer, er det nødvendigt at foretage en yderligere vurdering for at undersøge de relevante vertikale aftaler mellem den fælles indkøbsordning og de individuelle medlemmer og mellem den fælles indkøbsordning og leverandørerne. Sådanne vertikale aftaler skal vurderes på grundlag af gruppefritagelsesforordningen og de vertikale retningslinjer. Vertikale aftaler, der ikke er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, formodes ikke at være ulovlige, men kræver en individuel vurdering efter artikel 101.

...

5. Markedsføringsaftaler

5.1. Indledning

317. Markedsføringsaftaler vedrører samarbejde mellem konkurrenter om afsætning og distribution af eller salg fremstød for deres substitutionsprodukter. Denne type aftale kan have et vidt forskelligt omfang afhængigt af de markedsføringsfunktioner, som samarbejdet omfatter. I den ene ende af spektret findes den fælles afsætning, der kan føre til en fælles fastlæggelse af alle kommercielle aspekter i forbindelse med salget af et produkt, herunder prisen. I den anden ende findes de mere begrænsede aftaler, der kun vedrører en bestemt markedsføringsfunktion, såsom distribution, eftersalgsservice eller reklamevirksomhed.

...

320. Der bør desuden skelnes mellem aftaler, der kun vedrører fælles markedsføring, og aftaler, hvor markedsføringen er knyttet til en anden type samarbejde på markedet i det foregående omsætningsled, såsom fælles produktion eller fælles indkøb. Når markedsføringsaftaler, som omfatter flere forskellige trin i samarbejdet, analyseres, er det nødvendigt at foretage vurderingen i overensstemmelse med punkt 6-8.”

Endelig fremgår bl.a. følgende også af retningslinjerne (2023/C 259/01) om indkøbsaftaler:

”4.2. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

4.2.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

277. Fælles indkøbsordninger mellem faktiske eller potentielle konkurrenter kan begrænse konkurrencen på indkøbsmarkedet eller -markederne i det foregående omsætningsled og/eller afsætningsmarkedet eller -markederne i det efterfølgende omsætningsled i form af højere priser eller lavere produktion, ringere produktkvalitet eller mindre produktsortiment, eller innovation, markedsdeling eller afskærmning af markedet til skade for andre købere.

4.2.2. Konkurrencebegrænsende formål

278. Fælles indkøbsordninger har normalt ikke et konkurrencebegrænsende formål, hvis de reelt vedrører fælles indkøb, dvs. når to eller flere købere i fællesskab forhandler og indgår en aftale med en given leverandør om et eller flere handelsvilkår for levering af varer til de samarbejdende købere.

279. Der bør sondres mellem fælles indkøbsordninger og indkøbskarteller, der har til formål at begrænse konkurrencen på det indre marked i strid med artikel 101, stk. 1. Indkøbskarteller er aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere købere, som uden at indlede fælles forhandlinger med leverandøren:

- a) koordinerer disse køberes individuelle konkurrenceadfærd på indkøbsmarkedet eller påvirker de relevante konkurrenceparametre mellem dem gennem praksis såsom, men ikke begrænset til, fastsættelse eller koordinering af købspriser eller dele heraf (herunder f.eks. aftaler om fastsættelse af lønninger eller om ikke at betale en bestemt pris for et produkt), tildeling af indkøbsskvote eller opdeling af markeder og leverandører eller

b) påvirker disse køberes egne forhandlinger med leverandører eller deres egne indkøb fra leverandører, f.eks. gennem koordinering af købernes forhandlingsstrategier eller udvekslinger om status for sådanne forhandlinger med leverandører.

280. Hvis køberne handler med leverandører hver for sig (dvs. ikke fører fælles forhandlinger med leverandøren), skal de træffe deres egne indkøbsbeslutninger uafhængigt af hinanden uden at fjerne strategisk usikkerhed indbyrdes gennem aftaler og samordnet praksis med hensyn til deres fremtidige adfærd på markedet. Køberne må ikke først fastsætte en eller flere af købsbetingelserne (pris, mængde, forsyningskilde, kvalitet eller andre konkurrenceparametre) indbyrdes, før hver køber individuelt forhandler med og køber hos leverandøren.

281. Der kan også være tale om et indkøbskartel, når købere aftaler indbyrdes at udveksle kommercielt følsomme oplysninger om deres individuelle indkøbsintentioner eller forhandlinger med leverandører uden for en egentlig fælles indkøbsordning, der på vegne af sine medlemmer samarbejder kollektivt med leverandører. Det drejer sig navnlig om udvekslinger mellem købere om købspriser, de vil betale, (maksimumspriser, minimumsrabatter og andre prisaspekter), andre købsbetingelser, forsyningskilder (både med hensyn til leverandører og områder), mængder og antal, kvalitet eller andre konkurrenceparametre (f.eks. tidsplan, levering og innovation).

282. Et indkøbskartel medfører i sagens natur en tilstrækkelig grad af skade på konkurrencen, således at det ikke er nødvendigt at vurdere de virkninger, det kan have. Den vil således, forudsat at den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1. Derfor kræver vurderingen af indkøbskarteller, i modsætning til vurderingen af fælles indkøbsordninger, i princippet ikke en afgrænsning af det eller de relevante markeder, hensyntagen til købernes markedsposition på indkøbsmarkedet i tidligere omsætningsled eller til, om de konkurrerer på afsætningsmarkedet i det efterfølgende omsætningsled. Følgende faktorer gør det mindre sandsynligt, at en indkøbsordning indgået mellem købere vil udgøre et indkøbskartel:

a) Den fælles indkøbsordning gør det klart for leverandørerne, at forhandlingerne føres på vegne af medlemmerne, og at medlemmerne vil være bundet af de aftalte vilkår og betingelser for deres individuelle indkøb, eller at den fælles indkøbsordning indkøber på vegne af sine medlemmer. Dette kræver ikke, at den fælles indkøbsordning afslører medlemmernes identitet, navnlig når der er tale om små eller mellemstore virksomheder, og/eller når de kun står for en begrænset andel af den fælles indkøbsordnings indkøb fra en leverandør. Det er imidlertid ikke leverandørernes ansvar at tage skridt til at finde ud af, om der er tale om en fælles indkøbsordning, f.eks. gennem tredjepart eller medierne. Hemmeligholdelse er imidlertid ikke en betingelse for, at der foreligger et indkøbskartel.

b) Medlemmerne af den fælles indkøbsordning har defineret deres samarbejdes form, omfang og funktion i en skriftlig aftale, således at deres overholdelse af artikel 101 kan kontrolleres efterfølgende og kontrolleres i forhold til den fælles indkøbsordnings faktiske funktion. En skriftlig aftale kan imidlertid ikke alene beskytte ordningen mod konkurrenceretlig håndhævelse.

283. Fælles indkøbsordninger kan også bidrage til eller tjene som redskab til at indgå i et sælgerkartel, dvs. en aftale mellem konkurrenter, der fastsætter salgspriser, begrænser produktionen eller opdeler markeder eller kunder på afsætningsmarkeder i efterfølgende omsætningsled. I så fald kan den fælles indkøbsordning vurderes sammen med kartellet på afsætningsmarkedet i det efterfølgende omsætningsled.

284. En fælles indkøbsordning, der har til formål at udelukke en faktisk eller potentiel konkurrent fra afsætningsmarkedet eller -markederne i efterfølgende omsætningsled, er en form for boykot og har et konkurrencebegrænsende formål. Der bør skelnes mellem horisontale boykotter, som er en aftale mellem købere om ikke at købe fra bestemte leverandører på markedet i det foregående omsætningsled, og vertikale boykotter. Selv om en vertikal boykot under visse omstændigheder kan have et konkurrencebegrænsende formål, er dette generelt ikke tilfældet. F.eks. har en aftale mellem købere om ikke længere at købe produkter fra visse leverandører på grund af særlige produkttegenskaber, produktionsprocesser eller arbejdsvilkår, f.eks. fordi de tilbudte produkter ikke er bæredygtige, og køberne kun ønsker at købe bæredygtige produkter, ikke til formål at begrænse konkurrencen. Vertikale boykotter skal derfor ses i deres retlige og økonomiske sammenhæng for at vurdere deres faktiske eller sandsynlige virkninger for konkurrencen.

