



SØ- OG HANDELSRET TEN DOM

afsagt den 6. maj 2024

Ekstraheret, offentlig version

Sag BS-30782/2021-SHR

Axel Kaufmann ApS
(advokat Søren Zinck)

mod

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Harald Micklander (retsformand), retspræsident Mads Bundgaard Larsen og vicepræsident Jette-Marie Sonne sammen med de sagkyndige medlemmer John Wagner og Asger Lunde.

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt den 17. august 2021, drejer sig om prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 23. juni 2021 i sag nr. KL-1-2020, hvorved ankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020 om, at HUGO BOSS Nordic ApS (herefter Hugo Boss) og Axel Kaufmann ApS (herefter Kaufmann) havde overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, vedtægter inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1.

Sagen er sambehandlet med BS-30903/2021-SHR, Hugo Boss mod Konkurrencerådet.

Kaufmann har nedlagt følgende påstand:

Principal:

Konkurrenceankenævnets kendelse af 23. juni 2021 i sag nr. KL-1-2020, der stadfæster Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020, ophæves.

Subsidiært:

Konkurrenceankenævnets kendelse af 23. juni 2021 i sag nr. KL-1-2020, der stadfæster Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020, ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har påstået frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Den foreliggende sag er en prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 23. juni 2021 i sag nr. KL-1-2020, der stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020 vedrørende informationsudveksling mellem Hugo Boss og Kaufmann.

Af Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020 fremgår bl.a.:

" ...

1. Resume

...

1. HUGO BOSS er både leverandør/producent og forhandler af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss. Kaufmann er forhandler af beklædningsgenstande af bl.a. mærket Hugo Boss. Virksomhederne er derfor begge aktive på detailmarkedet for beklædningsgenstande.

2. Denne sag er således kendetegnet ved, at informationsudvekslingen er foretaget mellem parter, hvoraf den ene part er leverandør/producent på engrosmarkedet og samtidig vertikalt integreret på detailmarkedet med egne detailbutikker. Parterne indgår derfor både i et kunde-/leverandørforhold og er samtidig konkurrenter på detailmarkedet.

3. Sagen blev indledt på baggrund af en kontrolundersøgelse foretaget den 4. oktober 2018 hos Axel Kaufmann ApS.

4. Materialet fra kontrolundersøgelsen viser, at der i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017 er udvekslet informationer mellem HUGO BOSS og Kaufmann, idet HUGO BOSS bl.a. på forespørgsel fra Kaufmann løbende i perioden har orienteret Kaufmann om strategiske, individualiserede og fremtidige forhold, herunder priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg.

5. Styrelsen vurderer, at parternes informationsudveksling har været egnet til at fjerne eller væsentligt reducere strategiske usikkerhedsmomenter om parternes fremtidige adfærd, som har haft til formål at mindske intrabrand konkurrencen mellem parterne.

6. Det er endvidere styrelsens vurdering, at informationsudvekslingen bl.a. kan have medført lavere udsalgsrabatter, svarende til højere priser til skade for forbrugerne samt et mere koordineret, ensartet og i nogle tilfælde mindsket varesortiment på udsalg hos HUGO BOSS og Kaufmann.

7. Det relevante marked i denne sag kan umiddelbart afgrænses til detailmarkedet for beklædningsgenstande i Danmark. Styrelsen har dog ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked, da det ikke har betydning for vurderingen af denne sag.

8. Styrelsen vurderer, at de i sagen konstaterede tilfælde af informationsudveksling forfølger det samme konkurrencebegrænsende formål. Parternes samlede adfærd i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017 består derfor i en samordnet praksis, der skal vurderes som én sammenhængende overtrædelse.

9. Det er styrelsens vurdering, at parternes samordnede praksis er af horisontal karakter, da informationen vedrører HUGO BOSS og Kaufmanns aktiviteter på detailmarkedet for beklædningsgenstande, hvor parterne er aktuelle konkurrenter.

10. Det er styrelsens vurdering, at HUGO BOSS og Kaufmanns samordnede praksis om informationsudveksling af strategiske, individualiserede og fremtidige forhold, herunder priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg har til formål at begrænse konkurrencen.

11. Der er ikke særlige karakteristika ved markedet, som kan rejse tvivl om, hvorvidt parternes samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen, og den retlige og økonomiske kontekst bekræfter, at indholdet af og målsætningen med parternes samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen.

12. Styrelsen vurderer samlet, at HUGO BOSS og Kaufmann har overtrådt konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017.

13. Den samordnede praksis er ikke omfattet af en gruppefritagelse, og HUGO BOSS og Kaufmann har ikke dokumenteret, at den samordnede praksis opfylder betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, eller TEUF artikel 101, stk. 3.

2. Afgørelse

14. Konkurrencerådet træffer følgende afgørelse:

1. Det meddeles HUGO BOSS NORDIC ApS og Axel Kaufmann ApS, at HUGO BOSS NORDIC ApS og Axel Kaufmann ApS har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved:

» i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017 at have indgået en samordnet praksis om informationsudveksling af priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg.

2. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, påbyder Konkurrencerådet HUGO BOSS NORDIC ApS og Axel Kaufmann ApS:

» straks at bringe den i punkt 1 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket, og

» fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 1.

3. Sagsfremstilling

...

3.2. De involverede virksomheder

...

3.2.1 HUGO BOSS

25. HUGO BOSS NORDIC ApS er leverandør og detailforhandler af det tyske mærke Hugo Boss, som produceres af HUGO BOSS AG.

26. HUGO BOSS NORDIC ApS er ejet 100 pct. af HUGO BOSS International BV, som er et datterselskab til HUGO BOSS AG.

27. HUGO BOSS AG oplyser på sin hjemmeside, at HUGO BOSS-koncernen er én af de førende virksomheder på det globale beklædningsmarked i "premium"-segmentet. HUGO BOSS-koncernen producerer og sælger tøj, sko og tilbehør til både kvinder og mænd. HUGO BOSS har endvidere oplyst, at virksomheden er til stede i 128 lande.

28. HUGO BOSS NORDIC ApS leverer varer af mærket Hugo Boss, herunder bl.a. BOSS, BOSS Athleisure (det tidligere mærke BOSS Green), BOSS Orange, BOSS Casual og HUGO (betegnes samlet som "mærket Hugo

Boss”), til selvstændige forhandlere i henholdsvis Danmark, Island, Færøerne, Grønland, Estland og Letland.

29. Derudover ejer HUGO BOSS NORDIC ApS selv 11 detailbutikker i Danmark, hvoraf ni af detailbutikkerne ligger i stormagasiner som Magasin og Illum, én i Københavns Lufthavn og én som enkeltstående butik i København. I detailbutikkerne sælges beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss.

30. For så vidt angår butikkerne i Magasin oplyste HUGO BOSS NORDIC ApS på et møde afholdt med styrelsen den 5. september 2019, at HUGO BOSS NORDIC ApS lejer lokationerne af Magasin, men at HUGO BOSS NORDIC ApS selv ejer kollektionerne. Medarbejderne er ligeledes ansat af HUGO BOSS NORDIC ApS.

31. HUGO BOSS NORDIC ApS er dermed både aktiv på engrosmarkedet som leverandør/producent og på detailmarkedet som forhandler af varer af mærket Hugo Boss. HUGO BOSS NORDIC ApS er én virksomhed med særskilte afdelinger, der håndterer henholdsvis engrosmarkedet (HUGO BOSS Forhandler) og detailmarkedet (HUGO BOSS Detail).

32. HUGO BOSS NORDIC ApS har oplyst styrelsen på et møde den 5. september 2019, at virksomhedens udsalgsstrategier bliver planlagt på forhånd, og at udsalgsstrategien, herunder priser m.v., er den samme for alle HUGO BOSS NORDIC ApS’ egne detailbutikker. Udsalgsstrategien følger ifølge HUGO BOSS NORDIC ApS det samme mønster hvert år dvs. med sommer- og vinterudsalg, jf. figur 3.2. Endvidere har HUGO BOSS NORDIC ApS oplyst styrelsen, at virksomheden deltager i de udsalgsperioder, som afholdes i Magasin, herunder Super Bazaar, Goodie Days m.v.

33. HUGO BOSS NORDIC ApS har på nuværende tidspunkt ikke selv en webshop. I stedet kan forbrugerne købe beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss hos HUGO BOSS NORDIC ApS via HUGO BOSS AG’s webshop www.hugoboss.com/dk.

34. HUGO BOSS NORDIC ApS har oplyst, at HUGO BOSS-koncernen på detailmarkedet omsatte samlet for ... i Europa i 2018. I Danmark omsatte HUGO BOSS NORDIC ApS for ... EUR i 2018.

35. HUGO BOSS NORDIC ApS har oplyst styrelsen, at virksomheden estimerer, at HUGO BOSS NORDIC ApS både på et dansk detailmarked og et dansk engrosmarked for beklædningsgenstande har markedsandele på ..., og at det samme er tilfældet på et europæisk detailmarked og et europæisk engrosmarked for beklædningsgenstande.

3.2.2 Kaufmann

36. Kaufmann er en dansk detailforhandler af herretøj. Kaufmann ejes lige-
ligt af Holdingselskabet HK ApS og Holdingselskabet AMK ApS.

37. Der findes 17 butikker med navnet Kaufmann rundt omkring i Dan-
mark placeret i både storcentre og enkeltstående butikker i byer som Kø-
benhavn, Lyngby og Aarhus m.v. Derudover ejer Kaufmann to butikker
under navnet Axel i henholdsvis Aarhus og København. Kaufmann sælger
desuden et bredt udvalg af det tøj, som forhandles i butikkerne, via Kauf-
manns webshops www.kaufmann.dk og www.axel.dk. Kaufmann har
yderligere en svensk og tysk webshop.

38. I butikkerne med navnet Kaufmann og Axel og i de dertilhørende webs-
hops forhandler Kaufmann i alt 62 forskellige tøjmærker, herunder bl.a. af
mærket Hugo Boss.

39. Endvidere ejer Kaufmann en række butikker under navnene qUINT
med tilhørende webshop, www.quint.dk. I disse butikker forhandles andre
tøjmærker som fx Adidas, Vans m.m.

40. Kaufmann ejer derudover et online koncept QNTS med modetøj til
kvinder. Beklædningsgenstandene sælges via webshoppen www.qnts.dk.

41. Kaufmann omsatte i 2018 for ... i Danmark og ... uden for Danmark.

42. Kaufmann har oplyst styrelsen, at virksomheden ikke har opgørelser
over sin markedsandel, men til eksemplificering har Kaufmann oplyst, at
de i nogle af de storcentre, hvor de har butikker, har en markedsandel på
... inden for kategorien "beklædning".

...

3.3 Markedsbeskrivelse

...

3.3.3 Indkøbs-, salgs- og udsalgssperioder

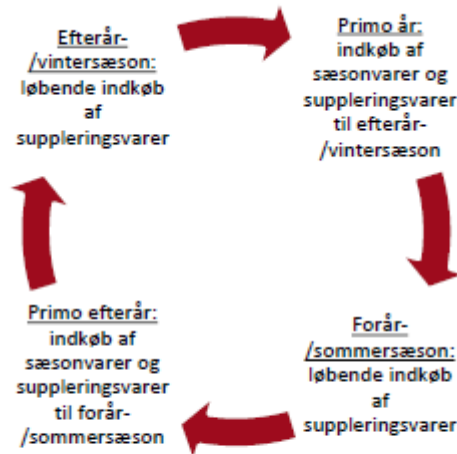
57. Beklædningsbranchen er en branche, der i høj grad er baseret på mode
og tendenser. Derfor er tøj også en vare, som hurtigt omsættes i butikkerne
og online.

