



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 19. maj 2023

Sag BS-46875/2021-OLR
(10. afdeling)

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

mod

AFA JCDecaux A/S
(advokat Philip Søren Thorsen og
advokat Mia Anne Gantzhorn i henhold til proceduretilladelse)

og

Sag BS-46882/2021-OLR
(10. afdeling)

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

mod

Clear Channel Danmark A/S
(advokat Olaf Koktvedgaard og advokat Fredrik André Bork)

Sø- og Handelsretten har den 10. november 2021 afsagt dom i 1. instans (sag BS-59196/2019-SHR og BS-59675/2019-SHR).

Landsdommerne Katja Høegh, Susanne Lehrer og Nicolaj Sivan Holst (kst.) har deltaget i ankesagerne afgørelse.

Påstande

Appellanten, Konkurrencerådet, har nedlagt følgende påstande:

Over for AFA JCDecaux A/S (sag BS-46875/2021-OLR):

Principal: Frifindelse
Subsidiært: Stadfæstelse

Over for Clear Channel Danmark A/S (sag BS-46882/2021-OLR):

Påstand 1: Frifindelse
Påstand 2: Clear Channel Danmark A/S skal til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale 600.500 kr. med procesrente fra den 7. december 2021.

Indstævnte, AFA JCDecaux A/S ("AFA"), har nedlagt påstand om, *principalt* at Konkurrenceankenævnets kendelse af 6. november 2019 i sag KL-1-2019 og KL-2-2019, hvorved Konkurrencerådets afgørelse af 19. december 2018 i sag 16/97529 blev stadfæstet, ophæves, *subsidiært* at Konkurrenceankenævnets kendelse af 6. november 2019 hjemvises til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

AFA har under hovedforhandlingen i landsretten præciseret, at AFA's påstand for landsretten – som for Sø- og Handelsretten – som det mindre i det mere indeholder en påstand om ophævelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 6. november 2019 for så vidt angår perioden fra den 1. januar 2011 til den 21. april 2015 (periode 2).

Indstævnte, Clear Channel Danmark A/S ("CCDK"), har over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens påstand 1 nedlagt påstand om, *principalt* at Sø- og Handelsrettens dom af 10. november 2021 stadfæstes, *subsidiært* at Sø- og Handelsrettens dom af 10. november 2021 ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet, for så vidt som Konkurrencerådet fastslog, at CCDK overtrådte forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 mod konkurrencebegrænsende samordning i perioden fra den 1. januar 2011 til den 21. april 2015.

Over for Konkurrencerådets påstand 2 har CCDK A/S påstået frifindelse.

CCDK er, for så vidt som Konkurrencerådets påstand 1 om frifindelse tages til følge, enig i, at selskabet skal betale det i Konkurrencerådets påstand 2 nævnte beløb, som angår sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten, med rente som påstået.

Supplerende sagsfremstilling

Der er for landsretten yderligere fremlagt:

- De fakturaer, der af CCDK blev indleveret som bilag 2 til CCDK's endelige klage til Konkurrenceankenævnet.
- Artiklerne, "DRBs sikkerhedsfond åbner døren for alle" i Markedsføring nr. 2, 1999, publiceret den 1. februar 1999, "Aftale om sikkerhed mellem DRB og fagblade udskudt" i Markedsføring nr. 6, 1999, publiceret den 1. juni 1999, og "Dansk Reklame Film fjerner kopibarriere" publiceret online på Markedsføring den 18. oktober 2001.
- Annonceaftale mellem Kreativitet & Kommunikation og Danske Medier pr. 1. april 2015.
- Dansk Annoncørforenings White Paper om "Mediebureauets interessekonflikter, Om indblik og kontrol med mediekøbet" fra 2019.
- Udskrift fra brancheforeningen Kreativitet & Kommunikations hjemmeside fra 2022 om "Standarder for bureauvederlag i Danmark".

Forklaringer

Claus Gilbert Clausen har afgivet vidneforklaring og har forklaret blandt andet, at han er uddannet cand. merc. Han blev oprindeligt ansat i analyseinstituttet AIM og var herefter i forskellige reklamebureauer frem til 1992. Han har efterfølgende været direktør og administrerende direktør i en årrække frem til 2012 i mediebureauet MediaCentralen (senere CIA Danmark og derefter Mediaedge:CIA). Han arbejder i dag med rådgivning inden for medie og kommunikation. Han var desuden i perioden 2003-2007 aktiv i Danske Reklamebureauers Brancheforening DRRB som medlem af bestyrelsen og formand for mediebureauudvalget.