4.2.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

285. Fælles indkøbsordninger, hvor igennem indkøbere handler med leverandører i fællesskab gennem ordningen, skal vurderes i deres retlige og økonomiske sammenhæng med hensyn til deres faktiske og sandsynlige virkninger for konkurrencen. Vurderingen skal omfatte de mulige begrænsende virkninger på både det eller de relevante indkøbsmarkeder, hvor den fælles indkøbsordning handler med leverandørerne, og det eller de relevante afsætningsmarkeder, hvor parterne i den fælles indkøbsordning kan konkurrere som sælgere. I denne vurdering vil Kommissionen sammenligne de faktiske eller sandsynlige virkninger af den fælles indkøbsordning på det eller de relevante indkøbs- eller afsætningsmarkeder med hvordan situationen ville være, hvis denne specifikke ordning ikke fandtes.

286. Generelt er det mindre sandsynligt, at fælles indkøbsordninger medfører konkurrenceproblemer, når medlemmerne ikke har markedsstyrke på det eller de relevante afsætningsmarkeder.

287. Visse begrænsninger, som en fælles indkøbsordning pålægger sine medlemmer, kan falde uden for anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1, hvis de er begrænset til, hvad der er objektivt nødvendigt og forholdsmæssigt for at sikre, at ordningen fungerer korrekt og gør det muligt for medlemmerne at udøve deres købekraft over for leverandørerne. Dette kan f.eks. være tilfældet for en bestemmelse, der forbyder medlemmerne at deltage i konkurrerende fælles indkøbsordninger, i det omfang dette ville bringe indkøbsordningens rette funktion og dens købekraft i fare.

4.2.3.1. Relevante markeder

288. Der findes to markeder, som kan blive påvirket af fælles indkøbsordninger: For det første det eller de markeder, der er direkte berørt af den fælles indkøbsordning, dvs. det eller de relevante indkøbsmarkeder, hvor medlemmerne af den fælles indkøbsordning i fællesskab forhandler med eller køber fra leverandører. Og for det andet afsætningsmarkedet/-markederne i

det efterfølgende omsætningsled, dvs. det eller de markeder, hvor medlemmerne af den fælles indkøbsordning hver for sig er aktive som sælgere.

289. Afgrænsningen af de relevante indkøbsmarkeder følger de principper, der er beskrevet i meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked, og er baseret på substitutionsbegrebet, der benyttes til at påvise konkurrencepresset. Det eneste forhold ved indkøbsmarkeder, der adskiller sig fra afsætningsmarkeder er, at substituerbarhed skal fastlægges ud fra et udbuds- og ikke et efterspørgselssynspunkt. Det betyder med andre ord, at leverandørernes alternativer er afgørende for påvisning af det konkurrencepres, som køberne udsættes for. Disse alternativer kunne for eksempel undersøges på grundlag af leverandørernes sandsynlige reaktion på et lille, men varigt fald i den pris, de tilbyder for deres produkter. Når det relevante marked er blevet afgrænset, kan markedsandelen for medlemmerne af den fælles indkøbsordning beregnes på grundlag af værdien eller mængden af medlemmernes køb af de relevante produkter som en andel af den samlede afsætning på det relevante indkøbsmarked.

290. Hvis medlemmerne desuden er konkurrenter på et eller flere afsætningsmarkeder, er disse markeder også relevante for vurderingen. De relevante afsætningsmarkeder afgrænses på grundlag af den metode, der er beskrevet i meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked.

4.2.3.2. Markedsstyrke

291. Der er ikke nogen absolut tærskel for, hvornår det kan formodes, at medlemmerne af en fælles indkøbsordning har markedsstyrke, således at der er sandsynlighed for, at den vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1. I de fleste tilfælde er det dog usandsynligt, at der er tale om markedsstyrke, hvis medlemmerne af den fælles indkøbsordning har en samlet markedsandel på højst 15 % på det eller de relevante indkøbsmarkeder og en samlet markedsandel på højst 15 % på de relevante afsætningsmarkeder. Hvis medlemmernes samlede markedsandel ikke overstiger 15 % på både indkøbs- og afsætningsmarkederne, er det under alle omstændigheder sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt, medmindre ordningen har et konkurrencebegrænsende formål.

292. En markedsandel, der overstiger en af eller begge disse tærskler, betyder ikke uden videre, at den fælles indkøbsordning vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger. En fælles indkøbsordning med en samlet markedsandel, der overstiger denne tærskel, kræver en detaljeret vurdering af dens virkninger på markedet under hensyntagen til faktorer som markeds-koncentration, fortjenstmargener, konkurrencens tæthed, arten af de varer, der er omfattet af indkøbsordningen, og leverandørernes eventuelle modstående sælgerstyrke.

293. Når det skal vurderes, om medlemmerne af den fælles indkøbsordning tilsammen har køberstyrke, er det også relevant at undersøge antallet af forbindelser og deres intensitet mellem konkurrenterne på indkøbsmarkedet. Nogle af de samme medlemmer kan f.eks. også deltage i andre indkøbsordninger.

294. Hvis medlemmerne af den fælles indkøbsordning har en betydelig køberstyrke på indkøbsmarkedet, er der risiko for, at ordningen kan skade konkurrencen i tidligere omsætningsled, hvilket i sidste ende også kan skade forbrugerne i efterfølgende omsætningsled. F.eks. kan udøvelse af fælles køberstyrke betyde, at leverandørernes investeringslyst reduceres, og tvinge leverandører, der ikke har modstående sælgerstyrke, til at reducere sortimentet eller

kvaliteten af de produkter, de producerer. Dette kan få konkurrencebegrænsende virkninger på markedet i foregående omsætningsled, f.eks. dårligere kvalitet, mindre innovation og i sidste ende et suboptimalt udbud. Desuden kan detailhandlerne udøve købermagt og spille leverandørerne ud mod hinanden ved i fællesskab at begrænse produktsortimentet i deres butikker, hvilket i sidste ende skader forbrugerne i efterfølgende omsætningsled.

295. Risikoen for, at en fælles indkøbsordning kan modvirke leverandørers investeringer eller innovation, er større, hvis køberne tilsammen tegner sig for en stor del af de relevante indkøb, navnlig hvis sådanne købere handler med leverandører, der ikke har modstående sælgerstyrke. Sådanne leverandører kan være særligt sårbare over for et fald i fortjenesten, navnlig når de har foretaget specifikke investeringer med henblik på at levere til medlemmerne af den fælles indkøbsordning. Der er mindre sandsynlighed for konkurrencebegrænsende virkninger, hvis leverandørerne har en betydelig grad af modstående sælgerstyrke (hvilket ikke nødvendigvis udgør en dominerende stilling) på indkøbsmarkedet eller -markederne, f.eks. fordi de sælger produkter eller tjenesteydelser, som køberne skal have for at kunne konkurrere på afsætningsmarkederne i det efterfølgende omsætningsled, og som er vanskelige at substituere.

296. Køberstyrken hos medlemmerne af den fælles indkøbsordning kan også bruges til at udelukke konkurrerende købere fra indkøbsmarkedet ved at begrænse deres adgang til effektive leverandører. Sådanne begrænsende virkninger er mest sandsynlige, hvis der kun er et begrænset antal leverandører, og der er adgangsbarrierer på udbudssiden på indkøbsmarkedet.

297. Hvis medlemmerne af en fælles indkøbsordning er faktiske eller potentielle konkurrenter i efterfølgende omsætningsled, kan deres incitament til at konkurrere på prisen på afsætningsmarkedet eller -markederne i efterfølgende omsætningsled reduceres betydeligt, hvis de i fællesskab køber en betydelig del af de produkter, som de konkurrerer om i det efterfølgende omsætningsled. Hvis medlemmerne tilsammen har en betydelig markedsstyrke på afsætningsmarkedet eller -markederne (hvilket ikke nødvendigvis udgør en dominerende stilling), er det for det første mindre sandsynligt, at de lavere købspriser, der opnås ved den fælles indkøbsordning, kommer forbrugerne til gode. Dette er især tilfældet, når konkurrenterne til deltagerne i den fælles indkøbsordning på grund af deres svage markedsstilling har begrænset kapacitet til at konkurrere effektivt på salgsmarkedet. For det andet gælder det, at jo højere den samlede markedsandel for medlemmerne af den fælles indkøbsordning i det efterfølgende omsætningsled er, desto større er risikoen for, at samordning af indkøb i foregående omsætningsled vil føre til samordning af salget i det efterfølgende omsætningsled. Denne risiko er særlig høj, hvis den fælles indkøbsordning begrænser medlemmernes mulighed for (eller fjerner deres incitament til) selv at købe yderligere mængder af input på indkøbsmarkedet. En forpligtelse for medlemmerne til at få dækket alle eller de fleste af deres behov gennem den fælles indkøbsordning med henblik på at sikre en tilstrækkelig stærk forhandlingsposition over for stærke leverandører bør vurderes under hensyntagen til faktorer såsom omfanget (mængden eller andelen af de pågældende indkøb) og varigheden af forpligtelsen og den samlede markedsandel for medlemmerne af den fælles indkøbsordning på det eller de relevante indkøbsmarkeder og afsætningsmarkeder.