58. Beklædningsbranchen er ifølge HUGO BOSS og Kaufmann kendetegnet
ved to store hovedkollektioner, sommer og vinter, samt to prækollektioner,
forår og efterår (såkaldte "sæsonvårer"). Kollektionerne i beklædnings-
branchen forældes derfor hurtigt. Tøjet bliver indkøbt omkring et halvt år
inden, det bliver solgt i butikkerne, dvs. at forår-/sommerkollektionen ind-
købes i efteråret det foregående år, og efterår-/vinterkollektionen indkøbes i
begyndelsen af det igangværende år, jf. figur 3.2 nedenfor.

59. Endvidere køber forhandlerne i beklædningsbranchen ifølge HUGO BOSS og Kaufmann løbende varer som supplement til hovedkollektionerne (såkaldte "suppleringsvarer" eller "never out of stock" ("NOS")).

60. Nedenfor ses et typisk årshjul for forhandlerens indkøb af varer i beklædningsbranchen:

Figur 3.2 Årshjul for indkøb i beklædningsbranchen



Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udarbejdet figuren på baggrund af oplysninger fra aktører i markedet, jf. bilag 2, Kaufmanns præsentation udleveret på møde med Kaufmann den 9. maj 2019, og bilag 7, Styrelsens referat af 20. september 2019 vedrørende MOB-møde med HUGO BOSS afholdt den 5. september 2019 med HUGO BOSS' bemærkninger.

61. I beklædningsbranchen er der et relativt stort sæsonudsving i salget, og salget af bl.a. tøj og sko er således markant højere i forbindelse med julehandlen i december. Op mod 70 pct. af salget i beklædningsbranchen gennemføres som ordinært salg, mens ca. 30 pct. sælges på udsalg.

62. Udsalg på detailmarkedet for beklædningsgenstande har tidligere været afholdt i faste perioder (vinter- og sommerudsalg). I de senere år er udsalg begyndt at blive afholdt oftere i tillæg til de to faste udsalgsperioder, herunder fx mid-season sale, Black Friday, Cyber Monday, lagerudsalg, oprydningssalg, Magasin Goodie Days, Magasin Super Bazaar m.v.

3.4 Den omhandlede adfærd

...

3.4.1 28. januar 2014 – 10. februar 2014: Kaufmann anmodede HUGO BOSS om oplysninger om fremtidige udsalgsperioder samt varesortiment på udsalg

...

69. [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann sendte på vegne af [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] følgende e-mail af den 28. januar 2014 til [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra Hugo Boss:

”Til den måtte vedkomme:

Vi har i efteråret 2013 måtte konstatere, at stormagasiner, Web butikker og visse enkeltstående butikker alle har annonceret med hyppige tilbud på mærkevarer i løbet af sæsonen og ikke mindst i forbindelse med mid- season sale i oktober og julesalget fra 15. november og frem.

Vi forventer, at disse aktiviteter vil fortsætte i 2014, og da de har betydelig indflydelse på vore muligheder både for at generere omsætning og for at realisere en tilfredsstillende bruttoavance, finder vi det nødvendigt at justere vore indkøb til sæson E 2014 [sæson E: efterårssæsonen] i overensstemmelse hermed.

I den forbindelse spørger vi venligst om:

1. I hvilke perioder forventer I at deltage i tilbudsaktiviteter i efteråret 2014?
2. I det omfang vore konkurrenter måtte være tilbudt særtilbud og/eller særproduktion med mulighed for at sælge denne til lav eller ned-sat pris, ønsker vi at modtage samme lignende tilbud.
3. Hvis enkelte dessiner [dessiner: modelangivelse som identificerer en beklædningsgenstand] og/ eller hele varegrupper og/ eller hele kollektioner allerede nu er planlagt til at skulle sælges som tilbud eller med generel rabat på bestemte datoer eller bestemte perioder (f.eks. uge 42), vil vi gerne oplyses om disse datoer således, at vi får samme muligheder for annoncering, som vore konkurrenter har fået tilbudt.

Vi ser frem til at modtage jeres bemærkninger hertil forinden, vore indkøbsordrer til efteråret 2014 afgives.

Med venlig hilsen

[Administrerende direktør i Kaufmann] [B] Axel Kaufmann ApS”
(styrelsens tilføjelser).

70. [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS svarede den 10. februar 2014 [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann:

”Hej [Kædedirektør i Kaufmann] [A],

Tak for din email.

1. I hvilke perioder forventer I at deltage i tilbudsaktiviteter i efteråret 2014?
Forår 2014

Vi kommer at deltage, i et meget begrænset omfang i Super Bazar / Magasin. Jeg vender tilbage med ugen snarest.

Super Bazaren kommer at bestå af gamle varer, rester fra Fall Winter 2013.

Vi kommer at deltage, i et meget begrænset omfang til Illums tilbud den 8&9 Marts. Tilbudet kommer at bestå af gamle varer, rester fra Fall Winter 2013.

Efterår 2014

Vi kommer at deltage, i et meget begrænset omfang i Super Bazar / Magasin. Jeg vender tilbage med ugen snarest.

Super Bazaren kommer at bestå af gamle varer, rester fra Spring Summer 2014.

2. I det omfang vore konkurrenter måtte være tilbudt særtilbud og/eller særproduktion med mulighed for at sælge denne til lav eller ned-sat pris, ønsker vi at modtage samme lignende tilbud.

Vi tilbyder EOSP [EOSP: end of season program] / High Margin til vores kunder, hvis visse kriterier er opnåede. Dette for at ge kunden en mulighed at få en højere total margin på sæson.

3. Hvis enkelte dessiner og/ eller hele varegrupper og/ eller hele kollektioner allerede nu er planlagt til at skulle sælges som tilbud eller med generel rabat på bestemte datoer eller bestemte perioder (f.eks. uge 42), vil vi gerne oplyses om disse datoer således, at vi får samme muligheder for annoncering, som vore konkurrenter har fået tilbudt.

MR [MR: indkøbsforeningen Mr.] kommer Oktober måned ha 50 års Jubileum. Vid dette tilfælde vil der være, efter aftale med HUGO BOSS, et jubileums tilbud på en habit, en hvid och en lyseblå skjorte samt et par BOSS Orange Jeans.

Disse varer er købt i EOSP til Maj leverans og vil derfor ikke være sæsonsvarer.

Med venlig hilsen

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]" (styrelsens tilføjelser).

71. [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann videresendte samme dag ovenstående e-mail til [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann og gjorde opmærksom på følgende:

[Udeladt]

3.4.2 29. januar 2015 – 1. februar 2015: HUGO BOSS oplyste Kaufmann om fremtidige udsalg i Magasin samt varesortiment på udsalg

...

73. [Kædedirektør i Kaufmann] A] fra Kaufmann skrev den 29. januar 2015 til [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS, med [Distriktschef i Kaufmann] [D] fra Kaufmann cc, for at få et par linjer om det, som parterne havde aftalt vedrørende overtøj dagen før:

"MORN [Wholesale director i HUGO BOSS] [C]

SKRIVER DU IKKE LIGE ET PAR LINIER OM DET VI AFTALTE I
GÅR VEDR OVERTØJET, SÅ DER KAN LAVES ORDRE."

74. [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS svarede den 1. februar 2015 [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann med [Distriktschef i Kaufmann] [B] fra Kaufmann cc:

"Hej,
Jeg får noget på skriv i morgen.

Vedr. Magasin.

Til jeres info kommer vi i fremtiden bare medvirke i én aften hos Magasin, men kun på udvalgte varer. Det vil sige slow sellers [slow sellers: varer der ikke bliver solgt så hurtigt som ønsket].

Tanken er at vi ej kommer at ha overtøj på tilbud.

Jeg vil informere hvornår vi gør det, med hvilke varer. (Sender en liste med 50 nummer).

Dette vil begrænse tilbudet i Magasin.

Mvh

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]" 45(styrelsens tilføjelse og understregning).

75. E-mailkorrespondancen indeholder endvidere en Commercial Agreement indgået mellem parterne for kalenderåret 2015. Det fulgte af aftalen, at Kaufmann havde mulighed for at returnere bestemte indkøbte varer, når visse kriterier var opfyldt. Af aftalen fremgik bl.a.:

[Udeladt]

3.4.3 20. november 2015: HUGO BOSS informerede om fremtidige udsalgsp perioder, varesortiment på udsalg og rabatter

...

77. I e-mail af den 20. november 2015 oplyste [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann om kommende kampagner, som HUGO BOSS ville deltage i:

“Enclosed please find the campaigns HUGO BOSS will participate in:

VIP Evening Event in Magasin and Illum

VIP Evening Event - HUGO BOSS participate in events in the pre sale period with all product for the actual season (Pre fall, Fall winter and Pre spring, Spring summer) No NOS merchandise or following Pre season.

This season

26/11 2015 Discount 20% on Pre fall / Fall winter

2/12 2015 Discount 20% on Pre fall / Fall winter

Pre sale invitations in BOSS Store (Strøget) and BOSS Shop Kastrup

Pre sale invitations - The week before sale clients from HUGO BOSS client registration system will be personally invited for a pre sale in our 2 BOSS Shop location (Strøget & Kastrup)

Sale starts the 27th of December.

Best

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]”.

3.4.4 5. april 2016 – 6. april 2016: HUGO BOSS fremsendte oplysninger om specifikke varer, priser, rabatter og mængder i forbindelse fremtidigt udsalg

...

79. Den 5. april 2016 fremsendte [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS en liste til [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann over, hvilke varer der ville komme på udsalg til Super Bazaar i Magasin i perioden den 27. april til 1. maj. Af listen fremgik endvidere førpriser, rabatter, udsalgspriser samt antallet af varer.

”Hej,

Framsänder härmed listan på de varor vi kommer att ha med på Super Bazaar från onsdag kväll d.27/4 – 1/5

Best regards

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]”.

80. Listen over hvilke varer, der ville komme på udsalg, var vedhæftet e-mailen. Mængden af varer ses ved, at der fx er fire ens varelinjer, hvilket indikerer, at der er fire stk. af den pågældende vare på udsalg. Se nedenfor et uddrag af listen:

Tabel 3.2 Uddrag af liste over HUGO BOSS' varesortiment og priser i forbindelse med Super Bazaar i 2016.

Brand Module	Line	Season	[...]	Style/Color	RRP	SUPER BAZZAR PRICE	% OFF
BOSS GM SPW	Green	W15	[...]	50295737001	Jadon 17 10183680 01/001-Black	2599	1580 -40%
BOSS GM SPW	Green	W15	[...]	50295737001	Jadon 17 10183680 01/001-Black	2599	1580 -40%
BOSS GM SPW	Green	W15	[...]	50295737001	Jadon 17 10183680 01/001-Black	2599	1580 -40%
BOSS GM SPW	Green	W15	[...]	50295737001	Jadon 17 10183680 01/001-Black	2599	1580 -40%
BOSS GM SPW	Green	W15	[...]	50295934410	Jelden 10174460 01/410-Navy	4799	2880 -40%
BOSS GM SPW	Green	W15	[...]	50295934410	Jelden 10174460 01/410-Navy	4799	2880 -40%
BOSS GM SPW	Green	W15	[...]	50295934410	Jelden 10174460 01/410-Navy	4799	2880 -40%
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Men B&H	BOSS	W15	[...]	50271387421	George Colours 10175396 01/421- Medium Blue	89	54 -39%
Men B&H	BOSS	W15	[...]	50271387421	George Colours 10175396 01/421- Medium Blue	89	54 -39%
Men B&H	BOSS	W15	[...]	50271387421	George Colours 10175396 01/421- Medium Blue	89	54 -39%
Men B&H	BOSS	W15	[...]	50282733421	George Design Dots 10179240 01/421- Medium Blue	99	60 -39%
Men B&H	BOSS	W15	[...]	50282733421	George Design Dots 10179240 01/421- Medium Blue	99	60 -39%
Men B&H	BOSS	W15	[...]	50282733421	George Design Dots 10179240 01/421- Medium Blue	99	60 -39%

Note: Den samlede liste indeholder i alt 838 varelinjer, herunder 50 varelinjer vedrørende beklædningsgenstande til kvinder.

