

NOTAT

Dato: 28. november 2023

Sag: DIPS-22/01478-96

Sagsbehandler: /RJPF

Rådssag om ECIT's medansvar for markedsdeling

KONKURRENCE- OG

FORBRUGERSTYRELSEN

Indstilling	Det <u>indstilles</u> , at sagen vedr. ECIT Account A/S afsluttes og nedenstående erfaringer formidles i styrelsen.
Erfaringer (punktform)	<ul style="list-style-type: none">Når en sag forsøges afsluttet med en bøvedtagelse, så skal der både være fast praksis for sanktionsniveauet for den type adfærd, som er genstand for sagen, f.eks. en markedsdelingsaftale, men også for virksomhedens individuelle rolle i overtrædelsen, f.eks. en facilitatorrolle.I hybridsager¹ er det vigtigt indledningsvist at gøre sig overvejelser om, hvordan klagepunktsmeddelelsen skal skrives i lyset af, at nogle af parterne har afsluttet sagen med en bøvedtagelse. I denne sag har case-teamet holdt sig til alene at beskrive andre parters adfærd, hvor det har været nødvendigt for at vurdere ECIT's adfærd.Undervejs i sagen har en medarbejder fra KEP været indlånt på sagen. Samtidig var der ikke nogen fra DIPS, der arbejdede på sagen pga. fusionsudlån. Det kan være vanskeligt for indlånte medarbejdere fra andre centre at arbejde alene med en sag. Hvis man har indlånte medarbejdere til at arbejde på en sag, bør det derfor ske i samspil med medarbejdere fra det ansvarlige branchecenter. Det er vigtigt at være opmærksom på, at det kan være bedre at sætte en sag helt på pause end at arbejde videre med en ineffektiv proces, da medarbejdernes arbejdstid kan være mere effektivt brugt på andre opgaver.Løbende inddragelse af sparringspersoner undervejs i sagen kan gøre processen mere effektiv. Vi kunne med

KFST – Uafhængig konkurrencemyndighed

¹ Sager, hvor der udarbejdes bødeforlæg til nogle parter, men også en klagepunktsmeddelelse, fordi sagens øvrige parter ikke kan eller vil vedtage en bøde.

fordel have inddraget sparringspersoner både oftere og tidligere i processen for at få nye øjne på svære spørgsmål. I lighed hermed har sparringspersonerne også haft et ønske om at blive inddraget løbende i sagen.

- Det er en hjælp, hvis caseteamet bliver gjort opmærksomme på, hvis der er andre igangværende sager i styrelsen med lignende problemstillinger. Det giver for det første en mulighed for sparring med det andet branchecenter. Og for det andet er det også en mulighed for at sikre, at der så tidligt som muligt er en fælles linje i styrelsens rådsafgørelser.

Resumé af rådssagen

Sagen handler om rådgivningsvirksomheden ECIT Account A/S' ("ECIT") medansvar for en geografisk markedsdeling mellem en række selvstændige diskoteker m.v. ("Diskotekerne") i NOX Network ApS ("NOX") på et marked for diskoteksydelser i Danmark.

Sagen mod ECIT startede efter, at Diskotekerne og NOX i november og december 2021 vedtog udenretlige bødeforelæg, idet de erkendte overtrædelsen. På rådsmødet i februar 2022 blev det besluttet, at lade sagen mod ECIT starte op som en rådssag, da sagen alligevel ikke egnede sig til at blive afsluttet med en bødevedtagelse pga. manglende praksis for bødeudmålingen i sager om kartelfacilitering.