298. Hvis medlemmerne af en fælles indkøbsordning imidlertid ikke tilsammen har markedsstyrke eller ikke er aktive på det samme relevante afsætningsmarked (f.eks. detailhandlere, der er aktive på forskellige geografiske markeder og ikke er potentielle konkurrenter), er det

usandsynligt, at den fælles indkøbsordning vil have konkurrencebegrænsende virkninger på afsætningsmarkedet eller -markederne.

4.2.3.3. *Hemmelig samordning*

299. Fælles indkøbsordninger kan føre til hemmelig samordning, hvis de letter samordningen af medlemmernes adfærd på afsætningsmarkeder i efterfølgende omsætningsled, hvor de er faktiske eller potentielle konkurrenter. Dette kan navnlig være tilfældet, hvis markedsstrukturen på afsætningsmarkedet er befordrende for ulovlig samordning (f.eks. fordi markedet er koncentreret og udviser en betydelig grad af gennemsigtighed). Hemmelig samordning er også mere sandsynlig, hvis medlemmerne af den fælles indkøbsordning tilsammen har en høj markedsandel på salgsmarkedet, og ordningen rækker ud over fælles indkøb eller fælles forhandling af købsbetingelser. En sådan hemmelig samordning kan f.eks. fremmes, hvis medlemmerne af ordningen aftaler de mængder, de vil købe gennem ordningen, eller koordinerer tidspunktet for rabatter eller salgsfremstød på det efterfølgende afsætningsmarked og dermed i betydelig grad begrænser konkurrencen mellem dem på afsætningsmarkedet.

300. Hemmelig samordning kan også ske, hvis medlemmerne af den fælles indkøbsordning opnår en meget ensartet omkostningsstruktur gennem fælles indkøb, forudsat at de har markedsstyrke på afsætningsmarkedet, og markedet er præget af forhold, som bidrager til en sådan samordning. Konkurrencebegrænsende virkninger er navnlig mere sandsynlige, hvis parterne har en betydelig del af deres variable omkostninger på afsætningsmarkedet til fælles. Det er f.eks. tilfældet, hvis konkurrerende fabrikanter og sælgere af et endeligt produkt køber en stor andel af deres komponenter i fællesskab. Dette kan også være tilfældet, hvis detailhandlere, der opererer på det eller de samme relevante detailmarkeder, køber en betydelig andel af de produkter, som de videresælger, i fællesskab. Ud over at øge mulighederne for hemmelig samordning efter »hub and spoke«-modellen kan detailhandlere, der er medlemmer af en fælles indkøbsordning, også være mere villige til at skjule prisstigninger fra leverandørernes side, hvis de ved, at disse stigninger også vil gælde for de fleste af deres konkurrenter på afsætningsmarkedet eller -markederne i efterfølgende omsætningsled og dermed kan væltes over på forbrugerne.

301. Gennemførelsen af en fælles indkøbsordning kan kræve udveksling af kommercielt følsomme oplysninger, såsom købspriser (eller dele deraf) og mængder. Hvis den fælles indkøbsordning ikke i sig selv er omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, fordi den har neutrale eller positive virkninger for konkurrencen, er en udveksling af oplysninger, der er accessorisk i forhold til denne ordning, heller ikke omfattet af dette forbud. Dette er tilfældet, hvis udvekslingen af oplysninger er objektivt nødvendig for at gennemføre den fælles indkøbsordning og står i et rimeligt forhold til dens mål. Hvis udvekslingen af oplysninger går ud over, hvad der er nødvendigt for at gennemføre den fælles indkøbsordning, eller hvis udvekslingen i sig selv udgør hovedformålet med samarbejdet, skal vurderingen af udvekslingen ske i overensstemmelse med vejledningen i kapitel 6. Hvis udvekslingen af oplysninger er omfattet af artikel 101, stk. 1, kan den stadig opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3.

302. Udveksling af kommercielt følsomme oplysninger kan gøre det lettere at samordne salgspriser og produktion og dermed føre til hemmelig samordning på afsætningsmarkederne. De afsmittende virkninger af udvekslingen af kommercielt følsomme oplysninger kan f.eks. reduceres til det mindst mulige, hvis oplysningerne indsamles gennem en fælles indkøbsordning, der er etableret som en separat enhed, som ikke videregiver individuelle oplysninger til de

deltagende købere, eller ved at iværksætte tekniske eller praktiske foranstaltninger til begrænsning af adgangen til sådanne oplysninger og beskytte fortroligheden. Medlemmerne af den fælles indkøbsordning kan således benytte clean teams eller have effektive fortrolighedsregler for det relevante personale i den fælles indkøbsordning og dens medlemmer, som fortsat vil finde anvendelse, hvis visse medarbejdere vender tilbage til de enkelte medlemmer af ordningen, eller visse medarbejdere eller medlemmer skifter til en anden fælles indkøbsordning. Desuden bør en virksomheds deltagelse i flere fælles indkøbsordninger ikke føre til konkurrencebegrænsende udveksling af oplysninger eller andre former for koordinering mellem de forskellige indkøbsordninger.

303. I forbindelse med fælles forhandlinger om vilkår og betingelser med leverandører kan en fælles indkøbsordning (dvs. dens medlemmer eller den juridiske enhed, som de opretter) udøve sin købermagt ved f.eks. at true med at opgive forhandlingerne eller ophøre med at købe, medmindre leverandøren tilbyder bedre vilkår og betingelser eller lavere priser. Modparterne i sådanne forhandlinger kan ligeledes true med at ophøre med at forhandle eller levere produkter i deres forhandlinger med køberne.

304. Sådanne kollektive forhandlingstrusler kan anses for at udgøre en integrerende del af den fælles indkøbsordning, hvis de vedrører de varer, der er genstand for forhandlingerne, og er af midlertidig karakter og ophører, når parterne har genoptaget deres forhandlinger eller indgået en aftale. Uden at det berører anvendelsen af strengere nationale love, der forbyder ensidig adfærd eller illoyal handelspraksis, udgør sådanne trusler generelt ikke et konkurrencebegrænsende formål. Eventuelle virkninger for konkurrencen som følge af sådanne trusler vil blive vurderet efter artikel 101, stk. 1, i lyset af de samlede virkninger af den fælles indkøbsordning under hensyntagen til markedsstillingen for de medlemmer, der gennemfører truslerne. Et eksempel på kollektive trusler, der kan anses for at udgøre en integrerende del af en fælles indkøbsordning, vedrører medlemmer af en detailhandelsalliance, der standser ordrer på visse produkter fra en leverandør under deres forhandlinger om vilkårene og betingelserne for den fremtidige levering af disse produkter. Sådanne ordrestop kan medføre, at de produkter, som de enkelte medlemmer af alliancen har udvalgt, bliver midlertidigt utilgængelige i deres butikker, indtil detailhandelsalliancen og leverandøren har aftalt vilkårene og betingelserne for fremtidig leverancer. Sådanne (trusler om) ordrestop vil generelt ikke påvirke konkurrencen mærkbart på det eller de efterfølgende afsætningsmarkeder, hvor detailhandlerne fortsat tilbyder produkter, der er substituerbare for de pågældende produkter, og i det omfang kunderne på afsætningsmarkedet eller -markederne kan købe disse produkter eller substituerbare produkter fra konkurrenter til medlemmerne af den fælles indkøbsordning.”

