

NOTAT

Dato: 23. oktober 2020
Sag: 18/06447-175
Sagsbehandler: / CHJ/SIK/ANN

**Projektevurering:
Rådssag om FK Distributions misbrug af dominerende stilling i form af koblingssalg**

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

Beslutning	Projektet om FK Distributions koblingssalg er afsluttet og slettet af porteføljen.
Erfaringer (punktform)	<ul style="list-style-type: none">• Løbende møder/dialog med parten kan i et vist omfang øge muligheden for at håndtere eventuelle (sene) indlæg på kortere tid, dvs. hvis materialet er delvist kendt på forhånd.• Ved projektstart er det en fordel at have fokus på den løbende håndtering og sparring om forvaltningsretlige emner, herunder aktindsigt.• Styrelsen skal modtage partens <i>konkrete</i> markeringer af fortrolige oplysninger i klagepunktsmeddelelsen. Løsere tilbagemeldinger kan give ekstraarbejde. Det vil herudover være hensigtsmæssigt at indarbejde et procesafsnit om offentliggørelse i rådssags-modellen på Intra.• Case teamet bør på det tidligst mulige tidspunkt afstemme, hvornår et forhold er tilstrækkelig dokumenteret. Dermed kan bidrage til procesoptimering, navnlig vedrørende en markedsundersøgelse og skrivning af klagepunktsmeddelelse.• Case teamet bør sætte sig grundigt ind i interne retningslinjer for brug af samarbejdsrum og rådssagsskabeloner, og orientere sig i muligheder for udbedring af fejl. Det vil herudover være hensigtsmæssigt at have yderligere fokus på, at samarbejdsrum (teknisk) gøres mere stabile. For synliggørelse af ressourceforbrug kan det være hensigtsmæssigt muliggøre registrering af it-problemer med samarbejdsrum og skabeloner i mtime.• Der kan være fordele ved at gennemføre rådssager efter en intensiveret proces, hvor case teamet arbejder mere fokuseret på en enkelt rådssag.

ERHVERVS MINISTERIET

<p>Resumé af råds-sagen</p>	<p>Konkurrencerådet har afgjort, at FK Distribution har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for distribution af adresseløse forsendelser i Danmark i form af koblingssalg, jf. KL § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 4 og TEUF artikel 102, litra (d). Hvis kunderne ønskede at købe distribution af adresseløse forsendelser hos FK Distribution, var det en betingelse, at kunderne også købte visning af deres tilbudsaviser på FK Distributions digitale platforme, herunder minetilbud.dk.</p> <p>FK Distribution har udøvet misbruget i perioden 2018 til oktober 2019. Siden januar 2018 har FK Distribution været eneste landsdækkende distributør af adresseløse forsendelser, idet Postnord trak sig fra markedet med virkning fra den 1. januar 2018.</p>
<p>Væsentligste problemer</p>	<p>De væsentligste faglige udfordringer i sagen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vurderingen af den tidsmæssige udstrækning af dominans, herunder som følge af at FK Distribution kunne udnytte en <i>forventet</i> dominerende stilling pr. 1. januar 2018, da FK Distribution i 2017 forhandlede med kunder om distributionskontrakter for 2018. • Afgrænsningen af markedet for digitale platforme for tilbudsaviser, dvs. markedet for den tilknyttede ydelse i FK Distributions koblingssalg. Der tale om et nichemarked, og der foreligger ikke konkurrencepraksis om dette marked. Denne markedsafgrænsning havde betydning for misbrugsvurderingen. • Den rette misbrugstest, herunder om FK Distributions adfærd skulle udelukke konkurrencen (eliminere konkurrencen), eller om adfærden ”blot” skulle være egnet til at begrænse konkurrencen. Udfordringerne skyldes bl.a., at domspraksis på området er af ældre dato. • Vurderingen af, om FK Distributions adfærd var egnet til at begrænse konkurrencen, herunder vurderingen af indirekte netværkseffekter på markedet for digitale platforme for tilbudsaviser, og om disse netværkseffekter blev opvejet eller modificeret af en vis grad af ”multi homing” på markedet. <p>De væsentligste processuelle udfordringer i sagen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Parten indleverede mange indlæg på et sent tidspunkt i sagen (kort tid før Konkurrencerådsmøde til afgørelse), og case teamet skulle derfor forholde sig til et relativt omfattende materiale på kort tid.

- Parten klagede over afgørelse om aktindsigt og udvidede senere denne klage. Klagen blev tillagt opsættende virkning og udsatte den materielle sag.
- Parallelt med rådssagen havde case teamet øvrige højtprioriterede opgaver. Dette udfordrede i perioder case teamets mulighed for at arbejde intensivt med sagen.