81. [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann videresendte efterfølgende e-mailen internt til [Distriktschef i Kaufmann] [D] og [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] og skrev:

”SÅ KØRER SHOWET IGEN...”.

82. Af den efterfølgende interne e-mailkorrespondance mellem [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] og [Kædedirektør i Kaufmann] A] fra Kaufmann fremgik følgende:

”Er det varer fra denne sæson?”

Og er det samme varer, som vi har?”.

83. [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann svarede den 5. april 2016 [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann følgende:

”DET ER FRA NOV LEV.

KØBER MEGET LIDT.

JA VI HAR NOGLE AF DEM,GRREN [Hugo Boss’ mærke Green]
STORT SET UDSOLGT FRA DEN LEV” (styrelsens tilføjelse).

84. Samme dag skrev [Wholesale director i HUGO BOSS] C] fra HUGO BOSS til [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann for at gøre opmærksom på, at det kun var ”W15” (vintervarer fra sæsonen 2015), der var på udsalg til Super Bazaar i Magasin. Dette videreformidlede [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann den 6. april 2016 i en intern mail til [Administrerende direktør i Kaufmann] [B]:

”DET ER SÅ VINTERVARER

HAR TJEKKET HVAD VI HAR ---STORT SET INGENTING—

FEKS 6 PAR AF EN JEANS LAGT PÅ LAGER HOS OS 13 JULI, OG 6 PAR TILBAGE EFTER UDSALG---LIGGER PÅ WEB NU.

SÅ DET ER EFTERÅR 2015 VARER”.

3.4.5 13. oktober 2016 – 15. oktober 2016: HUGO BOSS fremsendte oplysninger om specifikke varer, priser, rabatter og mængder i forbindelse med fremtidige udsalg

...

86. [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS fremsendte den 13. oktober 2016 en liste over de varer, som HUGO BOSS ville sætte på udsalg til Super Bazaar i Magasin og mid season sale i Illum. Det fremgår ikke direkte af e-mailen, at Kaufmann var modtager. Emailen er imidlertid fundet i [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmanns mailboks.

“Hej,

Fremsender hermed en liste på de varer som HUGO BOSS vil bruge til Super Bazar i Magasin samt Midseason Sale i Illum.

Alle varer er fra sommer 2016 eller ældre.

Mvh

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]”.

87. Listen over, hvilke varer der ville komme på udsalg, var vedhæftet e-mailen. Ud over oplysninger om varer blev der informeret om mængder, rabatter og førpriser. Se nedenfor et uddrag af listen:

Tabel 3.3 Uddrag af liste over HUGO BOSS' varesortiment, priser og rabatter i forbindelse med Super Bazaar i efteråret 2016.

Gender	MPG [main product group]	Generic Article	Name	Colour	Size Germany	EAN	SOH Units [stock- on- hand]	RRP [recom- mended retail price]	Super Bazar	% OFF
Mens CDF [typebe- tegnelse for busi- ness tøj]	Suits	50314169100	Huge4/Genius3	001	46	4043621 647304	1	4999	3499	-30%
Mens CDF	Suits	50314169100	Huge4/Genius3	001	48	4043621 625838	2	4999	3499	-30%
Mens CDF	Suits	50314169100	Huge4/Genius3	001	50	4043621 625845	2	4999	3499	-30%
Mens CDF	Suits	50314169100	Huge4/Genius3	001	52	4043621 625852	2	4999	3499	-30%
Mens CDF	Suits	50314169100	Huge4/Genius3	001	54	4043621 625869	1	4999	3499	-30%
Mens CDF	Suits	50311070100	Reyno1/Wave1	410	46	4043621 647441	1	4799	3359	-30%
Mens CDF	Suits	50311070100	Reyno1/Wave1	410	48	4043201 790666	2	4799	3359	-30%
Mens CDF	Suits	50311070100	Reyno1/Wave1	410	50	4043201 786577	2	4799	3359	-30%
Mens CDF	Suits	50311070100	Reyno1/Wave1	410	52	4043621 638111	2	4799	3359	-30%
Mens CDF	Suits	50311070100	Reyno1/Wave1	410	54	4043621 641876	1	4799	3359	-30%
Mens CDF	Jackets	50312505100	Jayden_1	010	48	4043621 626194	2	4299	3009	-30%
Mens CDF	Jackets	50312505100	Jayden_1	010	50	4043621 626200	2	4299	3009	-30%
Mens CDF	Jackets	50312505100	Jayden_1	010	52	4043621 626217	2	4299	3009	-30%
Mens CDF	Jackets	50312505100	Jayden_1	010	54	4043621 626224	1	4299	3009	-30%

(styrelsens tilføjelser)

Note: Den samlede liste indeholder i alt 782 varelinjer, herunder 90 varelinjer vedrørende beklædningsgenstande til kvinder.

Kilde: E-mail fra [Wholesale director i HUGO BOSS] [Niclas Norr] fra HUGO BOSS af den 13. oktober 2016 fundet i [Administrerende direktør i Kaufmann] [Henrik Kaufmann] fra Kaufmanns mailboks, jf. bilag 1, E-mailkorrespondance mellem HUGO BOSS og Kaufmann i perioden fra den 28. februar 2014 til den 30. november 2017.

88. Den 15. oktober 2016 videresendte [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann e-mailen til [Distriktschef i Kaufmann] [D] fra Kaufmann og spurgte:

”KAN DU SE NOGET GREEN?”.

3.4.6 27. oktober 2016: HUGO BOSS fremsendte referat af møde med

Kaufmann om fremtidige udsalgsaktiviteter

...

90. Den 27. oktober 2016 sendte [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS en e-mail til [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann vedhæftet et referat af mødet vedrørende åbningen af den nye HUGO BOSS butik i City 2 samt rabatter og varer ved kommende udsalgs-kampagner i bl.a. Magasin:

" Hej [Administrerende direktør i Kaufmann] [B],

Tak for et behageligt møde.

Jeg ridser hermed op nogle af de ting vi talte om på mødet og hvis der er noget du syntes mangle er du mere en velkommen

at tilføje. Jeg refererer Kaufmann til virksomheden.

Outlet City 2

Kaufmann er bekymret for hvordan at primært butikken i City 2 vil blive påvirket af HUGO BOSS Outlet som åbner primo December 2016.

[...]

Promotion aktivitet efterår 2016

Pre-view sale.

Der blev informeret at HUGO BOSS vil holde pre-view til HUGO BOSS Kunde kartotek mellem den 12-16 December (-30%) i HUGO BOSS butikkerne.

Priserne vil blive matchede i Illum og Magasin.

Black Friday

HUGO BOSS vil ej deltage i Black Friday i vores butikker, undtaget HUGO BOSS Outlets hvor der vil være kampagne.

VIP aften Magasin

Kaufmann efterspurgte hvis HUGO BOSS vil deltage I VIP aften I Magasin. [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] vil informere om dette snarest.

[...]

Kaufmann Online

Kaufmann har fået ok at åbne op deres salg i Sverige og beholdet pris-lister for den indeværende sæson og fremadrettet.

HUGO BOSS/[Wholesale director i HUGO BOSS] [C] undersøger muligheden at få åbne op i Tyskland snarest.

[...]”.

3.4.7 22. november 2016: HUGO BOSS informerede om igangværende og fremtidige udsalgsaktiviteter i bl.a. Magasin og Illum, herunder rabatter og varesortiment på udsalg

...

92. Den 22. november 2016 skrev [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS vedrørende rabatter og varer på kommende udsalg i Magasin og Illum. Det fremgår ikke direkte af e-mailen, at Kaufmann var modtager. Mailen er imidlertid fundet i [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmanns mailboks.

”Hej,

For Jeres information vil HUGO BOSS deltage i VIP aften i Magasin og Illum den 22 November samt 6 December (-20% på sortiment foruden NOS). På Black Friday 27 November t.o.m Søndag kommer HUGO BOSS at deltage med varer fra S16 [S: summer season], W15 [W: winter season] og S15 i Magasin (-30%).

Mellem den 12-16 December vil HUGO BOSS kunder, fra HUGO BOSS eget kundekartotek blive inviteret på en Pre-view af Udsalg til BOSS butikken (-30%). Priserne vil blive matchede i Illum og Magasin.

Mvh

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]” (styrelsens tilføjelser).

3.4.8 17. december 2016: Kaufmann skrev til HUGO BOSS vedrørende tidligere og igangværende udsalg i Magasin

...

94. [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann skrev den 17. december 2016 til [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS vedrørende udsalg hos HUGO BOSS i Magasin. I e-mailen var der vedhæftet bil- leder af HUGO BOSS’ udsalgsskilte m.v. fra butikken i Magasin i Fields.

”Hey [Wholesale director i HUGO BOSS] [C]...

SÅ KOMMER DER LIGE EN MERE TIL SAMLINGEN..

VI FÅR MAIL FRA DIG AT MAGASIN KØRER PRE-SALE 12-15 DEC, MED MINUS 30 PCT (DU KENDER VORES HOLDNING TIL DET).

NU HER TIL AFTEN VAR JEG I FIELDS (LØRDAG D 17.12)

HER HAR DE STORT VINDUE MED SAMME SHOW SOM I STARTEN AF UGEN(MINUS 30 PCT)

GÅR MAN IND I DERES AFDELING,

LIGNER DET SIMPELTHEN SHIT---SYND OG SKAM FOR DET BRAND, SOM VI PRØVER AT PLEJE OG SERVERE SOM ET SERIØST ORDENTLIG MÆRKE.

VI ER GLADE FOR DE INFORMATIONER DU KOMMER MED, VEDR LOPPEMARKED I MAGASIN M,M ,

MEN DE GØR IKKE SOM DIT SKRIV,????

FOR AT SIGE DET MILDT, FØLER VI OS EN DEL TIL GRIN OG STÅR TOTALT UFORSTÅENDE, FOR AT DET SEJLER SÅ MEGET FOR JERES STYRING ELLER MANGEL PÅ SAMME I DET STORMAGSIN..

VI HAR KUNDER DER HAR KØBT GAVE TIL FULD HAMMER, SOM KOMMER TILBAGE OG FÅR PENGENE TILBAGE,FORDI EFTER DE HAT KØBT, HAR SET VAREN I MAGASIN TIL REDUCERET PRIS,

DET ER SPILD AF SÆLGER TID, SPILD AF DYR INDPAKNING, OG VI MANGLER EN FORKLARING TIL VORES PERSONALE HVORFOR HUGO BOSS TILLADER DETTE.

[Kædedirektør i Kaufmann] [A]”.

3.4.9 9. oktober 2017 – 12. oktober 2017: HUGO BOSS anmodede om oplysninger vedrørende Black Friday hos Kaufmann

...

96. [Senior sales manager i HUGO BOSS] [E] fra HUGO BOSS spurgte den 9. oktober 2017 [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann om, hvad Kaufmann ville gøre til Black Friday:

”Hej [Kædedirektør i Kaufmann] [A]

Håber alt er super of varerne flyver ud af butikken , havde et spørgsmål ang black Friday, hvad kommer I at gøre ? , skal nok komme tilbage med vores planer så snart jeg har fået det confirmeret fra [F] . / ha en super dag mvh [Senior sales manager i HUGO BOSS] [E]”.

97. [Kædedirektør i Kaufmann] [A] videresendte samme dag, den 9. oktober 2017, emailen til [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] og skrev:

”HA HA

DE BLIVER VED MED AT SPØRGE”.

98. Af e-mail den 12. oktober 2017 svarede [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann [Senior sales manager i HUGO BOSS] [E] fra HUGO BOSS følgende:

”HEY [Senior sales manager i HUGO BOSS] [K].

DET ER VI IKKE FÆRDIGE MED AT SNAKKE OM,DET ER EN JUNGLE,

ALLE I BRANCHEN ER I VILDREDE---INCL OS.