Parternes argumenter

Botex har for Konkurrenceankenævnet anført bl.a., at Konkurrencerådet ikke har løftet bevisbyrden for, at der foreligger en samordnet praksis, der begrænser eller fordrejer konkurrencen, herunder bevisbyrden for, at der er tale om en ”til formåls”-overtrædelse, jf. TEUF art. 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 4.

Det har ikke været målsætningen med samhandelsbetingelsernes pkt. 7.8 at reducere konkurrencen mellem medlemmerne i Botex. De rent objektive karakteristika af samhandelsoverenskomstens pkt. 7.8 kan heller ikke siges at være sådanne, som generelt er egnet til at begrænse konkurrencen. Botex var i øvrigt i god tro på tidspunktet for vedtagelsen af samhandelsoverenskomsten i foråret 2009, da en ekstern advokat med ekspertise i konkurrenceret udformede overenskomsten. Advokaten påpegede, at aftaler om opdeling af markedsføringsområder var undtaget fra forbuddet i den dagældende konkurrencelovs § 6, allerede i kraft af bagatelgrænsen i samme lovs § 7, og at heller ikke denne aftalebestemmelse derfor kunne give problemer af konkurrenceretlig karakter.

Der er tale om en markedsføringsaftale, hvoraf fremgik, at medlemmerne havde pligt til at deltage i Botex-kædens markedsføringsplan, som et tillæg til bestemmelsens hovedsigte: At koordinere af hvem og hvorledes trykt markedsføring skulle distribueres til husstandene i de forskellige områder af landet. Vedtagelsen af tildeling af markedsføringsområder har bidraget til at sikre effektiv markedsføring for Botex i hele Danmark, og har derfor ført til løbende, relevant information til forbrugere samt konkurrence på markedet.

Forskellen i butikkernes sortiment gjorde, at man var nødt til at udarbejde tre forskellige versioner af alle reklametryksager, baseret på hvilket sortiment den enkelte butik kunne tilbyde forbrugerne. Det blev anset som effektivt og formålstjenligt for alle parter, at forbrugerne i nærområdet modtog relevante tryksager fra den lokale Botex-butik, med reklame for lige præcis det sortiment, denne butik kunne tilbyde – ”fuldsortiment”, ”gardiner” eller ”boligtekstil”. Sortimentsvariationen fra butik til butik gjorde det således særdeles uhensigtsmæssigt at lade alle landets husstande få samme Botex-reklametryksag i brevkassen: I givet fald ville en lang række potentielle kunder kunne føle sig snydt, når den lokale Botex-butik ikke førte de tilbudte varer. Til skade for ikke blot den enkelte Botex-butiks omdømme, men for hele Botex-kædens brand og omdømme.

Med samhandelsoverenskomstens pkt. 7.8 er der blot sket en begrænsning i, hvorledes Botex-medlemmerne kunne markedsføre sig, uden at dette har medført en opdeling af markedet i eksklusive salgsområder el.lign. eller medført begrænsninger med hensyn til medlemmernes valg af kunder, ordrer eller lignende. Derimod har alle Botex-medlemmer været i stand til – og har været opfordret til – at sælge til så mange kunder som muligt. De enkelte Botex-butikker har uden videre kunnet sælge varer uden for de i samhandelsoverenskomstens afgrænsende markedsføringsområder, på

samme måde som alle kunder har kunnet vælge en hvilken som helst Botex-udbyder. Markedsføringen af Botex foregår i øvrigt stort set udelukkende online.

Alle disse forhold undlod Konkurrencerådet at undersøge, fordi man reelt undlod at foretage den påkrævede vurdering af samhandelsoverenskomstens økonomiske og retlige sammenhæng.

De tidligere samhandelsbetingelser blev perioden 2009-2021 i kun to tilfælde søgt fortolket som indeholdende en generel markedsføringsmæssig begrænsning. Der var tale om to enkeltstående tilfælde, hvor samhandelsoverenskomsten ikke af alle parter blev fortolket i overensstemmelse med sin ordlyd: 1) To butikker (Botex Odense og Botex Fredericia) har været uenige om, hvorvidt markedsføring generelt set kunne ske på hinandens områder, og 2) kædedirektøren har i et konkret tilfælde fortolket pkt. 7.8 i samhandelsoverenskomsten til også at omfatte onlinemarkedsføring.

Dette fører ikke automatisk til, at bestemmelsen i den tidligere samhandelsoverenskomst i sig selv udgjorde en vedtagelse om en generel markedsføringsmæssig koordinering. Det er væsentligt at understrege, at Botex aldrig har sanktioneret tilfælde – hverken med bøder eller på anden vis – hvor medlemmer har udsendt reklametryksager uden for deres respektive markedsføringsområder, eller hvor samhandelsbetingelserne er blevet tolket som omfattende alle markedsføringsmæssige tiltag.

Selv i det tilfælde, hvor markedsføringsmæssig koordinering måtte blive anset for at omfatte alle former for markedsføringstiltag, vil dette være omfattet af legalitetsformodningen i pkt. 240 i Kommissionens meddelelse af 14. januar 2011 om retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler ("Kommissionens horisontale retningslinjer")(EUT 2011 C 11/01). Det altovervejende udgangspunkt for sådanne markedsføringsaftaler er, at de ikke anses som konkurrencebegrænsende, hvis aftaleparterne har en begrænset markedsstyrke, hvor parternes samlede markedsandel ikke overstiger 15 %, jf. retningslinjernes pkt. 240. Konkurrencerådet har i sin afgørelse anført, at Botex i årene 2016-2020 har haft en markedsandel på [0-10 pct.]. Botex har således utvivlsomt haft en markedsandel på under 15 % i alle de pågældende år, men Konkurrencerådet ses ikke at have foretaget den nødvendige vurdering i lyset heraf.

Det er i øvrigt en misforståelse, når Konkurrencerådet anfører, at vedtagelsen ikke er omfattet af legalitetsformodningen, fordi den kun finder anvendelse ved vurdering af virkninger af en aftale, og ikke hvis en aftale har til formål at begrænse konkurrencen. Retningslinjerne skal netop belyse, hvilke aftaler, der er konkurrencebegrænsende, herunder hvilke, der som udgangspunkt ikke bliver anset for at udgøre en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, uanset, at legalitetsformodningen er anført under retningslinjernes punkt om ”konkurrencebegrænsende virkninger”.

På denne baggrund gør Botex sammenfattende gældende, at det ikke kan lægges til grund, at der er sket en ”til formåls”-overtrædelse.

Dette understøttes yderligere af EU-Domstolens dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, Budapest Bank, jf. præmis 76 og 79, at der skal foreligge ”pålidelige og solide erfaringer for, at adfærden efter sin art er skadelig for konkurrencen”. Det følger således af EU-Domstolens faste praksis, at det først og fremmest er nødvendigt at tage stilling til aftalens egentlige formål, jf. EU-Domstolens dom af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba, præmis 24. Det understreges da også i Sø- og Handelsrettens dom af 17. maj 2022, jf. dommens side 203, i ”tagpap”-erstatningssagerne, sag BS-9683/2017-SHR, Hydrotec Danmark A/S mod Icopal Danmark ApS og Nordic Waterproofing A/S, BS-9692/2017-SHR, Tag DK A/S mod Icopal Danmark ApS, Nordic Waterproofing A/S, Tagpapbranchens oplysningsråd m.fl., at det skal bevises, at en konkurrencebegrænsning skal være det ”styrende hensyn” bagved aftalen, hvis en aftale skal anses for klart at have til formål at begrænse konkurrencen.

Der skal således foreligge ”solide og pålidelige” erfaringer for, at en adfærd ”efter sin art” anses som værende skadelig for konkurrencen. Der foreligger langt fra sådanne solide og pålidelige erfaringer for, at en markedsføringsaftale som i denne sag efter sin art er skadelig for konkurrencen. Derimod kan markedsføringsaftaler kun i begrænset omfang anses som værende konkurrencebegrænsende, hvorfor der netop gælder en legalitetsformodning for sådanne aftaler.

Herudover er der også i denne specifikke situation tale om et marked, hvor der uanset den pågældende markedsføringsaftale er stor konkurrence mellem alle konkurrenter. Det har Konkurrencerådet imidlertid ikke søgt belyst.