**Succes-
kriterier og
leverancer**

Succeskriterier i sagen

I projektbeskrivelse **april 2018** blev følgende succeskriterier opstillet:

”Under forudsætning af, at analysen viste, at FK Distributions adfærd var i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 4, var det et succeskriterium med henblik på at bidrage til at sikre konkurrencen på markedet for distribution af adresseløse forsendelser samt et eventuelt marked for digital distribution, at FKD ændrede praksis over for sine kunder (herunder i sine kontrakter med kunderne).”

Det blev anført i projektbeskrivelsen, at dette succeskriterium kunne opnås på baggrund af en MOB, en afgørelse om tilsagn eller påbud.

Øvrige centrale succeskriterier var, at:

- De vigtigste leverancer overholdt milepælsplanen, og at resourceestimatet blev overholdt.
- Case teamet leverede et godt og gennearbejdet produkt, som der ikke efterfølgende kunne rejses berettiget kritik af.

I april 2018 blev projektbeskrivelsen godkendt med følgende milepæle:

- 2018Q2: MOB udsendt;
- 2018Q2: Eventuelt knastenotat om den tidsmæssige udstrækning af dominans godkendt.
- 2018Q4: Markedsundersøgelse afsluttet;
- 2018Q4: Eventuelt knastenotat om egnethed godkendt;
- 2019Q2: Klagepunktsmeddelelse i peer review;
- 2019Q3: Klagepunktsmeddelelse godkendt og sendt i ekstern høring.

Forudsætningen var, at case teamet rådede over de tildelte ressourcer. Det blev fremhævet, at vurderingen af den tidsmæssige udstrækning af dominans kunne være en stop/go beslutning.

I **februar 2019** blev projektbeskrivelsen opdateret til et ressourceforbrug på 2650 timer, og med følgende milepæle:

- April 2019: Udkast til markedsafgrænsningskapitel til kontorchef;
- Maj 2019: Udkast til misbrugsvurdering til kontorchef eller som knastenotat;
- August 2019: Klagepunktsmeddelelse klar til peer review;
- Oktober 2019: Klagepunktsmeddelelse godkendt og sendt til FK Distribution.

Baggrunden var, at projektet havde været udfordret på to parametre: 1) bemanding og kontinuitet samt 2) sagens/markedsundersøgelsens kompleksitet:

I **april 2019** blev det besluttet, at projektet skulle gennemføres efter en forkortet/mere intensiveret proces i forhold til, hvad der er sædvanligt for konkurrencerådssager. Formålet var at understøtte, at Konkurrencerådet kunne træffe afgørelse i sagen i december 2019. Milepælsplanen for projektet blev ændret for at imødekomme ønsket om proces:

- 30 august 2019: Klagepunktsmeddelelse klar til peer review;
- 12. september 2019: Klagepunktsmeddelelse godkendt og sendt i ekstern høring;
- 25. september 2019: Rådsmøde om klagepunktsmeddelelse (til orientering);
- 30. oktober 2019: Rådsmøde om høringssvar (med fremmøde);
- Senest den 18. december 2019: Rådsmøde om udkast til afgørelse.

Forudsætningerne herfor var, at:

- Der kunne gennemføres en komprimeret peer review og afgørelsesfase;
- At case teamet i praksis kunne anvende nødvendige ressourcer på projektet;
- At to store sager, heraf én stor aktindsigtssag kunne flyttes helt eller delvist ud af det daværende SIF (nu CDP), idet case teamets resourcesituation som følge af et overlap af sager ellers kunne blive påvirket i væsentlig grad;
- At parten skulle indlevere høringssvar og standpunktsdokument samtidig, og at parten skulle have fremmøde på møde om høringssvar;
- At case teamet ikke skulle udarbejde et clearingsnotat forud for rådsmøde om høringssvar; og

- At case teamet havde kort tid til udarbejdelse af beredskabsnotat forud for rådsmøde om høringssvar.

