

NOTAT

Dato: 19. december 2022
Sag: TECH-21/00867-146
Sagsbehandler: /bfj/ahm

Rådssag om Kundedelingsaftale mellem Codeex ApS og Barcode People ApS

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

Beslutning	Projektet er afsluttet og slettet fra porteføljen.
Erfaringer (punktform)	<p><i>Oprids i punktform de erfaringer, som er opnået med projektet. (Uddybes nærmere under afsnittet "Erfaringer til udbredelse i styrelsen").</i></p> <ul style="list-style-type: none">• Sagens parter er to holdingselskaber og hver deres datterselskab. I alle virksomhederne er ejeren også direktør. Desuden var der konkret mistanke om en overtrædelse af loven. Dette har haft særlig betydning i forhold til selvinkriminering. Det anbefales fremover, i lignende situationer, at afsætte god tid til at forberede MOB og MOB-møde, samt den vejledning der skal gives, idet en ledende medarbejder skal vejledes om selvinkriminering både før og under mødet.• Sagen er den første efter implementeringen af ECN+, som både indebærer en [...] og en tilkendegivelse fra den anden part om at ville vedtage en bødeforelæg. Det blev besluttet, både at indstille til afgørelse i Konkurrencerådet og bagefter udstede bødeforelæg. Det anbefales fremover, hvis man ønsker samme proces (afgørelse + bødevedtagelse) at afsætte god tid til at forberede de enkelte indstillinger til rådet om hhv. bødeegnethed/bødeforelæg samt bødebeløb. Det skyldes, at processerne også er nye for rådet.• Angående bødeforelæg er der endelig også to vigtige læringspunkter. For det første, det er vigtigt at være opmærksom på løbende at vejlede parten om ankefristen for rådsafgørelsen, hvis diskussion om bødeforelægget trækker ud. For det andet, er det vigtigt, at styrelsen har en intern linje for, hvornår dokumentationskravet for manglende betalingsevne er opfyldt. Begge disse punkter er vendt med TR og JSM mhp. at styrelsen internt beslutter, hvordan denne proces skal håndteres.• I denne sag blev der brugt meget sagsbehandlingstid på at redegøre for et "forsvar" i form af accessorisk begrænsning, som ikke var blevet gjort gældende af parten. Det er selvfølgelig ikke altid muligt, på forhånd, at beslutte, hvilke ekstra knaster, der skal bores

ud, men i forhold til andre lignende sager fremover, er det et læringspunkt til overvejelse, at man i sager, hvor overtrædelsen er rimelig klar, og hvor der foreligger en leniency-ansøgning + interesse i bøvedtagelse, forholder sig kritisk til om det er "need to" eller blot "nice to" at bore knaster ud. Case teamet anbefaler, at man kun holder sig til de knaster, der er "need to".

- Endelig, har styrelsen, med rådets opbakning, på baggrund af advokatrådgivningen, som parterne har modtaget i forhold til den ulovlige kundedelingsaftale, besluttet at gøre Advokatrådet opmærksom på sagen mhp. evt. disciplinære skridt overfor advokaterne. Advokatrådet har efterfølgende bedt om aktindsigt i afgørelsen. I denne forbindelse har det været et vigtigt læringspunkt, at finde ud af hvilke oplysninger styrelsens kan videregive til advokatrådet i medfør FVL, OFL og særligt Persondatabeskyttelsesloven.

Resumé af rådssagen

Denne sag omhandler en aftale om kundedeling. Aftalen blev indgået mellem to anpartshavere, som i en årrække i det fælles selskab QBS ApS samarbejdede om salg af datafangst- og stregkodeløsninger til lagerstyring på tværs af flere brancher.

De to anpartshavere aftalte en intern opdeling af kunder og salg i hver deres respektive "afdeling" i QBS ApS og fordelte på denne måde overskuddet i QBS ApS imellem sig. Anpartshaverne havde dog tillige aftalt, at de hverken direkte eller indirekte måtte udføre arbejde, ansætte, indlede forretningsforbindelse med eller i øvrigt have forretningskontakt til kunder, som den anden anpartshaver havde haft forretningsmæssig kontakt til. Aftalen gjaldt dog også efter de hver især stiftede nye konkurrerende virksomheder, og da QBS ApS efterfølgende gik konkurs.

Den ene anpartshaver stiftede efter en årrække sit eget datterselskab Codeex ApS, som konkurrerede på samme marked for datafangst- og stregkodeudstyr som QBS ApS. Kort efter stiftede den anden anpartshaver også sit eget konkurrerende datterselskab, Barcode People. Driften af det fællesjede selskab QBS ApS ophørte herefter og kort tid efter gik selskabet konkurs.

Som følge af kundedelingsaftalen fordelte anpartshaverne – i deres nye indbyrdes konkurrerende selskaber – kunder fra QBS ApS mellem sig. Det skete ved, at parterne nedskrev, hvilke kunder, der tilhørte hver af anpartshaverne, og

som den anden anpartshaver, hverken aktivt eller passivt, måtte sælge til.