I 1980'erne var mediebureau-/reklamebranchen stadig i en "print-verden". Fra 1988 kom TV-reklamer ind som en ny reklameform, der fyldte mere og mere. I løbet af 2000-årene fik markedsføring på internettet stor betydning, og fra 2010 blev sociale medier vigtige. I 1980'erne styrede reklamebureauerne i høj grad. Man var dengang meget fokuseret på udformningen af den konkrete reklame frem for valget af medie. Det ændrede sig senere i retning af et større fokus på medievalg, hvor annoncørerne efterspurgte en specialiseret rådgivning. Der opstod derfor et marked for uafhængige mediebureauer i løbet af 1990'erne. Mediebureauerne tilbød en langt mere professionel rådgivning end reklamebureauerne. Det var vigtigt for mediebureauerne at kunne fremstå uafhængige og transparente i forhold til, hvor annoncørerne skulle lægge deres penge. I 1980-90'erne fik reklamebureauerne provision i form af medieprovision. Den var høj – 15 % – og derfor var der et pres for at få den nedbragt eller udfaset. Man så som alternativ på, hvordan man gjorde i Norge og Sverige, hvor mediebureauerne kun modtog informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse. De svenske/norske modeller var transparente og enkle at arbejde med, og medierne fik

noget til gengæld, nemlig sikkerhed for betaling og for, at information om deres eksistens kom ud til annoncørerne. I 2008 forsvandt medieprovisionen.

Outdoor er et lille medie af sekundær karakter i Danmark, herunder set i forhold til f.eks. Norge og Sverige. AFA og CCDK var de store spillere på outdoor-markedet. Deres indbyrdes forhold var dårligt – nærmest "hund og kat" – hvilket var irriterende for mediebureauerne. Blandt andet kunne AFA og CCDK ikke blive enige om fælles målemetoder. Det var medvirkende til, at outdoor ikke fik større betydning. Informationsgodtgørelse er et vederlag, som outdoor-virksomhederne betaler mediebureauerne for sikre, at mediebureauerne holder sig selv og deres kunder ajour med mediemarkedet. Konkurrencen mellem outdoor-selskaberne udspillede sig på de egentlige rabatter. Mediebureauerne var gode til at opnå rabat hos medierne. Sikkerhedsstillelse var oprindeligt en dagbladsgarantiordning, som al den tid, han kan huske, har ligget på 1 %. Den forblev på dette niveau, da andre medier som TV og internettet kom til. Artiklen "DRBs Sikkerhedsfond åbner døren for alle" fra 1999 beskriver i den forbindelse, hvordan Danske Dagblades Forening og Danske Reklamebureauers Brancheforenings garantiordning blev åbnet for andre medier. Han er enig i det, som både Morten Reimann Jensen fra Posterscope og revisor for Danske Reklamebureauers Brancheforening, Torben Mortensen, har forklaret for Sø- og Handelsretten om, at outdoor-virksomheder også betalte 1 % i sikkerhedsstillelse. Han kender ikke til, at nogen outdoor-virksomhed på noget tidspunkt har betalt en anden sats. Informationsgodtgørelsen er vederlag for de ydelser, som fremgår af Kreativitet & Kommunikations "Standarder for bureauvederlag i Danmark" fra 2022, og godtgørelsen har altid været på det samme niveau. Det er korrekt, at der ikke i Kreativitet & Kommunikations standarder er anført nogen sats for godtgørelsen. Han er enig i den beskrivelse, der fremgår af artiklen fra 1999, "Aftale om sikkerhed mellem DRB og fagblade udskudt", af, hvordan den største gruppe i dansk fagpresse på foreningens anbefaling lod medieprovisionen falde til fordel for blandt andet sikkerhedsstillelse på 1 % og informationsgodtgørelse på 1%. Han er ligeledes enig i det, som Morten Reimann Jensen og Henrik Okholm fra Copenhagen Economics har forklaret for Sø- og Handelsretten om informationsgodtgørelse, herunder sidstnævntes forklaring om et spænd på 1-2 %. Hvis man som mediebureau fik mere end det gældende brancheniveau, ville det sætte spørgsmålstegn ved bureauets uvildighed. Så det var godt, at man branchemæssigt havde en fælles forståelse om niveauet. Om kontantrabat har interesse for mediebureauerne, afhænger af renteniveauet, som i 1980'erne og 1990'erne var højt. Den lave rente i årene derefter gjorde, at kontantrabat ikke længere havde samme interesse i 2000'- og 2010'erne. Rubrikken "TV3 gør op med bureauprovisionen" i artiklen i Mediemarked fra den 10. januar 2001 afspejler den førnævnte markedstrend; at bureau-/medieprovisionen blev udfaset fra omkring årtusindskiftet til fordel for årsrabatter. Han forstår ikke, hvorfor Kreativitet & Kommunikation over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har afvist at have indgået aftale med AFA om at benytte