En markedsføringsaftale, som ikke har haft til hensigt at påvirke konkurrencen, som i realiteten ikke har haft en indvirkning på konkurrencen, og som ikke forbyder Botex-medlemmer at handle på hinandens markedsføringsområder, kan derfor ikke uden videre efter sin art anses som værende skadelig for konkurrencen.

Det fremgår ligeledes af Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018, Vejstribe-sagen, at der skal foreligge ”fornøden sikkerhed” for, at et tiltag efter sin karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at der er tale om en ”til formåls”-overtrædelse. Der foreligger ikke sådan fornøden sikkerhed i denne sag. Alle Botex-medlemmer har opnået en markedsføringsmæssig værdi uanset hvilken butik, der har foretaget markedsføringen.

Når det fastslås, at der ikke er sket en ”til formåls”-overtrædelse, skal det normalt undersøges, hvorvidt der er sket en ”til følge”-overtrædelse – dvs. hvorvidt aftalen har haft konkurrencebegrænsende følger på markedet, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-345/14, Maxima Latvija, præmis 17. Ved en ”til følge”-overtrædelse, skal det ligeledes ud fra en kvalitativ og kvantitativ vurdering undersøges, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er mærkbar, hvilket vil komme an på en helhedsvurdering af aftalens betydning for konkurrencen, hvor konkurrenceskadelige virkninger i rimelig grad skal kunne påvises eller sandsynliggøres, jf. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires, præmis 51.

Forskellen mellem de to kriterier er i bund og grund af bevis- og proceduremæssig karakter, jf. bl.a. generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-228/18, Budapest Bank, pkt. 27. Hensigten med sondringen er at bistå konkurrencemyndighederne i den analyse, som skal foretages i henhold til TEUF artikel 101, stk. 13. Der er samme tærskel for at kunne anse en aftale for at være konkurrencebegrænsende efter sit formål eller efter sine følger. På trods af, at det kan være en mere besværlig opgave for myndighederne at bevise, at en aftale har haft konkurrencebegrænsende virkninger, medfører dette ikke en lavere tærskel for, hvad der skal til for at påvise, at en aftale ”i sig selv” har et konkurrencebegrænsende formål. Konkurrencerådet skal således fremlægge ”pålidelige og solide erfaringer” for, at vedtagelsen ”i sig selv” har et konkurrencebegrænsende formål. Alternativet ville medføre betydelige negative konsekvenser for virksomhedernes retssikkerhed.

Konkurrencerådet har ikke foretaget den påkrævede grundige helhedsvurdering, jf. navnlig afgørelsens pkt. 350-351, hvoraf det fremgår, at Konkurrencerådet ikke har fundet det nødvendigt med en selvstændig vurdering af vedtagelsens mærkbarhed, allerede fordi vedtagelsen findes at have haft til formål at begrænse konkurrencen. En tilstrækkelig grundig undersøgelse og vurdering af vedtagelsens mærkbarhed på konkurrencen mellem de enkelte Botex-medlemmer ville hurtigt have ført til at konkludere, at konkurrencen ikke led skade af aftalen om opdeling af den meget begrænsede del af de enkelte butikkers markedsføringsindsats, der måtte kunne være påvirket af aftalen om begrænsninger i husstandsomdelingen af markedsføringsmateriale.

Konkurrencerådet har imidlertid, uden at dette ses understøttet af undersøgelser eller analyser, lagt til grund, at samhandelsoverenskomstens pkt. 7.8 ikke alene havde til formål at virke konkurrencebegrænsende, men også havde til virkning at begrænse konkurrencen mellem Botex-medlemmerne. Der er ikke tilstrækkeligt grundlag for hverken den ene eller den anden konklusion.

Grundlæggende dele af Konkurrencerådets evalueringsproces er foretaget på det forkerte grundlag, fordi Konkurrencerådet alene har foretaget første del af en analyse med to trin, jf. generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-228/18, Budapest Bank, pkt. 41. Der er ikke nogen retlig eller økonomisk grund til at forbyde aftaler, der er ”ude af stand til at medføre skadelige virkninger på markedet”, jf. pkt. 45 i samme udtalelse. Netop en sådan aftale er der tale om her. Det ville ikke give strategisk mening for Botex, hvis ønsket var en konkurrencefordrejning, alene at begrænse medlemmernes adgang til markedsføring gennem tryksager, men ikke gennem andre markedsføringskanaler. Ved online og digital markedsføring har man flere muligheder for mere målrettet og kontinuerlig reklame og informationsdeling, hvor man kan nå ud til mange flere potentielle kunder.

Den vurdering, Konkurrencerådet har foretaget og fremlagt for Konkurrenceankenævnet er mere grundig og mere fyldestgørende end den, der oprindeligt blev foretaget og fremlagt med den påankede afgørelse. Efterfølgende processuelle indlæg, der indleveres i forbindelse med klage til en højere klageinstans, kan imidlertid ikke retfærdiggøre en ufuldstændig vurdering i selve den påankede afgørelse. Botex er således ikke blevet hørt om denne analyse og dens resultater, og har ikke tidligere haft mulighed for at forholde sig til konklusioner, der både er meget vidtgående og ganske uunderbyggede.

Konkurrencerådet skulle således have foretaget en mere indgående og fyldestgørende vurdering af den retslige og økonomiske sammenhæng. Botex er sikker på, at en grundig vurdering af de reelle faktiske omstændigheder tidligere i processen ville have ført til, at myndighederne skulle have vurderet, om der rent faktisk var tale om en "til virkning"-overtrædelse. En vurdering, der i sidste ende ville bevise, at der ikke er tale om, at Botex har overtrådt TEUF artikel 101 eller konkurrencelovens § 6.

Alle Botex-medlemmer har således altid haft hele Danmark som salgsområde, hvad Botex da også gentagne gange har forklaret for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, senest med fremlæggelsen af eksempler på foretagne salg fordelt på geografiske områder for en række butikker, jf. bilag 16 til Konkurrencerådets afgørelse. Konkurrencerådet har imidlertid ikke forholdt sig til faktum, herunder til de fremlagte eksempler på landsdækkende salg fra enkeltbutikker, men synes alene at have ønsket for enhver pris at statuere en konkurrencelovsovertrædelse. Konkurrencerådets afgørelse bygger derfor på antagelser og ikke-underbyggede formodninger.

Det bestrides ikke, at markedsdelingsaftaler, som medfører, at konkurrenter ikke behøver at konkurrere med hinanden, kan foranledige ulemper for forbrugere, såsom højere priser, dårligere kvalitet, dårligere service mv., og således være konkurrencebegrænsende. Det var dog ikke tilfældet i relation til Botex' samhandelsoverenskomst og Botex-medlemmerne imellem. De ulemper for forbrugerne, som potentielt kunne følge af en markedsopdeling, følger på ingen måde af samhandelsoverenskomstens pkt. 7.8, som alene havde til hensigt at koordinere enkelte elementer af medlemmernes markedsføring.

Konkurrencerådet har da også anerkendt, at bestemmelsen ikke forbyder de enkelte Botex-butikker at sælge produkter uden for egne markedsføringsdistrikter, jf. afgørelsens pkt. 330. På trods heraf har Konkurrencerådet vurderet, at den aftalte markedsføringsopdeling udgør en egentlig markedsdeling, og har i relation hertil bemærket, at man vurderer, at aftalen om markedsføring er indgået med henblik på reelt at indføre en geografisk markedsdeling, som skal medvirke til, at medlemmerne ikke behøver at konkurrere med hinanden om kunder, jf. pkt. 331.

Markedsføringsaftalen er på ingen måde indgået for at medvirke til, at medlemmerne ikke behøver at konkurrere med hinanden, og intet understøtter Konkurrencerådets vurdering i relation hertil – heller ikke den refererede mailkorrespondance, som kun vedrører begrænsninger i relation til markedsføring og ikke begrænsninger i relation til medlemmernes muligheder for at foretage egentlige salg.

Konkurrencerådets bemærker i afgørelsen, at Botex' samhandelsoverenskomst er "egnet til at begrænse medlemmernes salg til kunder fra andre medlemmers distrikter ved at forbyde medlemmerne at markedsføre sig frit i hinandens tildelte distrikter," jf. pkt. 339 i afgørelsen. Denne konklusion er ganske ubegrundet og helt forkert. Der har altid været, og er fortsat, væsentlig konkurrence Botex-medlemmerne imellem, og de enkelte Botex-butikker i høj grad har solgt varer til kunder i andre markedsføringsdistrikter, jf. også bilag 16 til Konkurrencerådets afgørelse.