VI VIL HELST LADE VÆRE,SOM FLERE ANDRE OGSÅ UDTRYKKER DET,

TROR VI TAGER MÅSKE FØRST STILLING TIL DET I UGEN OPTIL...”.

3.4.10 17. oktober 2017: HUGO BOSS oplyste om rabatter og varesortiment på udsalg i forbindelse med Super Bazaar i Magasin

...

100. [Senior sales manager i HUGO BOSS][E] fra HUGO BOSS informerede den 17. oktober 2017 [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann om følgende:

”Hej [Kædedirektør i Kaufmann] [A]

Til Info vil jeg bare lige fortælle at vi kommer have gamle varer med på super baazar til 30% , ingen NOS naturligvis . / br [Senior sales manager i HUGO BOSS] [E]”.

101. [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann svarede samme dag, den 17. oktober 2017, [Senior sales manager i HUGO BOSS] [E] fra HUGO BOSS:

”HVAD ER SUPER BAZAR”.

102. [Senior sales manager i HUGO BOSS] [E] fra HUGO BOSS svarede samme dag, den 17. oktober, [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann:

”Magasin © Super bazaar”.

103. [Kædedirektør i Kaufmann] [A] fra Kaufmann svarede samme dag, den 17. oktober 2017, [Senior sales manager i HUGO BOSS] [E] fra HUGO BOSS:

”SÅ DET ER VARER FRA maj kollektionen”.

3.4.11 21. november 2017: HUGO BOSS informerede Kaufmann om vareresortiment, mængder, rabatter og priser i forbindelse med Black Friday ...

105. [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS informerede den 21. november 2017 [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann om HUGO BOSS’ planer til Black Friday:

”Hej [Administrerende direktør i Kaufmann] [B],

Som lovet vil jeg informere om hvad vi gør ved Black Friday.

Der kommer være -30% på PF17 [PF17: pre/fall season 2017], W2016 samt udvalgte produkter fra W17FW fra Fredag til Søndag i Magasin og Illum.

Priserne vil matches i butikken på strøget.

Der vil ikke være prisnedsættelser på hangtagene og ikke nogle skilte i butikken.

Mvh

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]” (styrelsens tilføjelse).

106. Nedenfor ses et uddrag af listen, som var vedhæftet i e-mailen fra [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS. De sidste to kolonner beskriver mængden af de pågældende varer på udsalg i de specifikke butikker, i dette uddrag i henholdsvis Magasin i København og Magasin i Lyngby.

Tabel 3.4 Uddrag af liste over HUGO BOSS' varesortiment, priser, rabatter og mængder i forbindelse med Black Friday i 2017.

[...]	Brand Module	[...]	Generic Article	Description	[...]	RRP	Black Friday Price	Discount	BOSS Shop, Copenhagen, MdN [Magasin du Nord]	BOSS Shop, Lyngby, MdN [Magasin du Nord]
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50251631100	The Stars1/Glamour1 10168230 01	[...]	4.999	3.499	-30%	2	
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50255636100	The Sky1/Gala1 10168230 01	[...]	4.999	3.499	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50309476100	Houston/Glorious 10189044 01	[...]	5.799	4.059	-30%	18	15
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50318606100	Hutson3/Gander1 10189126 01	[...]	4.999	3.499	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50323154100	Nestro1/Byte1 10192970 01	[...]	6.299	4.409	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50323180100	Rocco1/Wyatt 10192868 01	[...]	5.499	3.849	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50323897100	Johnstons1/Lenon 10189126 03	[...]	4.799	3.359	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50328421100	Reysen/Weever 10195414 01	[...]	5.499	3.849	-30%		1
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50328457100	Huge5/Genius3 10189044 01	[...]	4.799	3.359	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50332177100	Reyno3/Wave1 10188772 01	[...]	5.299	3.709	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50332500100	Huge5/Genius3 WE 10189126 01	[...]	5.999	4.199	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50332531100	Johnstons2/Lenon 10189126 02	[...]	4.799	3.359	-30%		
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50333417100	Jets2/Lenon 10196487 01	[...]	5.999	4.199	-30%	1	
[...]	BOSS MB CDF	[...]	50333714100	Hutson4/Gander1 WE 10171058 01	[...]	5.999	4.199	-30%		

(styrelsens tilføjelser)

Note: Den samlede liste indeholder i alt 857 varelinjer, herunder 181 varelinjer vedrørende beklædningsgenstande til kvinder.

Kilde: E-mail fra [Wholesale director i HUGO BOSS] [Niclas Norr] fra HUGO BOSS til [Administrerende direktør i Kaufmann] [Henrik Kaufmann] fra Kaufmann af den 21. november 2017, jf. bilag 1, E-mailkorrespondance mellem HUGO BOSS og Kaufmann i perioden fra den 28. februar 2014 til den 30. november 2017.

3.4.12 29. november 2017 – 30. november 2017: HUGO BOSS informerede om afholdelse af fremtidige VIP-aftener med udsalg

...

108. Den 29. november 2017 oplyste [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS til [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann, hvornår HUGO BOSS ville holde udsalg i Magasin, samt hvilket varesortiment og med hvilken rabat varesortimentet ville komme på udsalg:

”Hej [Administrerende direktør i Kaufmann] [B],

For jeres information holder vi VIP aften den 30 Nov og 7 Dec for Goodiecard members i Magasin.

Der vil være 20% på W18PF [Winter18PreFall] and W18FW [Winter18FallWinter] varer.

Mvh

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]" (styrelsens tilføjelser).

109. Af den efterfølgende e-mailkorrespondance mellem [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann og [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS fremgår følgende:

"Tak.

Forstår jeg det rigtigt - det er samtlige varer fra dette efterår?

Mvh

[Administrerende direktør i Kaufmann] [B]".

110. [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS svarede samme dag, den 29. november 2017, [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann:

"Hej [Administrerende direktør i Kaufmann] [B],

Undskyld mit sene svar, missede dit e-mail.

Men ja det er korrekt.

Mvh

[Wholesale director i HUGO BOSS] [C]" .

111. [Administrerende direktør i Kaufmann] [B] fra Kaufmann svarede den efterfølgende dag, den 30. november 2017, [Wholesale director i HUGO BOSS] [C] fra HUGO BOSS:

"Hvad skal jeg sige, [Wholesale director i HUGO BOSS] [C]? Det ender galt.

Vi har 4 efterårsmåneder, hvor vi kan sælge varer til fuld pris. I skærer en hel måned fra.

Vi kommer til at ændre indkøbet til næste år.

Mvh

[Administrerende direktør i Kaufmann] [B]".

...

3.5 Høringssvar

...

(i) Forholdet er vertikalt

...

130. HUGO BOSS har oplyst, at HUGO BOSS organisatorisk er opdelt i to enheder; "HUGO BOSS Forhandler", der sælger til det eksterne forhandler-net, og "HUGO BOSS Detail", der står for HUGO BOSS' eget detailsalg. Der er ifølge HUGO BOSS vandtætte skotter mellem de to enheder, hvorfor enhederne ikke har kendskab til fortrolige oplysninger om hinanden. HUGO BOSS Forhandler vil derfor aldrig kunne videregive fortrolige oplysninger fra HUGO BOSS Detail, herunder oplysninger der kan anvendes til normering af priserne i detailmarkedet, der ikke allerede er offentligt kendte.

131. HUGO BOSS har anført, at det er en medarbejder i HUGO BOSS Forhandler, der har korresponderet med medarbejdere i Kaufmann. HUGO BOSS Detail indgår ikke i sagen, og der er således intet materiale i sagen, der ifølge HUGO BOSS forbinder HUGO BOSS og Kaufmann i detailledet. Materialet forbinder alene HUGO BOSS som leverandør til Kaufmann.

...

4.3.3 Til formål og/eller til følge at begrænse konkurrencen

...

4.3.3.1 Den samordnede praksis er af horisontal karakter

...

390 Parterne har anført, at den samordnede praksis er af vertikal karakter. Dette begrundes af parterne med, at informationsudvekslingen finder sted mellem HUGO BOSS som leverandør/producent og Kaufmann som forhandler, og fordi Kaufmann anvender informationen til at indrette sit indkøb fra HUGO BOSS.

391. Styrelsens anerkender, at det er muligt, at der som led i informationsudvekslingen også er udvekslet oplysninger, der har en sammenhæng med parternes vertikale forhold som leverandør/producent og forhandler. Det fremgår bl.a. af e-mailkorrespondance af den 29. januar 2015 til den 1. februar 2015, jf. afsnit 3.4.2, at HUGO BOSS og Kaufmann både drøfter ordreafgivelse i forbindelse med deres vertikale forhold samt oplysninger om kommende udsalg i HUGO BOSS' butik i Magasin, som er relevant for deres horisontale forhold. Oplysninger udvekslet som led i parternes vertikale forhold er imidlertid ikke genstand for denne sag.

392. Kaufmann har bekræftet i sit høringssvar, at informationsudvekslingen har relevans for parternes horisontale forhold. Kaufmann har anført, at en væsentlig del af informationen, der ifølge Kaufmann naturligt udveksles som led i den vertikale relation mellem producenten og detailhandleren "kan være af relevans for parternes horisontale forhold i detailledet", samt at informationsudvekslingen affødte en "sidegevinst", da "den synliggjorde HUGO BOSS' konkurrerende aktiviteter". Derudover har Kaufmann

anført, at det i praksis i dag snarere er reglen end undtagelsen, at de selvstændige detailforhandlere har en omfattende informationsudveksling om konkurrencefølsomme forhold med producenter, der også er aktive i detailleddet.

..."

Kaufmann og Hugo Boss indbragte henholdsvis den 16. og 22. juli 2020 Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet. Kaufmanns klagesag fik sagsnr. KL-1-2020, og Hugo Boss' klagesag fik sagsnr. KL-2-2020.

Den 23. juni 2021 traf Konkurrenceankenævnet en samlet afgørelse i sagerne KL-1-2020 og KL-2-2020. Af afgørelsen fremgår bl.a.:

"...

Resultat og begrundelse

Sagens problemstillinger

Sagen angår, om Hugo Boss Nordic ApS og Axel Kaufmann ApS har indgået en samordnet praksis i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved, at Hugo Boss har videregivet en række oplysninger til Axel Kaufmann. For Konkurrenceankenævnet angår sagen navnlig spørgsmålet, om der ved informationsudvekslingen er tale om en samordnet praksis og i så fald, om den samordnede praksis havde horisontal eller vertikal karakter, og om den samordnede praksis havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Sagen angår herudover, om Konkurrencerådet har oplyst sagen tilstrækkeligt.

Tre nævnsmedlemmer – Jan Schans Christensen, Birgitte Sloth og David Dreyer Lassen – udtaler:

Samordnet praksis

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, forbyder virksomheder m.v. "at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen". Forbuddet gælder efter stk. 3 også for "samordnet praksis mellem virksomheder". Samordnet praksis omfatter en koordinering mellem virksomheder, hvor de ikke går så langt som til at indgå en aftale, men dog bevidst erstatter den konkurrence, der er forbundet med normal konkurrence, med samarbejde. Det forudsættes hertil, at der har været en eller anden form for kontakt mellem virksomhederne, f.eks. afholdelse af møder eller udveksling af information, og at der foreligger en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af og har årsagssammenhæng med samordningen.