de i branchen velkendte niveauer for informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse, og heller ikke, at Kreativitet & Kommunikation har oplyst over for styrelsen, at brancheorganisationen ser negativt på sådanne aftaler, da de ikke vil komme annoncørerne til gode. Han opfatter det sådan, at Kreativitet & Kommunikation af konkurrenceretlige årsager måtte opgive at opnå faste aftaler med mediebyureauerne imellem og med medieudbydere om satser for sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse, men at brancheorganisationen og branchen stadig var meget tilfreds med, at man fra medieudbydernes side agerede ensartet. Det var således til gavn for alle parter, at der var ens spilleregler – det skabte objektivitet og transparens. Det var meget mere ordentligt og regelret end i udlandet, hvor det nogle gange var det rene "Wild West". I Danmark "kørte man i samme side af vejen". Det undrer ham dog, at AFA og CCDK ligefrem har skrevet sammen om at sende deres aftaler til brancheforeningen, for de præcise satser var ikke noget, som Danske Reklamebureauers Brancheforening som sådan blandede sig i. Satserne var noget, man talte om i brancheforeningen, men ikke noget, man gjorde så meget ud af. Annoncørerne blev med tiden stadig større og frækkere og krævede derfor i et vist omfang andel i informationsgodtgørelsen og sikkerhedsstillelsen, men det var noget, mediebyureauerne kæmpede imod "med næb og kløer". Det er dog nok skredet noget i de senere år. AFA og CCDK har ikke kunnet vide noget om, hvor meget der i givet fald er blevet givet videre af mediebyureauerne til annoncørerne. Det ville for mediebyureauerne være at "skyde sig selv i foden", hvis de gav AFA eller CCDK indsigt heri. Også mediemarkedet kom i krise under finanskrisen i 2008. Fokus skiftede, fordi markedet var "sultent", fra at man lagde vægt på strategi til et hårdere forhandlingsmiljø. Mediebyureauerne antog i den forbindelse medarbejdere, som var langt bedre forhandlere, og de indførte også kontrolmekanismer, der sikrede, at der blev forhandlet hårdt nok. Udviklingen er i de senere år gået i retning af, at store annoncører kræver andel i informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse, men byureauerne kæmper som sagt imod denne tendens.

Dengang reklamebyureauerne af mediet blev aflønnet med 15% bureau-/medieprovision for at afholde møder med kunden og præsentere mediet mv., var det meget lukrativt at være i reklamebranchen. Der var en stigende modstand fra annoncørerne mod medieprovisionen, som jo var en betaling, som reklamebyureauerne fik i tillæg til annoncørens betaling for udfærdigelse af reklamen mv. Udfasningen af medieprovisionen gjaldt også for outdoor-markedet. Sikkerhedsstillelsen og informationsgodtgørelsen er ikke relateret til den enkelte annoncekampagne, men er en generel garantiordning/honorering. Både sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse har altid optrådt på de enkelte fakturaer fra medieudbyderen til mediebyureauet. De drøftede ikke i Danske Reklamebureauers Brancheforenings bestyrelse de konkrete satser for medieprovision og alternativerne hertil, men de kiggede som nævnt på ordningerne i Norge og Sverige og var enige om, at det var en fornuftig måde at gøre det på. I 2000-årene var medieprovisionen gledet helt ud. Han husker ikke noget om, at

den fortsat fandtes på outdoor-markedet frem til 2010. Informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse indgik ikke i prisforhandlingerne mellem medie-/reklamebureauerne og mediet. Det var "forbudt" – for hvis man forhandlede om disse poster, var man ikke længere objektiv og transparent. Dengang medieprovisionen fandtes, forhandlede annoncøren og reklame/mediebureauet om, hvordan den skulle deles. Det hang sammen med, at medieprovisionen dengang var mange penge. Annoncører og mediebureauer har ikke nødvendigvis samme interesser i relation til hverken medieprovision, informationsgodtgørelse eller sikkerhedsstillelse. Som også forklaret af Morten Reimann Jensen var satserne på informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse så små, at det ikke var noget, som interesserede annoncørerne. Det ville nok heller ikke interessere dem, hvis der f.eks. var en forskel på 0,5 % mellem AFA og CCDK.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for Sø- og Handelsretten.