At Konkurrencerådet ikke har tillagt de faktiske handelsmønstre og salgstal nogen vægt, må føre til, at Konkurrencerådets afgørelse ophæves som påstået, subsidiært at sagen hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet, så et tilstrækkeligt oplyst grundlag for en kvalificeret konkurrenceretlig vurdering af vedtagelsen tilvejebringes.

Konkurrencerådet har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at det er med rette, at Konkurrencerådet ved sin afgørelse af 22. juni 2022 har fundet, at der i Botex forelå en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, og at Konkurrencerådet med rette har påbudt Botex at bringe overtrædelsen til ophør, for så vidt dette ikke allerede var sket.

Vedtagelsen i Botex i form af en opdeling af markedet i eksklusive markedsføringsområder for så vidt angår husstandsomdelte reklamer udgjorde en markedsdeling i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra c. Markedsføring via husstandsomdelte reklamer på det i sagen relevante marked var et vigtigt konkurrenceparameter og den i Botex gennemførte opdeling af markedet i eksklusive markedsføringsområder for så vidt angår husstandsomdelte reklamer var egnet til at begrænse konkurrencen.

Det forhold, at Botex eventuelt måtte have været i god tro på det tidspunkt, hvor vedtagelsen blev indgået, ændrer ikke på, at vedtagelsen har til formål at begrænse konkurrencen. I øvrigt var vedtagelsen – efter Konkurrencerådets vurdering – også i 2009 egnet til at påvirke samhandlen mellem medlemsstater mærkbart. Kommissionens bagatelmeddelelse finder ikke og fandt heller ikke i 2009 anvendelse på markedsdelingsaftaler, jf. 2001/C 368/07, pkt. 11, stk. 1, litra c, og 2014/C 291/01, pkt. 13. Bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7 var derfor ikke relevant for vedtagelsen i Botex, ligesom den i øvrigt blev ændret med virkning fra den 1. oktober 2010, hvor der blev indført et ubetinget forbud mod markedsdelingsaftaler.

Vedtagelsen i Botex kan på ingen måde karakteriseres som en markedsføringsaftale omfattet af legalitetsformodningen i pkt. 240 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i TEUF på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01). Ifølge definitionen i retningslinjernes pkt. 225 finder retningslinjernes afsnit 6, herunder pkt. 240, kun anvendelse på aftaler, der ”vedrører samarbejde mellem konkurrenter om afsætning og distribution af eller salg fremstød for deres substitutionsprodukter.” Vedtagelsen i Botex vedrører ikke et ”samarbejde” om afsætning, distribution eller et salg fremstød, men derimod et forbud for medlemmerne i Botex mod at markedsføre sig med trykte reklamer i hinandens distrikter. Følgelig er vedtagelsen i Botex ikke omfattet af definitionen i pkt. 225 og allerede af den grund ikke omfattet af legalitetsformodningen i pkt. 240.

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, sonder mellem aftaler mv., som har til formål at begrænse konkurrencen, og aftaler mv., som ikke har til formål at begrænse konkurrencen, men som har konkurrencebegrænsende virkninger.

Hvis en aftale eller en vedtagelse har et konkurrencebegrænsende formål, er det ikke nødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet, jf. bl.a. Domstolens dom i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 51, dom i sag C-209/07. Det skyldes, at aftalen eller vedtagelsen i så fald på baggrund af dens art i sig selv må betragtes som skadelig for konkurrencen, jf. bl.a. Domstolens dom i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, præmis 50 og den heri nævnte retspraksis.

Det væsentligste kriterium for at afgøre, om en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, er derfor, om vedtagelsen i sig selv må anses for tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.

Ved denne vurdering skal der tages hensyn til vedtagelsens indhold, de målsætninger, der søges gennemført med vedtagelsen og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori vedtagelsen indgår. En nærmere vurdering af indholdet i vedtagelsen, de målsætninger, der søgtes gennemført med vedtagelsen, samt den retlige og økonomiske sammenhæng, som vedtagelsen indgik i, tilsiger, at vedtagelsen i Botex havde til formål at begrænse konkurrencen.

I Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018 2019 (Vejstribesagen) fastslog Højesteret, "... at der for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal 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."

Det følger desuden ikke af SØ- og Handelsrettens dom af 17. maj 2022 i sagerne BS-9683/2017-SHR og BS-9692/2017-SHR i tagpap-erstatningssagerne eller af EU-retspraksis, at Konkurrencerådet skal godtgøre, at "det styrende hensyn" bag vedtagelsen i Botex har været konkurrencebegrænsende, for at vedtagelsen kan have til formål at begrænse konkurrencen. Det følger tværtimod af EU-retspraksis, at en aftale mv. godt kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, selv om aftalen eventuelt også måtte forfølge andre lovlige formål, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 20. november 2008 i sag C-209/07, Beef Industry Development Society Ltd., præmis 21, smh. Domstolens dom af den 6. april 2006 i sag C-551/03, General Motors mod Kommissionen, præmis 64, og Domstolens dom af den 11. september 2014 i sag C-67/13, Groupement des cartes bancaires, præmis 70, som er blevet bekræftet af Domstolen senest i dom af den 2. april 2020 i sag C-228/18, Budapest Bank, præmis 52. I øvrigt anvendte SØ- og Handelsretten og Konkurrenceankenævnet i sin kendelse af 12. september 2018 i tagpap-sagen samme juridiske test, som Højesteret i Vejstribesagen.

Angående det af Botex anførte om generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-228/18, Budapest Bank, bemærkes, at der er tale om et forslag til afgørelse, som er meget konkret begrundet. Der var tale om en sag vedrørende en aftale om multilaterale interbankgebyrer, som er en aftalstype, der over tid var blevet vurderet forskelligt af Kommissionen. Dette er ikke tilfældet i nærværende sag.

Det kan udledes direkte af ordlyden af samhandelsoverenskomstens pkt. 7.8, at hvert medlem af Botex havde en eksklusiv ret til at markedsføre sig i det markedsføringsområde, som medlemmet havde fået tildelt, i hvert fald for så vidt angår husstandsomdelte reklamer.

Det fulgte også af samhandelsoverenskomstens punkt 7.8, at et medlems overtrædelse af sine forpligtelser i henhold til samhandelsoverenskomsten, herunder markedsføring gennem husstandsomdelte reklamer i andre medlemmers område, kunne sanktioneres med en bod og ultimativt ved opsigelse af medlemskab. Det er ikke et krav for at være omfattet af konkurrencelovens bestemmelser i § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF, artikel 101, stk. 1, at vedtagelsen er juridisk bindende for medlemmerne, eller at der i øvrigt er knyttet sanktioner til en manglende opfyldelse af vedtagelsen, men eventuelle sanktioner kan være med til at skærpe den normerende virkning af vedtagelsen.

Det fremgår af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, samt TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, at konkurrencebegrænsende aftaler m.v. kan bestå i ”at opdele markeder eller forsyningskilder.” Erfaringen fra praksis og økonomisk teori viser, at aftaler mv. om markedsdeling blandt konkurrenter har til formål at begrænse konkurrencen, fordi markedsdeling blandt konkurrenter i sig selv må anses for tilstrækkelig skadelig for konkurrencen.

Konkurrencerådet har ved sin afgørelse af 22. juni 2022 vurderet, at der var tale om markedsdeling, fordi den geografiske opdeling af markedet i eksklusive markedsføringsområder for husstandsomdelte reklamer begrænsede den indbyrdes konkurrence mellem Botex-butikkerne, idet medlemmerne af Botex blev begrænset i aktivt at opsøge hinandens kunder, ligesom medlemmernes strategiske valg fx i forhold til prisfastsættelse blev påvirket. Konkurrencerådet bestrider ikke, at vedtagelsen ikke omfattede et decideret forbud for medlemmerne i Botex mod at sælge produkter i andre medlemmers tildelte distrikter.