Af korrespondancen mellem Hugo Boss og Axel Kaufmann fremgår, at virksomhederne på mail og ved i hvert fald ét møde har udvekslet informationer om priser, rabatter og mængder samt orienteret internt herom. Oplysningerne, der blev udvekslet, var væsentligt mere detaljerede og

konkrete end de oplysninger om kommende udsalg og rabatter, som var offentligt tilgængelige, herunder gennem reklamer. Udvekslingen af oplysningerne gjorde det muligt for Axel Kaufmann at tilrettelægge salget af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss således, at Axel Kaufmann ikke var i samtidig konkurrence med Hugo Boss' eget salg af samme beklædningsgenstande, og dermed at undgå at skulle sætte de pågældende beklædningsgenstande på udsalg. Vi tiltræder derfor, at der var tale om strategiske oplysninger, og at der ved udvekslingen af de strategiske oplysninger var tale om en samordnet praksis mellem virksomhederne. Det forhold, at det kun var Hugo Boss, der videregav oplysningerne til Axel Kaufmann og ikke omvendt, ændrer ikke herved, idet Axel Kaufmann må anses for at have accepteret oplysningerne og tilpasset sin markedsadfærd efter dem.

Horisontal karakter

Det er ubestridt, at Hugo Boss og Axel Kaufmann har indgået i en vertikal såvel som horisontal relation, idet Hugo Boss er såvel producent som forhandler af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss, ligesom Axel Kaufmann er forhandler af samme beklædningsgenstande. Der er således tale om "dual distribution" eller parallel distribution. Det er herunder uomtvistet, at der – udover den informationsudveksling som er genstand for Konkurrencerådets afgørelse i sagen – har været en betydelig yderligere informationsudveksling mellem parterne, som ubestridt vedrørte parternes vertikale relation, dvs. bl.a. oplysninger angående Axel Kaufmanns videre salg af Hugo Boss' varer.

Informationsudvekslingen, der er genstand for Konkurrencerådets afgørelse, vedrørte imidlertid strategiske oplysninger om Hugo Boss' salg på detailmarkedet af varer af mærket Hugo Boss, og oplysningerne blev videregivet til Axel Kaufmann, der – ligesom Hugo Boss – solgte varer af mærket Hugo Boss. Oplysningerne, som blev fremsendt af Hugo Boss, var ikke af en art eller et indhold, der vedrørte Hugo Boss' producentvirksomhed. Oplysningerne angik derimod entydigt Hugo Boss' detailvirksomhed. Der var således ikke tale om sædvanlige oplysninger videregivet af en producent til en kunde i forbindelse med købs- eller distributionsaftaler angående videresalg af Hugo Boss' varer, men derimod om udveksling af oplysninger mellem konkurrenter.

Vi bemærker hertil, at der ved parallel distribution kan foregå kommunikation af strategisk karakter mellem en leverandør og en forhandler, som er både naturlig og nødvendig for at pleje det vertikale samarbejdsforhold. Dette forhold ændrer imidlertid ikke ved, at producentens oplysninger om priser, rabatter og mængder på de varer, som producenten selv sælger på detailmarkedet, har horisontal karakter.

Vi tiltræder på denne baggrund, at den samordnede praksis havde horisontal karakter.

Allerede fordi den samordnede praksis havde virkning mellem konkurrenter i samme omsætningsled og ikke vedrørte de betingelser, hvorpå parterne kunne købe, sælge eller videresælge beklædningsgenstandene fra Hugo Boss, er der ikke tale om en vertikal aftale, der er omfattet af gruppefritagelsen i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010, om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, jf. artikel 2, stk. 4, litra a, jf. artikel 1, stk. 1, litra a.

Til formål at begrænse konkurrencen

For at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål, skal der 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, jf. Højesterets dom af 27. november 2019 (UfR 2020.524).

Den horisontale samordnede praksis vedrørte priserne, tidspunkterne og mængderne for fremtidige udsalg af nærmere specificerede beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss. Udveksling af individualiserede oplysninger mellem konkurrenter vedrørende planlagte fremtidige priser eller mængder anses efter fast konkurrenceretlig praksis som udgangspunkt for at begrænse konkurrencen. Som nævnt omfattede den samordnede praksis ikke udveksling af sædvanlige oplysninger videregivet af en producent til en kunde i forbindelse med købs- eller distributionsaftaler angående videresalg af varer, og udvekslingen af oplysningerne gjorde det muligt for Axel Kaufmann at undgå at skulle sætte beklædningsgenstande på udsalg. Den retlige og økonomiske sammenhæng understøtter derfor, at den samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen.

Vi tiltræder på denne baggrund, at oplysningerne efter deres karakter var egnet til at koordinere virksomhedernes adfærd på markedet, og at der var tale om en samordnet praksis, der må anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen. Den samordnede praksis formindskede således den usikkerhed, der var på markedet ved prisfastsættelsen af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss til skade for konkurrencen, jf. også Domstolens dom af 19. marts 2015 i sag C-286/13 P, Dole Food Company m.fl., præmis 121-123 og 134.

Sagsbehandlingsfejl

Af bl.a. EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13, Cartes Bancaires, fremgår det, at en aftales formål altid – i varierende grad – skal vurderes i lyset af den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgår i. Det følger samtidig af bl.a. EU-Domstolens domme af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba, og af 27. april 2017 i sag C-469/15 P, FSL, samt bl.a. af Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. december 2018 i sag nr. KL-10-2017, Team DS, at når parterne har indgået en til formål-aftale, kan konkurrencemyndighedernes analyse af den økonomiske og retlige

sammenhæng begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt. Det samme gælder en samordnet praksis, der må anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen. Endelig fremgår det af bl.a. EU-Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, Expedia, at når en aftale eller en samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, vil aftalen eller vedtagelsen efter sin art og uanset dens faktiske følger udgøre en mærkbar begrænsning af konkurrencen.

Vi finder, at det forhold, at Hugo Boss og Axel Kaufmann tillige – og hovedsageligt – har udvekslet oplysninger i forbindelse med parternes vertikale relation som producent henholdsvis forhandler, ikke har betydning for den vurdering af de konkurrenceskadelige virkninger, der skal foretages efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, jf. også Europa-Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01), pkt. 74.

Vi finder på denne baggrund, at Konkurrencerådet i denne sag har oplyst sagen fyldestgørende og foretaget en vurdering, som er tilstrækkelig for at fastslå informationsudvekslingens konkurrencebegrænsende formål, og at Konkurrencerådet herefter ikke har været forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse af konkurrencebegrænsningens mærkbarhed.

Konklusion

Med disse bemærkninger, og eftersom det i øvrigt af Hugo Boss og Axel Kaufmann anførte ikke kan føre til et andet resultat, tiltræder vi, at Hugo Boss og Axel Kaufmann i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 3, jf. stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, har indgået en samordnet praksis om informationsudveksling af priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg.

Vi stemmer derfor for at stadfæste Konkurrencerådets afgørelse.

To nævnsmedlemmer – Palle Bo Madsen og Claus Berg – udtaler:

Konkurrencerådet har i sin afgørelse fundet, at den beskrevne informationsudveksling mellem parterne i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101 har haft til formål at begrænse intrabrandkonkurrencen mellem parterne. Der er af samme grund ikke foretaget nogen konkret effektanalyse. Betingelsen for, at en konkurrenceaktivitet kan siges at have konkurrencebegrænsning til formål, er, at der foreligger ”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”, jf. UfR 2020.524 H. Tilsvarende skal kriteriet ”til formål” ifølge EU-domstolspraksis fortolkes indskrænkende, hvor der savnes sikker retlig eller økonomisk erfaring for konkurrenceskader, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, Budapest Bank.

Det er ubestridt, at såkaldt parallel distribution, som der i den foreliggende sag er tale om, er kendetegnet ved at rumme såvel et vertikalt som et horisontalt element. Vi finder ikke, at disse elementer i situationen kan adskilles på en sådan måde, at en krænkellesvurdering kan baseres alene på de horisontale elementer, idet en konkurrenceretlig vurdering må inddrage det dualistiske aspekt i samarbejdet, herunder betydningen af parternes vertikale relation set i forhold til konkurrencen på det relevante marked.

Den generelle erfaring med hensyn til konkurrenters informationsudveksling, som Konkurrencerådet henviser til, kan på konkurrencerettens nuværende stade efter vores opfattelse ikke med sikkerhed udstrækkes til at omfatte parallel distribution med såvel vertikale som horisontale elementer, hvor deltagerne sammen indgår i en bredere interbrand-konkurrence.

Medens en rent horisontal udveksling af konkurrencefølsom information mellem konkurrenter som det klare udgangspunkt vil være egnet til at skade konkurrencen og dermed have konkurrencebegrænsning til formål, kan en tilsvarende formodning ikke umiddelbart opstilles i alle tilfælde af parallel distribution, der primært baserer sig på en vertikal relation, hvor en vis strategikommunikation og -planlægning mellem leverandør og forhandler kan være både naturlig og nødvendig.

Vi finder på det foreliggende grundlag ikke, at den informationsudveksling, som i det foreliggende parallelle distributionssystem har fundet sted i leverandør/forhandler-forholdet, i sig selv – efter sin karakter og i den givne markedsmæssige sammenhæng – med tilstrækkelig sikkerhed kan konstateres at have haft et konkurrencebegrænsende formål. Dette gælder, uanset at der ikke måtte være opstillet vandtætte skotter mellem leverandørens roller på henholdsvis engrosmarkedet og detailmarkedet, hvorved informationsudvekslingen tillige har haft en vis horisontal karakter og konsekvens. Uanset at der kan konstateres en vis samordnet praksis, findes det således ikke fuldt tilstrækkeligt dokumenteret eller sandsynliggjort, at denne samordning har haft konkurrencebegrænsning til formål.

Vi finder på denne baggrund, at Konkurrencerådets analyse af samarbejdets indhold, dets tilsigtede formål samt den økonomiske og retlige sammenhæng, som det indgår i, ikke med den fornødne sikkerhed har godtgjort, at der foreligger en samordnet praksis med konkurrencebegrænsning til formål.

Vi stemmer derfor for, at Konkurrencerådets afgørelse ophæves, og at sagerne hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020 stadfæstes.

..."

Skønsmand Henrik Aaen Kastberg afgav den 5. april 2023 to skønserklæringer. Den ene var rekvireret af Kaufmann i den foreliggende sag og den anden af Hugo Boss i den sambehandlede sag BS-30903/2021-SHR.

Af skønserklæringen rekvireret af Kaufmann fremgår bl.a.:

"...

Tema 1 – Generelt om detailmarkedet for beklædningsgenstande i Danmark

Motivering

Der findes to varekategorier på detailmarkedet: Never-Out-of-Stock -varer ("NOS-varer") og sæsonvarer.

Informationsudvekslingen mellem HUGO BOSS og Kaufmann vedrørte en række af HUGO BOSS' kommende tilbudskampagner i den for sagen relevante periode. Informationsudvekslingen vedrørte modsat ikke HUGO BOSS' eller Kaufmanns sæsonudsalg.

Spørgsmålene i tema 1 sigter mod at få belyst forskellen mellem NOS-varer og sæsonvarer samt betydningen af – og markedsmekanismerne i relation til – kampagner (profilerende kampagner), tilbudskampagner og sæsonudsalg.

Spørgsmål 1: Skønsmanden bedes angive, hvad der menes med henholdsvis NOS-varer og sæsonvarer.

Skønsmanden bedes endvidere angive, hvornår sæsonvarer bliver ukurante.

Svar på spørgsmål 1:

- Sæsonvarer er varer som er indkøbt til den aktuelle sæson, som er kalenderopdelt. Det vil sige til enten hovedsæsonerne forår og efterår eller de lidt mindre sæsoner sommer og vinter. Varerne passer således i materiale, farver og form til den aktuelle sæson og vejrforhold, og er indkøbt med henblik på at blive solgt i sæsonen. Derfor forsøger forhandleren at tilpasse indkøbet med det forventede salg i sæsonen, så man på den ene side vil sikre maksimalt salg i sæson og på den anden side vil undgå at have ukurante varer tilbage efter sæsonens udløb.