Landsrettens begrundelse og resultat

Ankesagens genstand og landsrettens prøvelse

Sagen angår også for landsretten, om AFA og CCDK har overtrådt konkurrenceovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, ved i perioden fra den 5. september 2008 til i hvert fald den 21. april 2015 at have indgået en aftale og/eller samordnet praksis om fastsættelse af fælles rabatsatser for i) medieprovision, ii) sikkerhedsstillelse og iii) informationsgodtgørelse ved køb af reklameplads i outdoor-medier gennem Kreativitet & Kommunikations medlemmer og ved i perioden fra den 14. oktober 2009 til den 31. december 2010 at have indgået en aftale om fastsættelse af en fælles sats for kontantrabatten over for Kreativitet & Kommunikations medlemmer ved køb af reklameplads i outdoor-medier.

Konkurrencerådets anke angår spørgsmålet om, hvorvidt AFA og CCDK's overtrædelse som antaget af Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet fortsatte i perioden fra den 1. januar 2011 til den 21. april 2015 (periode 2), eller om den som antaget af Sø- og Handelsretten ophørte med udgangen af 2010.

AFA har ved den iværksatte kontraanke gentaget sin påstand for Sø- og Handelsretten om, at Konkurrenceankenævnets kendelse skal ophæves i sin helhed, herunder også for så vidt angår perioden fra den 5. september 2008 til den 31. december 2010 (periode 1), mens CCDK har påstået stadfæstelse.

Landsrettens tiltræder det, som Sø- og Handelsretten har anført om prøvelsen af Konkurrenceankenævnets kendelse og den underliggende kendelse fra Konkurrencerådet.

Periode 1

Landsretten lægger efter de bevisligheder, som er nævnt i Konkurrencerådets afgørelse som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, og det i øvrigt i sagen fremkomne til grund, at AFA og CCDK i 2002 og 2008 indgik skriftlige prisaftaler om fælles satser for medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse ("2003-" og "2009-aftalen"), og at parterne i 2009 indgik en yderligere aftale ("2010-aftalen"), som indebar, at AFA og CCDK ikke længere skulle betale medieprovision til mediebureauerne, at den hidtidige informationsgodtgørelse blev forhøjet fra 1 % til 1,5 %, at sikkerhedsstillelse skulle fastholdes på 1 % som i de to forudgående aftaler, og at der skulle ydes en ny kontantrabat på 1,5 %.

AFA har til støtte for påstanden om, at Konkurrenceankenævnets afgørelse skal tilsidesættes for så vidt angår periode 1, gentaget selskabets anbringenderne for Sø- og Handelsretten om en fejlagtig markedsafgrænsning for så vidt angår produktmarkedet, ligesom AFA har bestridt, at de indgåede aftaler har haft til formål at begrænse konkurrencen. AFA har herved gjort gældende, at mediebureauerne har solgt ydelser til outdoor-medieudbydere, hvilket er blevet honoreret ved betalingen af medieprovision, informationsgodtgørelse, sikkerhedsstillelse og kontantrabat. Det er derfor misvisende, når disse betalinger af konkurrencemyndighederne er blevet betragtet som rabatter. Myndighederne burde i stedet have foretaget en særskilt markedsafgrænsning med udgangspunkt i de pågældende ydelser og tillige have inddraget det vertikale element i form af mediebureauernes involvering i aftalerne, herunder bureauernes interesse i et ensartet niveau for sikkerhedsstillelse, informationsgodtgørelse og kontantrabat, jf. i den forbindelse også den anderledes markedsafgrænsning i Konkurrencerådet afgørelse af 26. januar 2000 om annonceaftalen mellem Danske Dagblades Forening og Danske Reklamebureauers Brancheforening. Endvidere har AFA gjort gældende, at medieprovision, informationsgodtgørelse, sikkerhedsstillelse og kontantrabat har udgjort et meget begrænset prisnedslag set i forhold til årsrabatter og listeprisrabatter, som har været det afgørende og væsentlige konkurrenceparameter.