Muligheden for at kunne markedsføre sig på et marked er generelt set et væsentligt konkurrenceparameter for selvstændige virksomheder. En begrænsning i Botex-butikkernes muligheder for at markedsføre sig via fysiske/trykte reklamer hindrede forbrugernes adgang til information og dermed deres muligheder for at sammenligne de enkelte Botex-butikker på parametre som pris og kvalitet. Samlet kan en begrænsning i muligheden for at markedsføre sig således føre til højere priser, dårligere service, ringere kvalitet og et mere begrænset udbud til skade for forbrugerne.

En opdeling af et marked i eksklusive markedsføringsområder adskiller sig fra et konkurrenceretligt synspunkt ikke afgørende fra en opdeling af et marked i eksklusive salgsområder.

Særligt fordi markedsføring via husstandsomdelte reklamer udgjorde et vigtigt konkurrenceparameter på det i sagen relevante marked, må opdelingen i eksklusive markedsføringsområder i Botex i sig selv anses for egnet til at kunne medføre konkurrencebegrænsende virkninger – på samme vis som en opdeling i eksklusive salgsområder også ville være blevet anset for at være egnet til at kunne have sådanne virkninger.

Selv om der sondres mellem opdelinger af markeder i eksklusive markedsføringsområder og opdelinger af markeder i eksklusive salgsområder, ændrer det i øvrigt ikke på, at der i begge tilfælde er tale om opdelinger af markeder blandt konkurrenter.

I Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2007, Lokalbanksamarbejdet, vurderede Konkurrencerådet, at lokalbanksamarbejdets medlemmer havde indgået en aftale om markedsdeling og derved en ”til formåls”-overtrædelse. De syv banker, der tog del i samarbejdet, havde aftalt, at de ikke ville etablere sig i hinandens moderbyer (hovedkontorsbyer), og at de ikke aktivt ville opsøge hinandens kunder. Konkurrenceankenævnet udtalte i kendelse af 2. oktober 2007, at aftalerne ikke kunne anses for ”egentlige” markedsdelingsaftaler, men stadfæstede afgørelsen med bemærkning om, at der var tale om en ”til formåls”-overtrædelse, jf. særligt kendelsens pkt. 6.9. Konkurrenceankenævnets vurdering af overtrædelsens mærkbarhed skal læses i lyset af den omstændighed, at markedsdelingsaftaler ikke var undtaget fra anvendelsesområdet for konkurrencelovens § 7, stk. 1, på tidspunktet for afsigelsen af kendelsen.

Selv hvis vedtagelsen i Botex ikke kan anses for en ”egentlig” markedsdeling, ændrer det således ikke på, at vedtagelsen i al væsentlighed kan sidestilles med en egentlig markedsdelingsaftale i konkurrenceretlig henseende og derved må anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Desuden er det fastslået i Konkurrencerådets praksis, at horisontale aftaler m.v., der begrænser parternes muligheder for at markedsføre sig, fx ved at begrænse eller forbyde markedsføring til speci-

fikke kunder, generelt set – ligesom en egentlig markedsdeling – anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Der kan henvises til Konkurrencerådets afgørelse af 22. december 2010, Brancheforeningen Danske Bedemænds etiske regler, pkt. 183-185, Konkurrencerådets afgørelse af 20. februar 2013, Foreningen Danske Revisorers kollegiale regler, pkt. 7, 11 og 125 samt Konkurrencerådets afgørelse fra 2013, Den Danske Dyrlægeforenings etiske kodeks, pkt. 7-11.

Det er endvidere Konkurrencerådets vurdering, at vedtagelsen i Botex objektivt set har til formål at begrænse konkurrencen, og at det objektive formål med vedtagelsen ikke kan have været f.eks. at opnå ressourcebesparelser eller at undgå dobbeltreklame/"spam". Selv hvis vedtagelsen i Botex eventuelt også forfulgte andre formål som f.eks. ressourcemæssige besparelser og ønsket om at undgå dobbeltreklame, og selv hvis dette måtte udgøre "andre lovlige formål", så ændrer det ikke på, at vedtagelsen også har til formål at begrænse konkurrencen. Vedtagelsen i Botex ses da heller ikke objektivt at kunne have haft til formål at undgå "spam" eller lign., jf. afgørelsens pkt. 379-383. Det bekræftes bl.a. af, at vedtagelsen både forbød medlemmers markedsføring via de fælles Botex-reklamer såvel som markedsføring via egne kampagner. Det fremgår da heller ikke af den interne korrespondance mellem medlemmerne eller i korrespondancen mellem medlemmerne og direktionen i Botex vedrørende håndhævelse af bestemmelsen, at bestemmelsen skulle søge at undgå "spam" af forbrugerne eller søge at udbrede markedsføringen el.lign.

Konkurrencerådet bestrider, at vedtagelsen – på grund af forskelle i Botex-butikkernes sortiment – har ført til et effektivt ressourceforbrug samt målrettet reklame til hele Danmark. Forskelle i sortiment Botex-butikkerne imellem gjorde det således efter Konkurrencerådets vurdering så meget desto mere vigtigt, at Botex-butikkerne havde mulighed for frit at markedsføre sig via trykte reklamer. Forskelle i sortiment var et af de parametre, hvor de forskellige Botex-butikker kunne differentiere sig over for forbrugerne og dermed konkurrere med hinanden. Dette understøtter dermed, at vedtagelsen i Botex netop har begrænset Botex-butikkernes mulighed for at differentiere sig og dermed også forbrugernes adgang til information og deres muligheder for at sammenligne de enkelte Botex-butikker på parametre som pris, kvalitet og sortiment. Det kan have ført til højere priser, dårligere kvalitet, ringere service og et mere begrænset udbud til skade for forbrugerne, jf. også bl.a. pkt. 6, 261-262 og 344 i den påklagede afgørelse.

Som anført skal vedtagelsen klassificeres som en markedsdeling. Det er derfor alene nødvendigt at tage summarisk hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, jf. bl.a. Domstolens dom i sag C-373/14P, Toshiba, præmis 28-29.

I forhold til det af Botex anførte om, at forbrugerne trods vedtagelsen havde adgang til at foretage køb i alle Botex-butikker, og at der fortsat bestod konkurrence mellem Botex-medlemmerne, bemærkes, at det følger af sagens natur, at en opdeling af et marked i markedsføringsområder ikke forhindrer kunderne i at købe produkter hos de øvrige konkurrenter, hvorfor der ved en sådan markedsdeling fortsat kan bestå – og i denne sag også faktisk fortsat bestod – en vis konkurrence mellem konkurrenterne. Vedtagelsen i Botex var imidlertid egnet til at medføre, at færre kunder ville opsøge en anden butik i kædesamarbejdet, netop fordi kunderne ikke blev eksponeret for husstandsomdelte reklamer fra den pågældende butik, og var dermed egnet til at begrænse konkurrencen. Dette tog Konkurrencerådet naturligt i betragtning i sine vurderinger af, om vedtagelsen udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, jf. fx udtrykkeligt afgørelsens pkt. 330 og 334. Konkurrencerådet tog også disse forhold i betragtning med henvisningerne til praksis om markedsføringsbegrænsninger.

Det er i øvrigt ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at medlemmerne og kædekontoret stort set udelukkende har markedsført sig online i den periode, hvor vedtagelsen i Botex var gældende. Undersøgelser viser, at trykte reklamer spiller en afgørende rolle for mange virksomheders markedsføring og i endnu højere grad gjorde det i starten af den periode, hvor vedtagelsen i Botex var gældende. Det kan på ingen måde konstateres, at der skulle gælde noget særligt for Botex' medlemmer i den periode, hvor overtrædelsen har fundet sted. Tværtimod er der eksempler på, at medlemmerne af Botex har grebet ind over for hinanden, når et medlem har markedsført sig via trykte reklamer i et andet medlems område, og på at dette bliver taget op med både kædedirektøren og bestyrelsen i Botex. Det indikerer, at markedsføring via trykte reklamer har været et væsentligt konkurrenceparameter for Botex og medlemmerne heraf. Selv hvis alene en lille del af Botex-medlemmernes markedsføring har foregået via trykte reklamer, så er det ikke ensbetydende med, at markedsføring via trykte reklamer ikke er et væsentligt konkurrenceparameter. Det kan desuden ikke udelukkes, at vedtagelsen i Botex har haft betydning for omfanget af Botex-medlemmernes markedsføring via trykte reklamer.