- I modsætning til det er NOOS-varer sæsonløse og kan derfor købes hele året., Det vil derfor typisk være basevarer, som kan sælges uanset sæson. Det er vigtigt for detailhandleren altid at have alle farver og størrelser tilgængelig af sine NOOS-varer. NOOS-varer bliver altså ikke ukurante mellem sæsoner. Typiske eksempler kan være:

- o Sorte og hvide T-shirts
- o Hvide og lyseblå skjorter
- o Base habitter (100 uld) i grå, sort og marineblå
- o Sorte slips
- o Jeans i basemodeller

Ved vurderingen af ukurans er jeg nødsaget til at definere, hvordan ukurans skal forstås i mit svar. Ukurans er generelt defineret som produkter af dårlig kvalitet eller med mangler, hvilket ikke nødvendigvis er tilfældet for betegnelsen ukurante varer i modehandlen. Ukurans kan i modehandlen også typisk være varer, som ikke længere kan sælges til fuld pris på grund af, at sæsonen er udløbet, at varen modemæssigt ikke længere er opdateret i forhold til farver, form og materialevalg eller at konkurrenter har nedsat prisen på pågældende varer. Dette modsvarer i øvrigt også definitionen i skønstemaets spm 1 i sagen mod Hugo Boss.

De fleste sæsonvarer kan betragtes som ukurante, når den sæson, som varen er indkøbt til, er udløbet. I realiteten gælder dette dog ikke nødvendigvis alle sæsonvarer, da der kan være enkelte sæsonvarer, som med fordel kan sælges over flere sæsoner, selvom de ikke er indkøbt som NOOS varer.

Desuden er markedsmekanismerne ændret de seneste år, så de kommercielle sæsoner er blevet kortere, da sæsonudsalg ligger tidligere og tidligere, ligesom der er gået inflation i tilbudskampagner i løbet af sæsonen.

Eksempelvis starter vinterudsalget hos mange retailere før jul, hvilket var helt utænkeligt for bare 15 år siden. Det betyder samtidigt, at den kommercielle ukurans af sæsonvarer, her defineret som hvornår det er svært at sælge varen til fuld pris, starter tidligere og tidligere.

Spørgsmål 2: Skønsmanden bedes angive, hvad der menes med "profilerende kampagner", "tilbudskampagner" og "sæsonudsalg".

Svar på spørgsmål 2:

- Profilerende kampagner har typisk fokus på at skabe opmærksomhed og interesse for enten et konkret produkt, en produktlinje, et brand og/eller en forhandler. Ofte vil kampagnerne være båret af en stærk visuel identitet og dyre marketing produktioner for at sikre mest mulig interesse og øge bevidstheden om Brand og/ eller produkt. Formålet er altså at skærpe profilen.

- Tilbudskampagner har fokus på pris og frem for alt rabatteret pris. Tilbudskampagner kan enten have til formål at nedbringe et lager af givne varer eller mere generelt at skabe interesse og trafik og hermed meromsætning. Tilbudskampagner kan forekomme året rundt.
- Sæsonudsalg er kampagner som afholdes ved afslutningen af en givne sæson. Udsalget anvendes til at tiltrække kunder med store rabatter på de varer, som sæsonmæssigt er ved at udløbe. Ligeledes bruger forhandleren udsalget til at få rensset lageret og hermed få plads til den nye sæsons varer. De store sæsonudsalg er henholdsvis vinterudsalget (dec/jan) og sommerudsalget, (juni/juli) som begge afholdes tidligere og tidligere. De seneste 15 år har midseason sale dog også vundet indpas som en kampagne til at sælge tidlige sæson og/eller overgangsvarer til rabatteret pris. Typisk i marts/april og september/oktober.

Spørgsmål 3: Skønsmanden bedes angive, hvad der typisk sker med usolgte sæsonvarer, når sæsonen er overstået.

Skønsmanden bedes herunder angive, om der er kutyme for, at de usolgte sæsonvarer fra tidligere sæsoner (i) forbliver i detailforretningerne, hvor de fortsat sælges til fuld pris sammen med nye sæsonvarer, (ii) beholdes på lageret og bliver lagt frem til nedsat pris i forbindelse med afholdelse af tilbudskampagner og/eller senere sæsonudsalg, (iii) returneres til leverandøren, og/eller (iv) overføres til outlet eller webshop, hvor de sælges til fuld eller nedsat pris.

Svar på spørgsmål 3:

Der findes givetvis ikke én strategi for usolgte sæsonvarer, som gælder for alle detailforretninger. Frem for alt er det min opfattelse, at strategien adskiller sig noget mellem:

- Vertikale fast fashion retailere, såsom H&M, Zara og Mango, som hovedsageligt sælger egne varer til relativt lav pris i egne butikker. Disse detailhandlere har samtidig høj modegrad og dermed også høj udskiftning af varer i sæson.
- Stormagasiner
- High end brand butikker, som udelukkende sælger egne dyrere produkter, eksempelvis Hugo Boss
- Multibrand forhandlere (ex. Kaufmann, Ginsborg, Jardex, Troelstrup), som sælger eksterne brands, typisk i middel til høj pris segmentet.

Da denne sag fokuserer på de sidste 2 kategorier, vil mine svar derfor hovedsageligt være rettet mod den del af markedet.

Helt overordnet er det min opfattelse, at hovedparten af usolgte sæsonvarer forsøges afsat på sæsonudsalget, så forhandleren kan få rensset lageret og gjort plads til den nye sæsons varer. Samtidig mindskes likviditetsbindingen af varelageret, hvilket heller ikke er uvæsentlig for mange forhandlere. Jeg vil vurdere, at mellem 50% og 80% af de usolgte sæsonvarer kommer med på sæsonudsalget.

Nedenfor mine betragtninger i relation til de 4 nævnte alternativer for usolgte sæsonvarer:

(i) En meget begrænset andel af sæsonvarerne kan sættes sammen med de nye sæsonvarer, såfremt de fortsat passer i farve, materiale og form. Det vil være de mindst sæsonprægede varer, og således ikke være eksempelvis overtøj, vinter accessories og tung strik om vinteren eller shorts, badetøj og kortærmede produkter fra om sommeren. Mit bud vil være, at det maksimalt er/var 20% af en sæsonkollektion i en typisk multibrand butik, som egner sig til at forblive i butik mellem sæsonerne i detailforretningerne.

(ii) Det er ganske normalt, at visse usolgte sæsonvarer beholdes på lageret for at komme med på senere tilbudskampagner og/eller sæsonudsalg. Alternativt kan de gemmes et halvt år og tages frem, når sæsonhjulet igen viser "rigtig" sæson. Dette vil typisk være overtøj, vinter accessories og tung strik om vinteren eller shorts, badetøj og kortærmede produkter fra om sommeren, da disse produkter kan være svære at sælge udenfor sæson, selv med rabat.

(iii) Nogle forhandlere har gennemsalgsgarantier på udvalgte kategorier, oftest de dyrere kategorier såsom overtøj og konfektion, hvilket giver dem ret til at returnere ikke solgte varer til leverandøren. Men min opfattelse er, at det er en undtagelse og ikke kutyme, og det vil oftest være koblet op på et minimumskøb hos leverandøren. Det er således min vurdering, at det er en begrænset del af sæsonvarerne som returneres til leverandøren.

(iv) Det er mere og mere normalt at sæsonvarer overføres til outlet eller webshop, hvor de sælges til fuld eller nedsat pris. Dette var også tilfældet for årene 2014 – 2018, men det er eskaleret de senere år i takt med konkurrencen fra e-handlen samt forhandlernes udvikling af egne webshops, hvor det er enkelt at håndtere en outlet butik.

Spørgsmål 4: Skønsmanden bedes angive, om der er kutyme for hvor ofte NOS-varer, sæsonvarer og ukurante sæsonvarer indgår i henholdsvis tilbudskampagner og sæsonudsalg.

Svar på spørgsmål 4:

NOOS-varer indgår stort set aldrig i rabatterede kampagner, hverken tilbudskampagner eller sæsonudsalg. Da varerne har lang levetid, er der yderst sjældent behov for at foretage kampagner for at nedbringe lageret, ligesom de fleste forhandlere af NOOS-varer har stort fokus på, at disse varer skal sælges til fuld pris. I markedet forekommer der givetvis enkelte undtagelser, når forhandlere, typisk stormagasiner, har tidsbegrænsede rabataktiviteter på hele kollektioner. Uagtet dette vil øvrige forhandlere typisk tilstræbe IKKE at rabattere NOOS-varer.

Sæsonvarers anvendelse i tilbudskampagner under sæsonen varierer meget mellem de forskellige detailforretninger. Nedenfor har jeg redegjort for kutymen indenfor nogle butikskategorier, da det samlet set har betydning for, hvordan markedsmekanismerne udvikler sig.

- Der er en tendens til, at de **vertikale fast fashion retailkæder** er relativt aktive med rabatter i sæsonen for derved løbende at balancere varelageret og givetvis skabe trafik. Sammenholdt med aktiviteter på egen webshop kan de have rabatterede kampagner på sæsonvarer hver eller hver anden uge. Kæderne vil også typisk have et større mid season sale, 2 gange om året, hvor tidlige sæsonvarer indgår, ligesom de givetvis har sæsonudsalg med sæsonvarer 2 gange om året.
- **Stormagasinerne (ex. Magasin og Salling) og en række e-com platform (ex Boozt, Zalando etc)** er generelt også meget aktive med at lade sæsonvarer indgå i tilbudskampagner i løbet af sæsonen, typisk via en generel tidsbegrænset rabat % på visse produkter/kategorier/brands. Samtidig har stormagasinerne og e-handlerne, sammen med de vertikale retailers, været meget drivende i forhold til udbredelsen af ekstra tilbudsaktiviteter såsom Black Friday, Singles Day, Mid Season Sale etc. De vil således både have 2 gange Mid Season Sale som sæsonudsalg 2 gange om året inkluderende sæsonvarer.
- **Mid til high price brand stores (ex Ralph Lauren, Hugo Boss, Gant, Peak Performance) samt multibrand butikker (ex Kaufmann, Ginsborg)** har typisk forsøgt at undgå for mange tilbudskampagner i sæsonen og har derfor i mindre grad haft sæsonvarer rabatteret i løbet af sæsonen. Eksempelvis har en butik som Mads Nørgaard decideret boykottet Black Friday for at undgå en eskalering af rabataktiviteter. Disse butikker ville tidligere (fex i perioden 2014 – 2017) forsøge udelukkende at have 2 sæsonudsalg om året med sæsonvarer, men de seneste år er tendensen, at mid-season sale også vinder frem i denne kategori.

Såfremt en forhandler har **ukurante sæsonvarer** på lager, vil de oftest indgå i planlagte rabataktiviteter på lige fod med sæsonvarer. Forhandlere af mærkevarer såvel multi- som monobrand forhandlere (midt til høj pris)

vil dog typisk forsøge at anvende ukurante sæsonvarer til tilbudskampagner, eksempelvis Black Friday, fremfor aktuelle sæsonvarer.

Spørgsmål 5: Skønsmanden bedes angive, hvor hyppigt der afholdes tilbudskampagner og sæsonudsalg, herunder om der har været en udvikling i anvendelsen og hyppigheden af tilbudskampagner i løbet af de seneste 10 år.

Svar på spørgsmål 5:

Der er ubetinget sket en eskalering af tilbudskampagner indenfor de seneste 10 år, hvilket i grad skyldes fremvæksten af e-com. Da konkurrencen indenfor e-com i høj grad har været et volumespil, har e-tailerne generelt været meget aggressive på rabatterede kampagner, hvilket har lagt stort pres på de fysiske butikker.

Såvel stormagasinerne som de vertikale fast fashion kæder har fulgt med og indført en lang række "nye" tilbudsaktiviteter, såsom Black Friday, Singles Day, Crazy Days, Members Days etc,

Det er svært at sige noget generelt om hyppigheden af tilbudskampagner, da det varierer stort mellem de forskellige butikskategorier og faktisk også indenfor kategorierne. Men som minimum vil jeg vurdere, at der er større tilbudskampagner hver eneste måned (inklusive sæsonudsalg).