Sagens materiale viser, at Diskotekerne i perioden 13. juli 2004 til 24. marts 2020 har haft en aftale om ikke at åbne filialer i hinandens byer eller kommuner eller inden for en nærmere bestemt radius af hinanden. Aftalen kom i stand på et møde mellem Diskotekerne, hvor ECIT deltog, og den blev her formuleret som en "gentleman agreement". Kort efter mødet blev NOX-samarbejdet igangsat, og bestyrelsen i NOX blev udpeget med ECIT på formandsposten. NOX-samarbejdet indebar fordele for Diskotekerne i form af bl.a. fælles indkøb, personaleuddannelse og kurser. I forbindelse med etableringen af NOX udarbejdede bestyrelsen et såkaldt aftalegrundlag, som indeholdt vilkårene for Diskotekernes medlemskab i NOX ("Aftalegrundlaget"). Bestyrelsen sørgede for at integrere Diskotekernes markedsdelingsaftale som et vilkår heri. Aftalegrundlaget skulle overholdes, så længe Diskotekerne var medlemmer af

NOX. Manglende overholdelse af vilkårene, herunder vilkåret om markedsdeling, kunne bl.a. medføre eksklusion fra NOX, hvorved Diskotekerne ville miste samtlige fordele ved at være med i NOX.

Med NOX-bestyrelsens integrering af Diskotekernes markedsdelingsaftale i Aftalegrundlaget var aftalen nu ikke længere blot en "gentleman agreement" mellem Diskotekerne, men også et decideret vilkår for at være medlem i NOX. Da Diskotekerne var både forpligtede og motiverede til at overholde vilkårene i Aftalegrundlaget, fik markedsdelingsaftalen som følge heraf en mere bindende og styrket karakter for Diskotekerne. Ud over denne styrkelse af markedsdelingsaftalen sørgede NOX-bestyrelsen – hvori ECIT var medlem – desuden for løbende at revidere Aftalegrundlaget og facilitere debatter m.v. om markedsdelingen på møder med Diskotekerne for at sikre den vedvarende overholdelse af den.

Det er styrelsens vurdering, at ECIT har været med til at etablere og opretholde markedsdelingen. ECIT har gennem sin ledende rolle i NOX-bestyrelsen været ansvarlig for bl.a. udformningen af markedsdelingsaftalen og Aftalegrundlaget. ECIT har derudover bl.a. deltaget aktivt på møder, hvor markedsdelingen var omdrejningspunkt. Det er styrelsens vurdering, at ECIT med sit bidrag har haft en aktiv og central rolle i markedsdelingen. Styrelsen vurderer endvidere, at ECIT har haft fuldt kendskab til markedsdelingen og har haft til hensigt at bidrage til den. Som følge heraf vurderer styrelsen, at ECIT har deltaget i markedsdelingen og dermed er medansvarlig for den samlede overtrædelse.

Styrelsen vurderer, at markedsdelingen i denne sag har til formål at begrænse konkurrencen på et marked for diskoteksydelser i Danmark. Det skyldes, at Diskotekerne gennem markedsdelingen hver især er blevet tildelt et eksklusivt geografisk område, hvor de har haft eneret til at udbyde deres diskoteksydelser uden at møde konkurrence fra hinanden. En sådan opdeling af markedet er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3.

Endelig er det styrelsens vurdering, at adfærden i) ikke udgør en accessorisk begrænsning i forbindelse med indkøbssamarbejdet, ii) ikke er omfattet af en gruppefritagelse, og