Kundedelingsaftalen var egnet til at begrænse konkurrencen. Kundernes valgmuligheder blev begrænset som følge af aftalen, for så vidt angår køb af datafangst- og stregkodeløsninger i den relevante periode, hvilket kan have haft indflydelse på såvel det tilgængelige produktudvalg samt prisen for produkterne.

Kundedelingen fremgik først af anpartshavernes ”Partnerselskabskontrakt” og senere af en ”Forligsaftale” mellem parterne.

Kundedelingsaftalerne – understøttet af den øvrige dokumentation i sagen – skal anses for én samlet overtrædelse.

Det fremgik af henholdsvis Partnerselskabskontrakten og Forligsaftalen, at aftaleparterne; Johnny Nørgaard Holding ApS og CharlezDish Holding ApS, mens de var anpartshavere, og derudover i en periode på henholdsvis 36 og 24 måneder, hverken direkte eller indirekte måtte udføre arbejde, ansætte, indlede forretningsforbindelse med eller i øvrigt have forretningskontakt til kunder, som den anden part havde haft forretningsmæssig kontakt med inden for de seneste tre år.

Parterne var således afskåret fra at rette henvendelse til kunder, som den anden part havde haft en forretningsmæssig kontakt med. Eksempelvis fremgik det af kundedelingsaftalen, at der hverken direkte eller indirekte måtte rettes henvendelse til kunder, som den anden part havde haft forretningsmæssig kontakt til, herunder hvis parterne f.eks. påbegyndte egen virksomhed mv.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har bevissikret materiale hos sagens parter. Det fremgår af dette materiale, at parterne i en periode på ca. 3 år og 2 måneder, fra i hvert fald 1. maj 2018 til 6. juni 2021, efterlevede kundedelingsaftalen. Dokumentationen viser således, at parterne bl.a.:

- » forhandlede om, hvilke kunder, der tilhørte hvilken part,
- » udarbejdede kundelister,
- » henviste kunder til den anden part, såfremt disse kunder fremgik af den anden parts kundeliste, og
- » gjorde krav om bod gældende ved overtrædelse af kundedelingsaftalen.

Styrelsen har til brug for denne sag afgrænset et relevant marked for salg af datafangst- og stregkodeløsninger i Danmark. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af produktmarkedet eller det geografiske marked. Det skyldes, at der er tale om koordineret adfærd i form af kundedeling blandt virksomheder, der anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen, idet de pågældende virksomheder anses for konkurrenter under alle rimelige afgrænsninger af det relevante marked.

Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis om kundedeling er i strid med selve grundtanken bag konkurrencereglerne, hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, som vedkommende vil føre på markedet. Aftaler mv. om kundedeling er således omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og anses normalt for at udgøre en alvorlig overtrædelse, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Styrelsen vurderer, at kundedelingsaftalen i henholdsvis Partnerselskabskontrakten og Forligsaftalen ikke var konkernintern, jf. konkurrencelovens § 5.

Styrelsen vurderer, at parternes aftale om kundedeling konkret udgjorde en alvorlig overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3.

Styrelsen vurderer endvidere, at kundedelingsaftalen i henholdsvis Partnerselskabskontrakten og Forligsaftalen ikke udgjorde et løn- og arbejdsvilkår omfattet af undtagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 3.

Styrelsen vurderer yderligere, at kundedelingsaftalen i Partnerselskabskontrakten og i Forligsaftalen ikke udgjorde en lovlig kundeklausul. Det skyldes blandt andet, at aftalen ikke havde til formål at beskytte QBS ApS ved at sikre, at QBS bevarede værdi i form af f.eks. kunder, goodwill eller knowhow. Derimod havde aftalen til formål gensidigt at beskytte de to anpartshavere; Johnny Nørgaard Holding ApS og CharlezDish Holding ApS mod konkurrence fra hinanden.

Der var samlet set tale om en bred beskyttelse, som medførte, at anpartshavernes nye datterselskaber Codeex ApS og Barcode People ApS blev beskyttet mod konkurrence fra hinanden i en periode længere end 3 år, uden geografiske begrænsninger, og ikke kun i forhold til de produkter og ydelser, som QBS ApS solgte, idet Forligsaftalen ikke be-