Konkurrencerådet bestrider, at den analyse af den retlige og økonomiske kontekst, der fremgår af den påklagede afgørelse, er ufuldstændig. Konkurrencerådet har således foretaget en konkret vurdering i den påklagede afgørelse af, om vedtagelsen i Botex – også i lyset af vedtagelsens retlige og økonomiske kontekst – objektivt bedømt rummer et sådant potentiale for konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er nødvendigt at påvise faktiske indtrådte skadevirkninger, jf. afsnit 4.3.4.3.3 i afgørelsen.

Botex har fået tilsendt en klagepunktsmeddelelse i partshøring, som Botex har afgivet høringssvar til, ligesom Botex har haft mundtligt foretræde for Konkurrencerådet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke haft pligt til at foretage yderligere partshøring efter forvaltningsloven, idet udkastet til afgørelse ikke indeholdt nye faktiske oplysninger af væsentlig betydning for sagens afgørelse, som ville være til ugunst for Botex, og som Botex ikke kunne antages at være bekendt med.

For det tredje har Konkurrencerådet i såvel svarskrift som duplik baseret sig på 1) den påklagede afgørelse, og 2) faktum og anbringender, som Botex er fremkommet med i forbindelse med ankesagen, og som Konkurrencerådet derfor har forholdt sig til og i den forbindelse begrundet hvorfor, det ikke fører til en anden vurdering, end den der følger af den påklagede afgørelse. Der er således ikke tale om, at Konkurrencerådet har foretaget en ny juridisk vurdering af sagen i duplikken, men derimod at Konkurrencerådet – på baggrund af det faktum og de anbringender, Botex er fremkommet med under ankesagen – har uddybet den juridiske vurdering, der allerede følger af den påklagede afgørelse.

Selv om visse af de forhold, som Konkurrencerådet baserer sig på i skriftvekslingen for Konkurrenceankenævnet, ikke fremgår af afsnit 4.3.4.3.3 i den påklagede afgørelse, men andre steder i den påklagede afgørelse, så har dette ikke nogen betydning, idet de uanset placering har været en del af den påklagede afgørelse. Processen ved Konkurrenceankenævnet er desuden tilrettelagt sådan, at Botex har haft mulighed for at forholde sig til og kommentere på de påstande og anbringender, som Konkurrencerådet er fremkommet med under skriftvekslingen.

Begrundelse og resultat

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

forbud gælder efter konkurrencelovens § 6, stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

Boligtextilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A. (Botex) er et landsdækkende horisontalt kædesamarbejde af detailforretninger, der sælger boligtekstiler, herunder gardiner, solafskærmning, håndklæder, sengetøj og dyner mv.

Sagen drejer sig for Konkurrenceankenævnet om navnlig, hvorvidt pkt. 7.8 i samhandelsoverenskomsten mellem Botex-medlemmerne udgør en vedtagelse, der direkte eller indirekte har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart.

Det følger af bestemmelsen bl.a., at de enkelte butikkers markedsføringsdistrikter angiver en eksklusivitet i forhold til indtrædelse af nye medlemmer i det definerede område, at områderne som udgangspunkt defineres ud fra hele postnumre, at markedsføringsdistrikterne skal dækkes tentativt cirkulært, at et medlem aldrig må distribuere en kampagne eller et katalog fra kædens årlige centrale markedsføringsplan eller sine egne lokale husstandsomdelte kampagner i et andet medlems markedsføringsområde, og at overtrædelse af betingelserne vedrørende markedsføring kan udløse en advarsel, bod eller opsigelse af medlemskabet af Botex.

Før Botex-medlemmerne indgik samhandelsoverenskomsten den 20. maj 2009, og inden senere indtrådte medlemmer hver især tilsluttede sig Botex og vedtog den til den tid gældende udgave af samhandelsoverenskomsten, kunne de enkelte detailbutikker frit markedsføre sig i de områder, som måtte være relevante for den enkelte butik.

Konkurrenceankenævnet lægger på baggrund af vedtagelsens ordlyd og oplysningerne i sagen til grund, at bestemmelsen isoleret set havde til formål at etablere en geografisk begrænsning i, hvilke områder og dermed hvilke kunder de enkelte detailbutikker kunne markedsføre sig over for, og at der således var tale om en vedtagelse af en geografisk opdeling af et marked i eksklusive markedsføringsområder.

Hvorvidt bestemmelsen må anses for at have et konkurrencebegrænsende formål må dog efter Konkurrenceankenævnets opfattelse vurderes ud fra den sammenhæng, som vedtagelsen er indgået i.

Europa-Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2023/C 259/01) fastsætter principperne for, hvordan aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis vurderes efter TEUF artikel 101. Disse retningslinjer har den 21. juli 2023 erstattet Europa-Kommissionens retningslinjer fra 2011 (2011/C 11/01). Retningslinjerne er ikke bindende for medlemsstaterne, men kan anvendes i forbindelse med vurderingen af, om konkrete aftalevilkår har konkurrencebegrænsende formål.

Retningslinjerne fra 2023 viderefører bl.a. principperne om tyngdepunkt (jf. pkt. 6, 3. punktum), sondringen mellem indkøbsaftaler (jf. kapitel 4) og markedsføringsaftaler (jf. kapitel 5) og sondringen mellem reelle indkøbssamarbejder og skjulte karteller (jf. bl.a. pkt. 278, 279 og 283) i retningslinjerne fra 2011.

Horisontale samarbejdsaftaler kan omfatte flere forskellige trin i samarbejdet. Når retningslinjerne anvendes ved vurdering af sådanne kombinerede aftaler, vil alle kapitler, der vedrører de forskellige faser i samarbejdet, normalt være relevante. Ved vurderingen af, om en bestemt adfærd anses for at have konkurrencebegrænsende formål eller virkninger, gælder det, der er fastsat i kapitlet vedrørende den del af det kombinerede samarbejde, der kan betragtes som hele samarbejdets ”tyngdepunkt”, jf. retningslinjernes pkt. 6, 3. punktum.

Formålet med Botex var ifølge vedtægterne fra 2009 til 2019 at levere varer og tjenesteydelser til Botex’ medlemmer. Formålet og aktiviteterne omfattede ifølge vedtægterne endvidere vareforsyning til medlemmerne på basis af gennemfakturering. I 2015-2019 var formålet desuden at bistå medlemmerne med markedsføring, udarbejdelse af butikskoncept, web-shop, hjemmeside og uddannelse samt udvikling og videreudvikling af kædekoncepter.

Konkurrenceankenævnet finder efter en samlet bedømmelse af oplysningerne om samarbejdet, at tyngdepunktet for samarbejdet i Botex er en indkøbsaftale, jf. retningslinjernes kapitel 4, og ikke en markedsføringsaftale, jf. retningslinjernes kapitel 5.

Det fremgår af retningslinjernes pkt. 278, at fælles indkøbsordninger normalt ikke har konkurrencebegrænsende formål, hvis de reelt vedrører fælles indkøb.

Som sagen er oplyst, er det Konkurrenceankenævnets vurdering, at samarbejdet i Botex udgør en egentlig fælles indkøbsordning og ikke blot tjener som middel til at iværksætte et kartel ved f.eks. opdeling af markeder.

Sådanne fælles indkøbsordninger skal analyseres i deres retlige og økonomiske sammenhæng med hensyn til deres faktiske og sandsynlige virkninger for konkurrencen, jf. retningslinjernes pkt. 285. Vurderingen skal omfatte de mulige begrænsende virkninger på både det eller de relevante indkøbsmarkeder, hvor den fælles indkøbsordning handler med leverandørerne, og det eller de relevante afsætningsmarkeder, hvor parterne i den fælles indkøbsordning kan konkurrere som sælgere, jf. det anførte sted.

Konkurrencerådet har ikke foretaget en fuld analyse af, om den fælles indkøbsordning havde konkurrencebegrænsende virkninger, jf. retningslinjernes afsnit 4.2.3 om konkurrencebegrænsende virkninger.

Konkurrenceankenævnet hjemviser herefter Konkurrencerådets afgørelse.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2022 hjemvises.

Klagegebyret tilbagebetales til Boligtextilbranchens Indkøbsservice A.M.B.A.

Claus Berg

Karsten Engsig Sørensen

Birgitte Sloth

Thomas Rønde

Jan Schans Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 11. oktober 2023

Anja Sunesen

Sekretariatsmedarbejder