De omhandlede aftaler angår satser for medieprovision, informationsgodtgørelse, sikkerhedsstillelse og kontantrabat i AFA og CCDK's aftaler med mediebureauerne om salg af reklameplads i outdoor-medier. De prisnedslag, som medieprovision, informationsgodtgørelse, sikkerhedsstillelse og kontantrabat har indebåret, kan efter landsrettens opfattelse ikke meningsfuldt kategoriseres som betaling for selvstændige ydelser, der indgår i et eller flere særskilte produktmarkeder, hvorpå outdoor-medieudbydere efterspørger og køber sådanne ydelser hos mediebureauerne. De nævnte provisioner, godtgørelse mv. må derimod, som antaget af Sø- og Handelsretten, Konkurrencerådet og Konkurrence-

ankenævnet, anses for elementer, der er indgået ved fastsættelsen af de priser, mediebureauerne har betalt til outdoor-medieudbydere for reklamepladsen.

Herefter og efter det i øvrigt foreliggende finder landsretten, at der ikke er grundlag for at anse den af Konkurrencerådet foretagne og af Konkurrenceankenævnet tiltrådte afgrænsning af produktmarkedet til et marked, som ikke er bredere, men muligt snævrere end markedet for salg af reklameplads i outdoor-medier, for urigtig eller i øvrigt fejlbehæftet. Den omstændighed, at Konkurrencerådet i afgørelsen af 26. januar 2000, der vedrører en vertikal annonceaftale mellem Danske Dagblades Forening og Danske Reklamebureauers Brancheforening, har afgrænset det relevante produktmarked anderledes, kan ikke føre til en anden vurdering.

Som anført i dommen gengivet i U.2021.2449 Ø, følger det af EU-Domstolens faste retspraksis, at der ved vurderingen efter TEUF artikel 101, stk. 1, af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, skal tages hensyn til aftalens indhold og formål, samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. Som ligeledes anført ændrer dommene i sagerne C-228/18, Budapest Bank, og C-307/18, Generics, ikke herved eller ved Domstolens faste praksis, hvorefter der ikke efter skal foretages en rimelighedsvurdering ("rule of reason") af en (samlet) aftales konkurrencefremmende virkninger over for dens konkurrencebegrænsende virkninger.

Efter mailkorrespondancen, gengivet i Konkurrencerådets afgørelse pkt. 134, i perioden fra den 9. september til den 5. oktober 2009 mellem administrerende direktør i CCDK, Henrik Sørensen, og salgs- og marketingdirektør i AFA, Palle Jacobsen, lægger landsretten til grund, at AFA og CCDK's hovedformål med 2010-aftalen var at få afskaffet medieprovisionen, som forinden gradvist var blevet nedbragt med 2003- og 2009-aftalerne. Dette bestyrkes af AFA's *) **tidligere salgs- og marketingsdirektør, Palle Jacobsens** forklaring for Sø- og Handelsretten om, at de tre prisaftaler udgjorde "en slags tretrinsraket, som dækker over, at aftalen var, at man skulle nå et vist punkt i forhold til medieprovisionen, og det nåede man så over tre trin."

Landsretten finder, at både 2010-aftalen og den forudgående 2009-aftale må ses som udtryk for, at AFA og CCDK for så vidt angik de priselementer, som aftalerne angik, tilsigtede at sætte konkurrencen imellem de to selskaber ud af kraft og herunder gradvist få udfaset den høje medieprovision for i stedet at yde et samlet set betydeligt lavere prisnedslag i form af informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse på stort set samme niveau som hidtil og en ny kontantrabat, der var en ensretning af tilsvarende rabat, som parterne hidtil havde givet i konkurrence med hinanden.

Det kan efter bevisførelsen for landsretten ikke lægges til grund, at AFA og CCDK er blevet "presset" af Danske Reklamebureauers Brancheforening (nu Kreativitet & Kommunikation) til at indgå de omhandlede prisaftaler, eller at foreningen i øvrigt har medvirket ved indgåelsen heraf. Tværtimod fremgår det af blandt andet en mail af 26. oktober 2016, som brancheforeningen har sendt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i fortsættelse af et møde den 6. oktober 2016, jf. herved referat af 31. oktober 2016 af mødet, og af referat af 10. marts 2017 af et yderligere møde mellem foreningen og styrelsen den 2. marts 2017, at foreningen ikke kendte til og ikke havde været involveret i AFA og CCDK's fastsættelse af de pågældende satser og var uforstående over for AFA's oplysning om, at foreningen skulle have været involveret heri.

Under alle omstændigheder ville en eventuel sammenfaldende interesse med de umiddelbare købere, mediebureauerne, i fælles satser ikke have betydning for den konkurrenceretlige vurdering af de mellem AFA og CCDK indgåede aftaler, herunder at der er tale om horisontale konkurrencebegrænsende prisaf-taler, jf. tilsvarende pkt. 121 i Kommissionens beslutning af 2. april 2003 i sag COMP/C.38.279/F3, Fransk oksekød.