	<p>iii) ikke opfylder betingelserne for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.</p>
Væsentligste problemer	<p>De væsentligste problemer i sagen har været relateret til skiftninger i caseteamet og nedprioritering af sagen, hvilket har gjort processen mere ineffektiv end sædvanligt, jf. nærmere nedenfor under fremdrift og ressourcer.</p> <p>Den oprindelige milepælsplan baserede sig endvidere på en noget smallere vurdering af adfærden i klagepunktsmeddelelsen, end hvad der viste sig at være nødvendigt. Hvis der sker større ændringer i leverancerne, så skal milepælsplanen revideres. Det sikrer en bedre proces og en afgørelse af højere kvalitet.</p> <p>Hvis der kommer nye medarbejdere på sagen, eller sagen har været sat på pause i en længere periode, så bør der sættes tid af i milepælsplanen til at genbesøge bevismateriale og andre relevante dokumenter på sagen. Det kan hjælpe at lave en bevisoversigt med en tydelig beskrivelse af, hvordan de enkelte bevise er relevante. Det kan også være relevant at genbesøge beviser, hvis arbejdshypoteser ændrer sig undervejs.</p>
Succeskriterier og leverancer	<p>Projektet er leveret som aftalt i henhold til de reviderede milepælsplaner, jf. nedenfor om fremdrift og ressourcer.</p> <p>Det er endvidere caseteamets opfattelse, at afgørelsen har været med til at skabe klarhed og opmærksomhed omkring rådgiveres ansvar for konkurrencebegrænsende adfærd, hvilket var et opstillet succeskriterium i projektbeskrivelsen. Vi forventer, at det vil have en vis præventiv effekt.</p>
Fremdrift	<p>Sagen blev startet op efter beslutning på DIR-mødet den 28. marts 2022, hvor det var forventningen, at rådsmøde om afgørelse ville være afholdt inden udgangen af Q1 2023. Rådet traf afgørelse i sagen i oktober 2023, dvs. 7 måneder senere end forventet.</p> <p>Der har været den nødvendige fremdrift i projektet under hensyn til de arbejdsbetingelser, som sagen har været underlagt, jf. nedenfor om ressourcer. Sagen blev allerede nedprioriteret umiddelbart efter opstart, idet daværende projektleders tidsforbrug på Royal Unibrew/Aqua d'Or-fusionen blev opjusteret i forbindelse med endelig anmeldelse</p>

	<p>den 25. marts 2022. Sagen var dermed uden reel fremdrift indtil sagen blev prioriteret igen i oktober 2022, idet den indlånte medarbejder alene har arbejdet knap 60 timer på sagen i perioden marts 2022 til oktober 2022. Denne mellemliggende periode svarer til de 7 måneder, som projektet blev forsinket med i forhold til projektbeskrivelsen.</p>
Ressourcer	<p>Der blev oprindeligt afsat 1.200 timer til projektet, herunder 100 timer til KEP og 50 timer til MØK. Det faktiske tidsforbrug udgør imidlertid ca. 2.100 timer. Dette vurderes rimeligt bl.a. af følgende årsager:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Det oprindelige estimat baserede sig på en smallere vurdering af adfærden i sagen. Caseteamet fandt senere ud af, at ECIT's adfærd ikke kunne udskilles fra den samlede adfærd. Caseteamet skulle derfor inddrage og vurdere den samlede adfærd i klagepunktsmeddelelsen. • Sagen er en af de første hybridsager i styrelsen og caseteamet har brugt en del tid på at undersøge, hvordan dette påvirker afgørelsens struktur og indhold. • Caseteamet er blevet ændret flere gange undervejs som følge af opsigelser og ændret prioritering af opgaver eller omfordeling af opgaver. Hertil er projektereren på sagen blevet skiftet ud. • I knap halvdelen af projektets varighed har der alene været 1 sagsbehandler uden erfaring med rådssagsmodellen til at arbejde på sagen.
Erfaringer til udbredelse i styrelsen	<p>Vurderingen af om der er fast praksis for sanktionsniveauet ifm. bødevedtagelser</p> <p>Der blev i sagen først arbejdet hen mod en bødevedtagelse til ECIT, men sagen blev sidenhen behandlet som en råds-sag, fordi betingelserne for at anvende en bødevedtagelse alligevel ikke var opfyldt.</p> <p>I fremtidige sager skal man huske at se på, om der er fast praksis for sanktionsniveauet for den type adfærd, som er genstand for sagen, f.eks. markedsdelingsaftaler, men også for virksomhedens individuelle rolle i overtrædelsen, f.eks. en facilitatorrolle. Sagen måtte efter styrelsens vurdering behandles som en råds-sag, fordi der ikke var fast praksis for sanktionsniveauet i facilitatorsager.</p>

Punktet taler ind i eksisterende overvejelser om at udbyde vurderingen af parternes adfærd i bøvedtagelserne, da caseteamet i så fald vil komme et skridt nærmere klassificeringen af adfærden. Det bør overvejes, hvordan adfærden skal beskrives i en eventuel klagepunktsmeddelelse – og om en sådan klassificering af adfærden eventuelt afskærer muligheden for at vedtage en bøde, fordi der endnu ikke er fast praksis.