Sæsonudsalget var tidligere 2 gange om året, men de seneste 15 år er mid season sale i højere grad blevet introduceret, således at der nu hos mange forhandlere er 4 sæsonudsalg. 2 store i hhv juni/juli og dec/jan, og 2 mid season sale i marts/april og sept/okt.

Ligeledes sker de store sæsonudsalg tidligere og tidligere, hvilket givetvis giver forhandlerne kortere tid til at sælge til fuld pris.

Spørgsmål 6: Skønsmanden bedes angive, hvor lang tid forud for en tilbudskampagnes start, en forhandler typisk beslutter (i) at afholde den pågældende kampagne, og (ii) om forhandleren samtidig hermed beslutter, hvilke varer der skal inkluderes i kampagnen. Hvis svaret er "nej" vedrørende (ii), bedes skønsmanden angive, hvornår forhandleren i givet fald beslutter dette.

Hvis relevant kan svarene angives i form af et spænd (eksempelvis mellem x og y dage før tilbudskampagnens start).

Svar på spørgsmål 6:

Det er svært at give et entydigt svar på dette, da det fuldstændig afhænger af den enkelte forhandlers planlægning. Mange vil arbejde med et årshjul, hvor de store kampagner bliver planlagt op til 8-10 måneder før start.

Samtidig vil man planlægge slots for eventuelle ekstra tilbudskampagner, der kan lægges ind alt efter behov.

(i) Men mit bedste bud vil være, at en man typisk senest besluttende en tilbudskampagne inklusive budskabet 5-14 dage før kampagnens start, da kampagnen oftest vil være bakket op af ekstern markedsføring, som skal bookes og produceres. Specielt, når jeg skal fokusere på perioden 2014 – 2018, hvor man fortsat havde en væsentlig del af markedsføringen off line.

(ii) I langt de fleste kampagner vil man samtidig beslutte, hvilke varer der skal inkluderes i kampagnen senest 5-14 dage før start. Såfremt budskabet er mere generelt, såsom 30% rabat på udvalgte produkter, kan forhandleren i princip vente til dagen før, da varerne jo således blot skal præsentere rabatten i butik. MEN dette vil være undtagelsen, så typisk fastlægges varerne altså senest 5-14 dage før start.

Spørgsmål 7: Skønsmanden bedes angive, om forhandlerne på detailmarkedet har forskellige strategier for afholdelse af tilbudskampagner og sæsonudsalg. Skønsmanden bedes herunder angive, om der er forhandlere, der (i) alene deltager i sæsonudsalg, (ii) deltager i sæsonudsalg og én årlig tilbudskampagne (f.eks. i anledning af Black Friday), og (iii) deltager i sæsonudsalg og en række tilbudskampagner i løbet af et kalenderår.

Skønsmanden bedes i forlængelse heraf angive, hvilke omstændigheder der erfaringsmæssigt typisk indgår i beslutningen om valget af udsalgs- og tilbudsstrategi.

Svar på spørgsmål 7:

Forhandlerne har helt givet forskellige strategier for afholdelse af tilbudskampagner og sæsonudsalg. Helt overordnet er de forskellige aktivitetsstrategier forankret i den enkelte forhandlers **langsigtede strategi** for sit brand,

- Hvilken markedsposition ønsker forhandleren at tage?
- Hvilken værdi vil forhandleren skabe for sine kunder (value proposition), eksempelvis er prisen, kvaliteten, modegraden, serviceniveauet, et bredt udbud, troværdighed eller andre parametre det vigtigste? Hvordan balanceres dette i forhold til at tage den ønskede markedsposition overfor konkurrenterne?
- Pris- og aktivitetsstrategien skal givetvis også holdes op mod den budgetterede profit, så forhandleren sikrer den rette balance mellem fuld pris og rabatteret omsætning.

I et kortere perspektiv indgår overvejelser om salgsudviklingen og lagersituationen i sæsonen typisk som vigtige parametre i forhold til hyppigheden og størrelsen af rabatterede aktiviteter, ligesom konkurrenternes adfærd givetvis også indgår i beslutningen.

Samtidig kan forhandlere, som har butikker i storcentrene, være tvunget til at følge centrets retningslinjer for kampagner og udsalg, hvilket både kan begrænse og ind imellem øge aktiviteten i forhold til forhandlerens egne ønsker. Dette kan også være gældende for de brands, som sælger i stormagasiner.

Nedenfor har jeg forsøgt at eksemplificere, hvordan dette kan påvirke valget af aktivitetsstrategi:

(i) Alene deltagelse i sæsonudsalg:

Visse luksusmærker (high end) vælger udelukkende at have rabat ved sæsonudsalg. Brandets troværdighed og eksklusivitet er vigtigere end prisen, hvorfor disse forhandlere afholder så få rabatterede kampagner som muligt. I stedet vil disse brands typisk kombinere sæsonudsalget med at sælge usolgte sæsonvarer via outletsalg, så nedsatte varer kommer væk fra de profilerede butikker på high street.

Enkelte multibrand forhandlere af dyrere varer, eksempelvis Nørsgaard på Strøget har også valgt at holde fast i kun at deltage i sæsonudsalg for at kæmpe imod eskaleringen af rabatkampagner, og forsøger herved at sikre højere andel fuld pris omsætning.

(ii) Deltager i sæsonudsalg og én årlig tilbudskampagne (f.eks. i anledning af Black Friday):

Mange forhandlere, som tidligere udelukkende afholdt sæsonudsalg, valgte i årene 2014-2018 (ofte i stille protest) udover sæsonkampagnerne også at deltage i Black Friday, som har udviklet sig til at blive dagen med årets største omsætning i udvalgsvareretail. Risikoen for at tabe væsentlig omsætning er simpelthen for stor til ikke at være med.

Det vil typisk være forhandlere af medium/høj pris produkter, som sælger varer med moderat modegrad, og som har mere fokus på selektivt vareudbud, kvalitet, servicegrad og troværdighed end på pris, som kun vælger at være med på BF og sæsonudsalg.

Dette kan eksempelvis være Kaufmann, Ginsborg og en række profilerede brands.

(iii) Deltager i sæsonudsalg og en række tilbudskampagner i løbet af et kalenderår:

Som nævnt tidligere er hyppigheden og størrelsen af tilbudsaktiviteter eskaleret de seneste 10 – 15 år, ikke mindst med den eksplosive vækst i e-handlen.

I detailhandlen er denne tendens blandet andet drevet af stormagasinerne, primært Magasin og Salling, for hvem store tilbudskampagner har været afgørende for at bibeholde kundestrømmen.

Derudover afholder de vertikale fast fashion kæder, som har stort fokus på pris, har varer med høj modegrad samt hyppig udskiftning af kollektioner også en lang række tilbudskampagner i løbet af kalenderåret.

Helt overordnet er tendensen, at det bliver sværere for forhandlerne at holde fast i få tilbudskampagner, da markedsudviklingen går mod mere dynamisk prissætning og løbende prisjusteringer i et mere og mere transparent marked.

Tema 2 – Parallel distribution

Motivering

Efter HUGO BOSS' introduktion af et parallelt distributionssystem fik HUGO BOSS og Kaufmann både en vertikal og horisontal relation.

Spørgsmålene i tema 2 sigter mod at få belyst leverandørens og forhandlerens respektive roller og incitamenter i henholdsvis traditionelle leverandør-/forhandlerdistributionssystemer og parallelle distributionssystemer.

Spørgsmål 8: Skønsmanden bedes beskrive forskellen mellem leverandørens og forhandlerens respektive roller og incitamenter i henholdsvis traditionelle leverandør-/forhandlerdistributionssystemer og parallelle distributionssystemer.

Svar på spørgsmål 8:

Traditionel distribution:

- **Leverandørens rolle** er at designe, udvikle og producere produkter, som kan markedsføres og sælges til forhandlere for videresalg til forbrugeren.

Leverandøren vil typisk også udvikle marketing mod forbrugeren, som kan understøtte forhandlerens kommunikation og salg til forbrugeren.

Primært fokus vil dog være på at markedsføre og sælge så meget som muligt ind til de udvalgte forhandlere, som kan repræsentere leverandøren på tilfredsstillende vis.

Incitamentet for leverandøren er derfor at maksimere omsætning, markedsandel og profit via salget til forhandlerne.

- **Forhandlernes rolle** er at være mellemlid mellem leverandør og forbruger. Forhandleren sælger således varerne til forbrugerne, og er derfor også ansvarlig for kundeservice under og efter salget.

Forhandleren har givetvis også et incitament i at maksimere salg og profit på leverandørens varer. MEN det primære incitament vil typisk være at maksimere profitten på leverandørens produkter mere end at optimere omsætningen og hermed understøtte markedsandelen for leverandørens produkter. Dette skyldes, at forhandleren også har produkter fra andre leverandører, hvorfor forhandleren overordnet vil have fokus på den totale omsætning og profit, mere end blot den enkelte leverandørs omsætning.

Parallel distribution:

- **Leverandøren** vil i parallel distribution yderligere have en rolle i at sælge produkter direkte til forbrugeren via egne kanaler, parallelt med salget via forhandlere. Leverandøren indtræder altså således i en ny parallel rolle som konkurrent til sine forhandlere.

Herved bliver det overordnet også en ekstra opgave/rolle for leverandøren at håndtere balancen mellem at være leverandør og konkurrent til sine forhandlere.

Leverandørens incitament vil overordnet fortsat være at maksimere omsætning, markedsandel og profit, men dette skal nu balanceres mellem en omsætning i egne kanaler, som har en procentuelt højere profit, og en omsætning hos forhandlerne som typisk og i hvert fald initialt, har en væsentlig større volume.

- **Forhandlerens** rolle ændres som udgangspunkt ikke væsentligt i den parallelle distribution, og det primære incitament vil også her være at maksimere profitten på leverandørens varer.

MEN da leverandøren også er konkurrent, får forhandleren en ekstra rolle i at overvåge leverandørens aktiviteter i retailledet, da disse kan have afgørende betydning for forhandlerens afsætningsmuligheder af leverandørens varer.

Der kan såedes også være behov for justere sortimentet til, eksempelvis ved at få tilbudt varer fra leverandøren, som ikke sælges i leverandørens egne kanaler.

Traditionelt set har leverandører i langt overvejende grad haft fokus på at få solgt varer ind til forhandlerne, og i mindre grad på at understøtte forhandlerens salg til slutforbrugeren. Men der er helt klart en udvikling mod, at flere leverandører er blevet dygtigere til at hjælpe forhandlerens gennem salg via dybere analyser og involvering i sortimentsplanlægning og salgsopfølgning samt i relation til understøttende marketing kampagner. Alt sammen noget som kræver en tættere og mere hyppig dialog mellem leverandør og forhandler.

Et godt gennem salg af leverandørens varer hos forhandleren er givetvis en væsentlig forudsætning for at fortsætte/vækste et bæredygtigt samarbejde, og hermed sikre fremtidig omsætning.

Spørgsmål 9: Skønsmanden bedes beskrive, om – og i givet fald på hvilken måde – leverandørens dobbeltrolle i parallelle distributionssystemer har givet anledning til problemstillinger i forhold til leverandørens selvstændige forhandlere.

Skønsmanden bedes i sit svar adressere, om det er en kendt problemstilling, at selvstændige forhandlere, der har indkøbt sæsonvarer fra en leverandør til fuld pris i engrosleddet, ikke ønsker at blive mødt med, at leverandøren derefter i løbet af den sæson, som varerne vedrører, annoncerer egne tilbudskampagner i detaillerede omfattende de selvsamme sæsonvarer. Hvis svaret er "ja" bedes skønsmanden angive, hvordan problemstillingen er håndteret i praksis.