Med disse bemærkninger, og da landsretten finder, at afgørelsen fra Konkurrencerådet som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet for så vidt angår periode 1 er velunderbygget og overensstemmende med konkurrenceretlig praksis, tiltræder landsretten, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte afgørelsen om, at AFA og CCDK fra den 5. september 2008 til den 31. december 2010 har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, ved at have indgået en aftale om fastsættelse af fælles rabatsatser for i) medieprovision, ii) sikkerhedsstillelse og iii) informationsgodtgørelse ved køb af reklameplads i outdoor-medier gennem Kreativitet & Kommunikations medlemmer og ved i perioden 14. oktober 2009 til 31. december 2010 at have indgået en aftale om fastsættelse af en fælles sats for kontantrabatten over for Kreativitet & Kommunikations medlemmer ved køb af reklameplads i outdoor-medier. Landsretten tiltræder herved, at aftalerne – uden videre analyse end den foretagne – må kvalificeres som "til formål"-aftaler, idet aftaler som de foreliggende efter deres art erfaringsmæssigt må anses for konkurrenceskadelige.

Periode 2

Konkurrencerådet har til støtte for påstanden om frifindelse for så vidt angår periode 2 gjort gældende navnlig, at Sø- og Handelsretten for så vidt angår kravet til bevis for en samordnet praksis har anlagt en fejlagtig forståelse af retspraksis fra EU-Domstolen. AFA og CCDK har heroverfor anført, at Sø- og Handelsrettens afgørelse er i fuld overensstemmelse med de strenge beviskrav, der gælder efter retspraksis, og at det i den forbindelse må holdes for øje, at det er Konkurrenceankenævnets kendelse, der er til prøvelse, hvori det blev fastslået, at der ikke er tilstrækkeligt belæg for at antage, at der efter udgangen af 2010

har foreligget en stiltiende aftale eller anden form for koordinering, som kan siges at have haft aftalekarakter.

Retspraksis

Det fremgår af fast EU-konkurrenceretlig praksis, jf. blandt andet Rettens dom i sag T-472/13, Lundbeck, præmis 105-106 og 109-110, som er stadfæstet af Domstolen i sag C-591/16 P, jf. tillige Rettens dom i sag T-442/08, CISAC, præmis 91-92 og 96-97, at det påhviler den part eller myndighed, der gør en tilsidesættelse af konkurrencereglerne gældende, at føre bevis herfor, og at det skal komme virksomheden til gode, hvis der ved prøvelsen af konkurrencemyndighedens afgørelse er tvivl. Konkurrencemyndighedernes afgørelse skal derfor være baseret på præcise og samstemmende beviser. Samtidig følger det af samme faste retspraksis, at hvert enkelt af de af myndigheden påberåbte beviser ikke nødvendigvis skal opfylde disse kriterier i forhold til hvert enkelt led i overtrædelser. Det er tilstrækkeligt, at den række indicier, som myndigheden har påberåbt sig, bedømt i deres helhed opfylder dette krav. I den forbindelse kan konkurrencemyndigheden tage hensyn til forhold, der ligger uden for overtrædelsesperioden, hvis disse forhold kan henføres til de indicier, som myndigheden har påberåbt sig som bevis, jf. blandt andet sag Rettens dom i T-655/11, FSL, præmis 177-178.

Det følger videre af fast EU-retspraksis, at hvis konkurrencemyndigheden godtgør, at den pågældende virksomhed har deltaget i en konkurrencebegrænsende foranstaltning, påhviler det virksomheden at fremkomme med en anden forklaring på sin adfærd, jf. blandt andet Rettens dom i sag T-472/13, Lundbeck, præmis 111, og Domstolens dom i sagerne C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland, præmis 79 og 132. Om bevis for en samordnet praksis følger det i den forbindelse af blandt andet Domstolens dom i sagerne C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 - C-129/95, Ahlström, præmis 71, at hvis der ikke foreligger dokumentbeviser, er en parallel adfærd ikke tilstrækkeligt bevis for en samordning, medmindre samordningen er den eneste sandsynlige forklaring på en sådan adfærd. Hvis der foreligger dokumentbeviser for en konkurrencebegrænsende praksis, kan virksomheden dog ikke begrænse sig til at anføre omstændigheder, der kunne sætte de af konkurrencemyndigheden konstaterede forhold i et andet lys og dermed give en anden forklaring på disse end den, der blev lagt til grund i myndighedens afgørelse. Hvor der foreligger dokumentbeviser, påhviler det således virksomheden ikke alene at give en anden forklaring på de forhold, som konkurrencemyndigheden har konstateret, men at bestride eksistensen af disse forhold, som er bevist ved de pågældende dokumenter, jf. blandt andet Rettens domme i sag T-472/13, Lundbeck, præmis 112, og i sag T-442/08, CISAC, præmis 99. Det følger videre af dommen i blandt andet sag C-8/08, T-Mobile, præmis 59, at en enkelt kontakt kan bidrage til, at virksomheder samordner deres adfærd på markedet. Som anført i samme doms præmis 51 og 53,