Forvaltningsretlige overvejelser ifm. hybridsager

Det er under sagens behandling blevet drøftet med KEP, hvordan afgørelsen bedst gribes an, når afgørelsen uundgåeligt kommer til at indeholde oplysninger om og vurderinger af de virksomheder, som allerede havde vedtaget bøder for deres deltagelse i overtrædelsen. Der kan potentielt opstå forvaltningsretlige spørgsmål, herunder om partsstatus eller genoptagelse, i den forbindelse.

Caseteamet har derfor alene beskrevet andre virksomheders adfærd, hvis det har været nødvendigt for at vurdere ECIT's adfærd.

Indlån fra et andet center

Undervejs i sagen har en medarbejder fra KEP været indlånt på sagen for at få flere ressourcer på sagen. Vi har erfaret, at det er nødvendigt at have en projektleder fra branchecenteret på sagen samtidig for at styre processen, da det kan være vanskeligt for en indlånt medarbejder at arbejde alene med sagen.

Konkret i denne sag blev den tidligere projektleder nemlig midlertidigt taget af sagen for at prioritere Royal Unibrew/Aqua d'Or-fusionen. I den forbindelse forsøgte man at arbejde videre med ECIT-sagen med den indlånte medarbejder som den eneste på sagen. Det var en mindre effektiv proces end sædvanligt, hvorfor man i fremtidige sager formentlig bør sætte sagen helt på pause i stedet for at forsøge at arbejde videre med halv kraft eller mindre. Caseteamet og den relevante kontorchef bør skabe overblik over de relevante medarbejders arbejdstid og hurtigst muligt træffe en beslutning om, hvordan arbejdstiden skal prioriteres. Hvis det beslutes, at den indlånte medarbejder tages af sagen for at prioritere andre opgaver, så er det vigtigt at der sikres en god overlevering af viden til caseteamet.

Det gælder særligt, hvis branchecenterets medarbejdere har været taget helt af sagen i den periode, hvor den indlånte medarbejder har arbejdet alene med sagen.

Inddragelse af sparringspersoner undervejs i processen

Vi har erfaret, at inddragelse af sparringspersoner ofte kan gøre processen mere effektiv. Konkret har vi ad flere omgange fået nye øjne på sagen i situationer, hvor der var forskellige holdninger i caseteamet. Det har været med til at afklare nogle problemstillinger i sagen og sikre fremdriften. Vi kunne med fordel have inddraget sparringspersoner både oftere og tidligere i processen.

Det har i forbindelse med evalueringen af sagen også været nævnt af sparringspersonerne, at de gerne ville være blevet inddraget mere i sagen – også selv om der konkret ikke er problemstillinger, der skal drøftes. Vi har erfaret, at det derfor kan være hensigtsmæssigt at holde løbende kontrakt med sparringspersonerne til en vis grad. Man kan f.eks. holde et kort statusmøde, så sparringspersonerne ved, hvad der er sket siden sidst. Det gælder særligt, hvis der er gået lang tid siden sidste møde med sparringspersonerne. På denne måde skal sparringspersonerne ikke genbesøge sagen hver gang, at der kommer spørgsmål fra caseteamet.

Flere igangværende sager, som ligner hinanden

Det har været en hjælp, at KEP gjorde caseteamet opmærksomme på, at der i MFRR-sagen også var betragtninger om kartelfacilitering. Det betød, at vi var opmærksomme på en mulighed for at sparre med BET om nogle af de samme problemstillinger. Det er godt, hvis caseteamet bliver opmærksomme på dette så tidligt som muligt, så der internt i styrelsen er enighed om den fælles linje og rådsafgørelserne stemmer overens.

Ansvarlig for denne formidling er RJPF.

Opfølgingsplan

Der er ikke planlagt opfølgning i forhold til undersøgelse af ønskede effekter af sagen, som pt. afventer at klagefristen udløber, så styrelsen kan nedlægge påstand om bøde ved Sø- og Handelsretten.