Ikke alle af disse forudsætninger var opfyldt under den fremskynkede proces:

- Det var kun delvis muligt for case teamet at gennemføre en komprimeret peer review og afgørelsesfase i praksis;
- Det var kun delvis muligt for case teamet at fokusere de nødvendige ressourcer på projektet, da teamet løbende skulle håndtere øvrige, prioriterede sager, herunder klage over aktindsigt;
- Case teamet fik ikke flyttet sager, herunder en stor aktindsigts-sag, helt eller delvist ud af det daværende SIF (nu CDP), hvilket som følge af et overlap af sager påvirkede case teamets ressourcesituation i væsentlig grad;
- De to ovenstående forhold var medvirkende til, at sagen fik et stort ressourceforbrug
- Case teamet udarbejdede i praksis et samlet og omfattende beredskabsnotat og clearingsnotat forud for rådsmøde om høringssvar, og hertil kommer at case teamet udarbejdede svar på de mange indlæg, som parten indleverede kort tid inden rådsmøde til afgørelse.

Det var således kun forudsætningen om, at parten skulle indlevere høringssvar og standpunktsdokument samtidig, og at parten skulle have fremmøde på møde om høringssvar, som i praksis var opfyldt.

Herefter var hovedsucceskriterierne for projektet:

- At FKD - på baggrund af en MOB, en afgørelse om tilsagn eller påbud - ændrede praksis over for sine kunder;
- At leverancer fulgte opdaterede milepæle;
- At ressourceestimatet på 2.650 timer blev overholdt; og
- At case teamet leverede et godt og gennearbejdet produkt, som der ikke efterfølgende kunne rejses berettiget kritik af.

Opfyldelse af succeskriterier

Klagepunktsmeddelelse blev færdiggjort til peer review møder i henholdsvis juni og september 2019 i henhold til ovenstående succeskriterier. Formålet med de opdelte peer review møder var et forsøg på mindske læsebyrden for STG, henset til den relativt korte tid, der i milepælsplanen var afsat til gennemgang.

På peer review mødet den 3. september 2019 blev det besluttet, at sagen skulle igennem et tredje peer review, da der var behov for

en yderligere gennemarbejdning af klagepunktsmeddelelsen. Dette betød, at høring med fremmøde for parten tidligst kunne finde sted på rådsmødet i november 2019, dvs. 1 måned senere end det oprindelig fastsatte tidspunkt for rådsmøde.

Klagepunktsmeddelelse blev sendt i høring i oktober 2019, og styrelsen modtog høringssvar i november 2019. Høringsmøde (rådsmøde med fremmøde) blev afholdt i januar 2020. Dette skyldtes blandt andet, at styrelsen havde modtaget et omfattende høringssvar fra FK Distribution.

Aktindsigt

I november 2019 indleverede FK Distribution en klage over styrelsens afgørelser om aktindsigt i sagen. FK Distribution udvidede senere klagen af flere omgange og anmodede om mundtlig forhandling i sagen. FK Distribution anmodede herudover om, at sagen for ankenævnet blev tillagt opsættende virkning. Afgørelse i rådssagen blev herefter udsat på Konkurrenceankenævnets kendelse i sagen om aktindsigt.

Konkurrenceankenævnet afsagde på skriftligt grundlag kendelse i sagen den 28. maj 2020. I perioden fra den 15. juni 2020 til den 24. juni 2020 indleverede FK Distribution i alt 5 indlæg i sagen. Konkurrencerådet traf afgørelse på et ekstraordinært rådsmøde den 30. juni 2020.

Konklusion

Hvis der tages udgangspunkt i de løbende afstemte milepælsplaner for projektet, er de aftalte leverancer overholdt på nær de forventede tidspunkter for Konkurrencerådsmøder i sagen.

Projektet har overholdt de resterende aftalte succeskriterier med undtagelse af overholdelse af ressourceestimatet.

Fremdrift

Fra modtagelse af klage (december 2017) til endelig afgørelse (juni 2020) har sagen taget ca. 2 ½ år. Case teamet vurderer, at høringsfasen har været længere end optimalt. Det skyldtes dog primært, at vi afventede KANs afgørelse om aktindsigt. Uden aktindsigtssagen, var sagen formentlig afgjort på rådsmødet i februar.

Primære udfordringer for fremdrift i skrivefasen har været:

- Øvrige prioriterede sager for case teamets deltagere;
- Udsættelse af sagen på Konkurrenceankenævnets kendelse om aktindsigt;

- IT-udfordringer med styrelsens skabelon til rådssager/adgang til samarbejdsrum på kritiske tidspunkter under skrivefasen.

Øvrige udfordringer for fremdrift har været:

Vedr. markedsundersøgelse

- Modtagelse af mange henvendelser (klager) over FK Distribution og case teamets gennemførelse af flere kvalitative interviews end oprindelig forventet;
- Behov for indsamling af yderligere data til brug for vægtning af besvarelser fra spørgeskemaundersøgelse;
- Behov for efterfølgende validering af kvantitative oplysninger i sagen;

Vedr. udkast til afgørelse

- Håndtering af mange partsindlæg inden for en kort periode og tæt på tidspunktet for rådsmøde til afgørelse;
- Udskiftninger i case teamets sammensætning, herunder udskiftning af projektleder og afgang af teammedlemmer, således at projektejer (SIK) i længere tid har indgået som teammedlem.