gælder der – med forbehold af det modbevis, som det påhviler virksomhederne at føre – en formodning for, at de virksomheder, som deltager i en samordning og forbliver aktive på markedet, tager de med konkurrenterne udvekslede oplysninger i betragtning for at fastlægge deres adfærd på markedet. Dette gælder så meget desto mere, når samordningen har fundet sted regelmæssigt og over en lang periode. Det følger endelig af dommene i blandt andet sag 51/75, EMI, præmis 30-31, og i sag 243/83, Binon, præmis 16-17, at artikel 101 fortsat kan finde anvendelse i tilfælde, hvor konkurrencebegrænsende aftaler ikke længere er i kraft, hvis aftalerne stadig har virkninger også efter, at de formelt er ophørt med at gælde. Dette er tilfældet, såfremt det af deltagernes adfærd indirekte fremgår, at der findes de for en aftale karakteristiske træk af samordning og koordinering, der fører til samme resultat som tilsigtet med den oprindelige aftale.

Den indbragte kendelse

Konkurrenceankenævnet fandt ved den indbragte kendelse, at der ikke forelå en aftale mellem AFA og CCDK efter udgangen af 2010. Ankenævnet antog imidlertid, at de udtrykkelige aftaler om fastsættelse af rabatsatser, som AFA og CCDK havde indgået i den forudgående lange periode, sammenholdt med, at AFA og CCDK i perioden efter 2010 ikke klart havde taget afstand fra denne adfærd, indebar, at AFA og CCDK måtte antages også efter 2010 at have haft en fælles forståelse om fortsat at anvende de tidligere koordinerede rabatsatser. De fortsat ensartede satser i tiden efter 2010 blev herefter af ankenævnet anset for at være forårsaget af den tidligere aftalte koordinering af rabatterne. Ankenævnet fandt derfor, at der forelå en ulovlig samordnet praksis i periode 2.

Som ovenfor anført har AFA og CCDK overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, i perioden 14. oktober 2009 til 31. december 2010 ved at indgå en prisaf tale om medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse og i 2010-aftalen tillige om kontantrabat. Det kan efter de bevisligheder, som er nævnt i Konkurrencerådets af Konkurrenceankenævnet stadfæstede afgørelse, lægges til grund, at AFA og CCDK's indbyrdes prisaf taler går tilbage til 2002, hvor 2003-aftalen blev indgået.

Landsretten finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets af ankenævnet tiltrådte velunderbyggede bevisvurdering, hvorefter AFA og CCDK i årene efter 2010 fortsat anvendte de i 2010-aftalen fastsatte satser for informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse, og at de ikke genindførte medieprovisionen. Det ligger endvidere fast, at AFA og CCDK ikke fortsatte med at anvende den med 2010-aftalen aftalte kontantrabat efter 2010.

Spørgsmålet er, om AFA og CCDK's delvist parallelle adfærd i årene efter 2010, som antaget af Konkurrenceankenævnet, skal anses for en samordnet praksis,

som strider mod konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, litra a.

Der foreligger med parternes skriftlige aftaler indgået i 2002, 2008 og 2009 og korrespondancen herom omfattende dokumentbevis for, at AFA og CCDK som antaget i den indbragte kendelse i en årrække har overtrådt konkurrencereglerne ved at indgå aftaler om medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse og for så vidt angår 2010-aftalen også om kontantrabat. Den omstændighed, at de pågældende dokumentbeviser tidsmæssigt ligger forud for periode 2, indebærer efter den ovennævnte retspraksis ikke, at aftalerne og korrespondancen herom ikke kan indgå som bevis for en overtrædelse begået i denne periode. AFA og CCDK kan dermed ikke ved blot at pege på en anden mulig forklaring på deres fortsatte anvendelse i tiden efter 2010 af de satser for informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse, som fulgte af 2010-aftalen, og deres undladelse af at genindføre medieprovisionen afsvække den formodning, der, jf. den ovenfor citerede retspraksis, består om, at de har fortsat deres konkurrencebegrænsende adfærd.