	<p>grænsede sig til et specifikt forretningsområde. Forligsaftalen havde endvidere ikke til formål at beskytte QBS ApS og parterne anvendte Forligsaftalen til også at dele kunder, som ikke var omfattet af kundelisterne fra Partnerselskabskontrakten.</p> <p>Styrelsen vurderer endelig, at parternes kundedelingsaftale hverken kan fritages forbuddet i konkurrencereglerne i medfør af en gruppefritagelse, jf. konkurrencelovens § 10, eller i medfør af en individuel fritagelse, jf. konkurrencelovens § 8.</p>
Væsentligste problemer	<p>Det har været en udfordring, at diskutere udkast til bødeforelæg samt dokumentation for manglende betalingsevne med parten og dennes advokat.</p> <p>Det har desuden været udfordrende - men vigtigt- at arbejde med nye kompetencer, som der endnu ikke er erfaring med eller en intern proces for, fx bødeforelæg eller ansøgninger om straflempe/leniency under ECN+.</p>
Succeskriterier og leverancer	<p>Projektet har leveret som aftalt. Det har dog taget væsentligt længere tid og flere ressourcer end først antaget. Dette skyldes primært, at sagen har vist sig at være kompleks rent processuelt, idet styrelsen med denne sag har skulle navigere i lovændringerne i medfør af ECN+, hvilket har haft betydning for [...] samt for processen for bødevedtagelse (og evt. kommende bødeforelæg, i tilfælde af at parten ender med ikke at ville vedtage bødeforelægget alligevel).</p>
Fremdrift	<p>Der har igennem hele sagsforløbet været en rimelig fremdrift, dog med visse udfordringer, primært pga. af de mange nye processkridt, der skulle tages stilling til, som følge af at sagen var den første af sin art efter implementeringen af ECN+.</p> <p>Der henvises til bemærkningerne nedenfor under "Ressourcer".</p>
Ressourcer	<p>Der er blevet brugt mange flere ressourcer end først antaget. Det vurderes imidlertid, at det primært skyldes, at sagen har banet vejen for stort set alle de nye kompetencer, som styrelsen havde fået efter implementeringen af ECN+.</p> <p>Den saglige behandling af sagen er måske i virkeligheden holdt inden for de givne rammer ift. timeantal. Men dertil kommer mange timer brugt på at forholde sig til nye behov i selve sagsprocessen, både i forhold til tilsagn om straflempe, bødeforelæg og fremdrift af sagen i dobbelt spor – både rådsafgørelse og bødevedtagelse.</p>

Der har generelt været rigtig god sparring med KEP/EKA i forhold til det processuelle i sagen. Der har også været udfordringer ift. fremdrift ift. KU og efterbehandling, samt tid brugt på overvejelser om tilskæring.

Mange af de konkrete erfaringer med sagen, har bidraget til vigtig viden til KFST's generelle processer for rådssager, og dermed bidraget til rådssagsmodellen.

Endelig kunne det være gået hurtigere, hvis vi var fortsat med 3 på teamet i hele perioden, fremfor at være 2 på teamet de sidste 9 måneder.

Erfaringer til udbredelse i styrelsen

- Sagens parter er to holdingselskaber og hver deres datterselskab. I alle virksomhederne er ejeren også direktør. Desuden var der konkret mistanke om en overtrædelse af loven. Dette har haft særlig betydning i forhold til selvinkriminering. Det anbefales fremover, i lignende situationer, at afsætte god tid til at forberede MOB og MOB-møde, samt den vejledning der skal gives, idet en ledende medarbejder, der på vegne af Virksomhederne personligt måtte vælge at fremkomme med oplysninger, skal vejledes om selvinkriminering og om, at disse oplysninger kan indgå i sagen og vil kunne få betydning for bedømmelsen af den mulige personlige lovovertrædelse.
- Det blev besluttet, både at indstille til afgørelse i Konkurrencerådet og bagefter udstede bødeforelæg. Det anbefales fremover, hvis man ønsker samme proces (afgørelse + bøvedtagelse) at afsætte god tid til at forberede de enkelte indstillinger til rådet om hhv. bødeegnethed/bødeforelæg samt bødebeløb.
- I denne sag blev der brugt meget sagsbehandlingstid på at redegøre for et "forsvar" i form af accessorisk begrænsning, som ikke var blevet gjort gældende af parten. Det er selvfølgelig ikke altid muligt, på forhånd, at beslutte hvilke ekstra knaster, der skal bores ud, men i forhold til andre lignende sager fremover, er det et læringspunkt til overvejelse, at man i sager hvor overtrædelsen er rimelig klar, og hvor der foreligger en leniency-ansøgning + interesse i bøvedtagelse, forholder sig kritisk til om det er "need to" eller blot "nice to" at bore knaster ud. Case teamet anbefaler, at man kun forholder sig til de knaster, der er "need to".
- Endelig, har styrelsen, med rådets opbakning, på baggrund af advokatrådgivningen, som parterne har modtaget i forhold til den ulovlige kundedelingsaftale, besluttet at gøre Advokatrådet opmærksom på sagen mhp. evt. diciplinære skridt overfor advokaterne. Ad-

vokatrådet har taget meget vel imod styrelsens orientering. I denne forbindelse har det været et vigtigt læringspunkt, at finde ud af hvilke oplysninger styrelsens kan videregive til advokatrådet i medfør Persondataskyttelsesloven.

Formidling sker på førstkommende konkurrencemøde ved AHM.

Desuden lægges projektevaluering på rådssagsmodellen på INTRA til brug for videndeling.

Opfølgingsplan

Der er ikke planlagt opfølgning i forhold til den materielle del af sagen. De erfaringer, der er gjort i forhold til det processuelle kan der med fordel følges op på i regi af rådssagsmodellen og KEP's arbejde med at fastlægge processer for bødeforelæg-sager og særligt "hybridsager" som både involverer en rådsafgørelse og bødeforelæg. Såfremt sagen ikke ender med bødeforelæg, men derimod at der anlægges sag ved S&H-retten, vil det også være oplagt at følge op på erfaringer fra dette forløb i forhold til lignede processer i andre af rådets kommende afgørelser.