Vedr. offentliggørelse

- Udfordringer med at indhente præcise fortrolighedsmarkeringer fra FK Distribution, som vedholdende forholdt sig til fortrolighed i mere overordnede termer.

Case teamets opfattelse er, at teamets udfordringer er blevet løst løbende, og at der generelt har været god fremdrift i sagen.

Udfordringerne har dog medført en lang sagsbehandlingstid. Det er samtidig case teamets vurdering, at hovedparten af udfordringerne og håndteringen af dem, har været medvirkende til at styrke sagen. Flere undersøgelser og flere gennemskrivninger af sagen har efter case teamets opfattelse bidraget til en mere solid afgørelse.

Ressourcer

Der blev oprindelig godkendt et estimeret ressourceforbrug på 2.000 timer (heraf 300 timer til KJUR og MØK og 1.700 timer til CDP og MTF), som senere blev opjusteret til 2.650 timer. Der er i alt brugt 5.577,45 timer i perioden dec. 2017- oktober 2020. Ressourceforbruget er således overskrevet med 2.927,45 timer.

Det er case teamets vurdering, at ressourceforbruget i projektet har været for stort. Case teamet vurderer, at følgende opmærksomhedspunkter kunne have ressourcebesparende for teamet:

- **Sagen kunne være skrevet kortere**, hvis teamet på et tidligere tidspunkt havde besluttet, at visse forhold i sagen var tilstrækkelig underbygget, uden at det således var nødvendigt at angive alle forhold til støtte for styrelsens konklusioner (fx (i) det naturlige eksperiment i sagen var meget vægtigt argument i afgrænsningen af marked 1 i sagen, som herefter kunne være skrevet kortere; (ii) dominansvurderingen og vurderingen af separate ydelser kunne være skrevet kortere og med henvisning til færre forhold)
- **Teamet kunne have brugt færre ressourcer på den del af markedsundersøgelsen, der vedrørte adresseløse forsendelser**, hvis teamet fx havde fokuseret endnu mere på forekomsten af det naturlige eksperiment i sagen, hvor en vigtig kilde til information var parten selv og kun i mindre omfang spørgeskema til kunder/annoncører.
- **Teamet kunne have mindsket sandsynligheden for misforståelser om fortrolighedsmarkeringer**, hvis teamet havde insisteret på at få partens konkrete gul markeringer af samtlige de oplysninger, som efter partens opfattelse ikke kunne offentliggøres, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 4.
- **Sagen kunne have været skrevet mere fokuseret**, hvis det havde været muligt at nedprioritere eller flytte andre sager.

Det er dog også case teamets vurdering, at det har været nødvendigt at anvende yderligere ressourcer for at kunne træffe afgørelse i sagen. Det er derudover case teamets vurdering, at det estimerede ressourceforbrug har været alt for optimistisk henset til sagens kompleksitet og behovet for yderligere ressourcer til bl.a. interessenthåndtering.

Erfaringer til udbredelse i styrelsen

- Det er en reel mulighed, at parten sender indtil flere partsindlæg kort før det tidspunkt, hvor Konkurrencerådet forventes at træffe afgørelse i sagen. Løbende dialog med parten kan gøre det lettere for case teamet at håndtere sådanne indlæg.
- En løbende aktindsigt i sagen på tidligst mulige tidspunkt kan til en vis grad mindske sandsynligheden for klager på ”strategiske” tidspunkter i sagsforløbet.
- Case teamet kan med fordel have fokus på at sikre, at styrelsen modtager partens konkrete markeringer af fortrolige oplysninger i klagepunktsmeddelelsen.
- For at minimere potentiel risiko for fejl bør case teamet sætte sig grundigt ind i interne retningslinjer og gode råd for brug

af samarbejdsrum og rådssagsskabeloner, som i praksis kan være ustabile.

- Der kan være fordele ved at gennemføre rådssager efter en intensiveret proces, hvor case teamet arbejder mere fokuseret på en rådssag. Dette gælder navnlig, hvis teamet har mulighed for at arbejde koncentreret på sagen / kan arbejde ”i sprint”.

Ansvarlig for denne formidling er CHJ/SIK/ANN.

Opfølgingsplan Det er ikke nødvendigt med en opfølgingsplan.