Ved bedømmelsen af, om AFA og CCDK fortsatte den ulovlige priskoordinering efter 2010, må det som anført af Konkurrenceankenævnet indgå, at de i en lang periode forud herfor ved aftaler havde koordineret satserne for medieprovision, informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse. Endvidere var det ifølge AFA og CCDK's ovenfor nævnte korrespondance i perioden 9. september - 5. oktober 2009 og **) **Palle Jacobsens** forklaring et hovedformål med 2010-aftalen og de forudgående aftaler at få afskaffet medieprovisionen til fordel for et samlet set betydeligt lavere prisnedslag.

AFA og CCDK's parallelle adfærd i årene efter 2010, hvorefter ingen af dem genindførte den høje medieprovision og de begge lod informationsgodtgørelse og sikkerhedsstillelse forblive på det aftalte 2010-niveau, må efter landsrettens opfattelse i al væsentlighed anses for en videreførelse af den omlægning af provisionen til mediebureauerne, som var hovedformålet med 2010-aftalen og de forudgående aftaler. Den omstændighed, at AFA og CCDK ikke fuldt ud fortsatte den i 2010 aftalte koordinering, idet de ophørte med at anvende den i aftalen fastsatte kontantrabat, kan ikke føre til en anden vurdering.

Landsretten finder på den nævnte baggrund, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets vurdering, hvorefter de tidligere indgåede skriftlige aftaler, herunder særligt 2010-aftalen, uanset at de formelt var ophørt, fortsat havde virkninger efter 2010, idet de førte til en fortsat samordning mellem AFA og CCDK af medieprovision, sikkerhedsstillelse og informationsgodtgørelse, der havde samme resultat som tilsigtet med 2010-aftalen.

Landsretten ændrer derfor Sø- og Handelsrettens dom, således at Konkurrencerådet i det hele frifindes.

Tilbagebetalingspåstanden og sagsomkostninger

Af det ovenfor anførte følger, at Konkurrencerådets påstand over for CCDK om tilbagebetaling af de sagsomkostninger, som CCDK blev tilkendt ved Sø- og Handelsrettens dom, tages til følge.

Efter sagernes udfald skal AFA og CCDK betale sagsomkostninger for begge instanser til Konkurrencerådet med henholdsvis 401.000 kr. og 201.000 kr. Heraf er 400.000 kr. af det beløb, som AFA skal betale, og 200.000 kr. af det beløb, som CCDK skal betale, til dækning af Konkurrencerådets udgift til advokat inkl. moms, mens de 1.000 kr., begge selskaber skal betale, er til dækning af rådets udgift til retsafgift. Ved fastsættelsen af beløbet til advokat er der taget hensyn til sagernes karakter, omfang og forløb, herunder hovedforhandlingernes varighed, og at AFA i modsætning til CCDK for begge retter har nedlagt påstand om ophævelse af Konkurrenceankenævnets kendelse både for så vidt angår periode 1 og periode 2.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom ændres således, at Konkurrencerådet i det hele frifindes for AFA JCDecaux A/S' påstand om, at Konkurrenceankenævnets kendelse af 6. november 2019 i sag KL-1-2019 og KL-2-2019 ophæves helt eller delvist, og frifindes for Clear Channel Danmark A/S' påstand om ophævelse af Konkurrenceankenævnets kendelse for så vidt angår perioden 1. januar 2011 til 21. april 2015.

Clear Channel Danmark A/S skal til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale 600.500 kr. med procesrente fra den 7. december 2021.

I sagsomkostninger for begge retter skal AFA JCDecaux A/S betale 401.000 kr. og Clear Channel Danmark A/S betale 201.000 kr. til Konkurrencerådet.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

*) Berigtigede i medfør af retsplejelovens § 221, stk. 1, således at side 8, 3. hele afsnit, 2. sætning, udgår ordene "administrerende direktør, Anders Axelsens" og erstattes med "tidligere salgs- og marketingsdirektør, Palle Jacobsens".

**) Samtidig berigtiges side 12, 2. hele afsnit, 2. sætning, at ordene "Axel Andersens" og erstattes af "Palle Jacobsens".

Østre Landsrets 10. afdeling, den 31. maj 2023

Publiceret til portalen d. 31-05-2023 kl. 08:19

Modtagere: Øvrige Advokat Olaf Kockvedgaard, Advokat (H) Philip Søren Thorsen, Advokat (H) Jacob Pinborg, Indstævnte AFA JCDecaux A/S, Appellant Konkurrencerådet