Svar på spørgsmål 9:

Leverandørens dobbeltrolle i parallel distribution har absolut givet anledning til problemstillinger i forhold til leverandørers selvstændige forhandlere. Problemerne vil typisk være:

- Leverandøren bliver en konkurrent med selvstændige aktiviteter rettet mod forbrugerne. Dette kan have en u hensigtsmæssig påvirkning på de selvstændige forhandleres afsætningsmuligheder af leverandørens produkter:
 - o Kampagner med rabat, som underminerer de selvstændige forhandleres omsætning til fuld pris, hvilket kan lede til overlagrer og/eller mindsket marginal
 - o Udfordring i forhold til at opnå minimumskvantiteter i indkøb på grund af begrænset tidsrum for salg til fuld pris
- Ligeledes kan det skabe en utroværdighed i forhold til loyale kunder, som køber til fuld pris hos forhandleren, samtidig med at leverandøren har rabat på produktet i egne kanaler.

Helt overordnet kan dobbeltrollen være med til at skabe en vis ubalance i samarbejdsrelationen, da den ene part (leverandøren) har fuld indsigt i såvel salget til forhandlerleddet, som salget til forbrugerne, hvilket øger behovet for en konstruktiv informationsudveksling mellem parterne.

Det er således en kendt problemstilling, at selvstændige forhandlere, der har indkøbt sæsonvarer fra en leverandør til fuld pris i engrosleddet, ikke ønsker at blive mødt med, at leverandøren derefter i løbet af den sæson, som varerne vedrører, annoncerer egne tilbudskampagner i detaileddet omfattende de selvsamme sæsonvarer.

Det er dog langt fra i alle leverandør/forhandler forhold, at denne problemstilling bliver aktivt håndteret af leverandøren, men såfremt det er tilfældet, vil man typisk løse det gennem:

- Løbende dialog mellem parterne, og herunder overordnet informationsudveksling vedrørende planlagte kampagner/temaer i leverandørens årshjul for at understøtte optimering af indkøbsvolumer:
 - o Indkøbsmøder pr sæson
 - o Løbende korrespondance om planlagte aktiviteter, såsom timing af udsalg etc
- Koordinering af sortimentet, så forhandler får unikke produkter, som ikke sælges i leverandørens egne kanaler
- Eventuel kompensation til forhandler for at afbøde negative effekter af kampagner:
 - o Returret af usolgte varer, eksempelvis gennem aftaler om genomsalgsgaranti.
 - o Ekstra rabat på varer involveret i leverandørs egne kampagner

Tema 3 – Informationsudvekslingens betydning i den vertikale relation **Motivering**

Spørgsmålene i tema 3 sigter mod at få belyst informationsudvekslingens betydning i HUGO BOSS' og Kaufmanns vertikale relation.

Spørgsmål 10: Skønsmanden bedes angive, om det er sædvanligt, at en leverandør og en forhandler har en løbende og tæt dialog om salg af leverandørens varer på detailmarkedet.

Hvis svaret er "ja", bedes skønsmanden nærmere angive, hvilke drøftelser der – baseret på skønsmandens erfaring – både er sædvanlige og nødvendige i et samarbejdsforhold mellem en leverandør og forhandler på detailmarkedet.

Svar på spørgsmål 10:

Såvel leverandør som forhandler har et incitament i at maksimere omsætningen af leverandørens varer hos forhandleren såvel i indeværende som fremtidige sæsoner. Da forhandlerens indkøb hos leverandøren i fremtidige sæsoner, er afhængig af at der kan skabes en tilfredsstillende profit, er det derfor også i begges interesse, at forhandleren har en økonomisk bæredygtig samhandel med leverandøren.

For at sikre en bæredygtig samhandel, som samtidig maksimerer omsætningen af leverandørens produkter, er det sædvanligt og nødvendigt at have en løbende og tæt dialog vedrørende salgsudvikling og faktorer, som kan påvirke omsætningen.

Jeg forsøger nedenfor at redegøre for dette med udgangspunkt i branchens årshjul:

Indkøb af sæsonvarer 6-8 måneder før sæsonstart (juni/juli og dec/jan):

- Leverandøren vil typisk afholde et salgsmøde, hvor forhandlerne enten inviteres samlet eller individuelt til en præsentation af leverandørens kollektion for den kommende sæson. Præsentationen vil typisk indeholde overordnet information vedr:
 - o Historisk tilbageblik med Input vedr leverandørens resultat af den forgangne sæson, såsom overordnet salgsindex, hvilke produktkategorier og produkter har solgt godt hhv dårligt
 - o Trends, farver og materialer for den kommende sæson
 - o Nyheder i kategorier, produkter, salgskampagner etc
 - o Hvilke kategorier og produkter tror leverandøren ekstra meget på for den kommende sæson?
 - o Præsentation af hele kollektionen
 - o Planlagte marketing kampagner:
 - Profilerede kampagner, som understøtter leverandørens profil og samtidig kan understøtte forhandlerens salg til forbrugeren. Herved kan det have betydning for indkøbsvolumen.
 - Eventuelt datoer for planlagt sæsonudsalg (påvirker perioden med fuldt pris salg), hvis leverandøren har eget udsalg. Det er dog langt fra alle leverandører der vil/kan oplyse om dette allerede ved indkøbstilfældet.
- Efter salgsmødet vil forhandleren foretage sit indkøb, og i forbindelse med dette, vil der typisk være et møde mellem leverandør og forhandler, hvor følgende drøftelser vil være naturlige:
 - o Forhandlerens salg af leverandørens varer i den forgangne sæson sammenholdt med indkøbet og herved det udgående lager
 - o Forhandlerens planlagte budget til indkøb fra leverandøren

o Indkøbsaftalen mellem forhandler og leverandør, herunder eventuelle aftaler vedr. mark up, gennemsalgsgaranti, returret, aftale om marketingtilskud mm.

Efter indkøb og frem til sæsonstart:

I perioden mellem indkøb og frem til de første sæsonordrer leveres, vil der typisk forekomme drøftelser vedr. leveringstider samt eventuelle justeringer af indkøbsordren, som følge af enten leverandørens eller forhandlerens forhold.

Herunder kan det eksempelvis være relevant at forsøge at tilpasse indkøbsordren/købe suppleringsordrer, hvis der opleves ændringer i markedet på makroniveau, hos leverandøren eller hos den enkelte forhandler. Det kunne være, at visse produktkategorier, produkter, farver, pasformer eller materialer udviser ændret efterspørgsel, som man forventer vil fortsætte ind i den kommende sæson.

I sæson:

I selve sæsonen kan det fortsat være relevant at opretholde løbende dialog om salgsudvikling generelt samt ikke mindst på produktniveau. Specielt, hvis leverandøren har mulighed for at tilbyde suppleringsordrer i sæson.

Ligeledes kan der være behov for at drøfte eventuelle markedsføringskampagner og -tiltag i forhold til timing og udførelse, såfremt leverandøren er involveret i relation til materiale, medier og eventuelt tilskud. Dette er ekstra relevant, hvis der sker ændringer i forhold til tidligere udmeldte planer.

Endelig vil der oftest være dialog vedr. reklamationer og andet feedback fra forbrugerne.

Dialogen i løbet af sæsonen kan således medvirke til en bedre fælles forståelse i leverandør/ forhandler forholdet, som kan forbedre samarbejdet vedr. fremtidige sæsoner.

Fra leverandørens side vil input fra forhandlere også specifikt kunne bidrage til at forbedre fremtidige kollektioner.

Spørgsmål 11: Skønsmanden bedes angive, hvorvidt de udvekslede oplysninger om HUGO BOSS' tilbudskampagner i den for sagen relevante periode kunne have betydning for Kaufmann i den vertikale leverandør-/forhandlerrelation.

Hvis svaret er "ja", bedes skønsmanden nærmere angive på hvilken måde, informationsudvekslingen kunne have betydning i den vertikale leverandør-/forhandlerrelation.

Skønsmanden bedes særskilt adressere, om det er atypisk, at en forhandler ønsker at få indblik i, om leverandørens tilbudskampagner i detailleret omfatter kurante sæsonvarer, som forhandleren netop har indkøbt til fuld pris i engrosleddet af leverandøren.

Skønsmanden bedes ved besvarelsen endvidere adressere betydningen af forhandlerens

- (i) risiko for at brænde inde med et restlager af leverandørens varer,
- (ii) fremtidige indkøb af leverandørens varer, og
- (iii) forhandlingsposition over for leverandøren i forhold til minimumsindkøbsforpligtelser pålagt af leverandøren.

Svar på spørgsmål 11:

Det er min vurdering, at en del af de udvekslede oplysninger kunne have betydning for Kaufmann i den vertikale leverandør-/forhandlersituation.

- En af korrespondancerne startende med [As] mail af 28/1 2014 vedrører specifikt planlagte kampagner fra Hugo Boos for den kommende sæson, og mailen blev formodentlig afsendt medens Kaufmann var ved at færdiggøre indkøbet for den kommende sæson.

o Kampagnernes timing og størrelse har betydning for den periode, hvor forhandleren kan sælge sæsonvarerne til fuld pris, og kan herved have betydning for forhandlerens indkøb af leverandørens varer for den kommende sæson (i).

o Samtidig kan det ikke afvises, at leverandøren får større mulighed for at forhandle minimumskøb ned, hvis leverandøren informerer om eskalering af rabatterede kampagner. Denne information kan således påvirke forhandlingssituationen i forbindelse med indkøb til fremtidige sæsoner (iii).

- Størstedelen af de udvekslede oplysninger er udvekslet i den konkrete sæson, hvilket kunne være information, som er nyttig for forhandleren i forhold til eventuelle suppleringsordrer i sæsonen. Men der er dog ikke noget i materialet, som tyder på, at dette er tilfældet i denne sag.

En del af korrespondancen fokuserer på at Hugo Boss tydeligvis har eskaleret kampagnetrykket i forhold til tidligere sæsoner. Dette har relevans for Kaufmann, såfremt de har baseret sæsonens indkøb på forventninger om uændret kampagnetryk, og således vil have kortere tid til at sælge varer med fuld pris.

Dette kan potentielt have følgende betydning for Kaufmann:

- o Større risiko for at brænde inde med et restlager af leverandørens varer i den indeværende sæson, da indkøbet ikke tog højde for den kortere salgsperiode til fuld pris (i)
- o Generelt er det relevant at diskutere ændrede forudsætninger i samarbejdsrelationen, og specielt forhold som kan påvirke omsætning og profit, så typisk vil en forhandler reagere umiddelbart, når de ændrede forudsætninger bliver opdaget. Dette kan potentielt ligge til grund for en omforhandling af de oprindelig aftalte vilkår for gennemsalgsgaranti, returret etc. for den indeværende sæson. (iii)
- o Informationen kan også være relevant i forhold til troværdigheden overfor Kaufmann's kunder.
- o I forhold til indkøb af fremtidige sæsoner (ii) kan informationen være relevant, såfremt den afspejler et nyt mønster i kampagnerne, men i forhold til netop dette aspekt, behøver informationen ikke at komme før ved sæsonafslutningen.

Afslutningsvist er min vurdering således, at det IKKE er atypisk, at en forhandler ønsker at få indblik i, om leverandørens tilbudskampagner i detailleddet omfatter kurante sæsonvarer, som forhandleren netop har indkøbt til fuld pris i engrosleddet af leverandøren.

Tema 4 – Informationsudvekslingens betydning i den horisontale relation

Motivering

Konkurrencerådet og Kaufmann er uenige om, hvilken betydning det havde – eller kunne have – for Kaufmanns ageren på detailmarkedet at modtage oplysninger om visse af HUGO BOSS' kommende tilbudskampagner i den for sagen relevante periode.

Det er ubestridt, at HUGO BOSS' fremsendelse af oplysninger om kommende tilbudskampagner til Kaufmann generelt betragtet potentielt kunne have betydning for parternes horisontale relation.

Det følger således af fast konkurrenceretlig teori og praksis, at konkurrenters udveksling af ikke-offentliggjorte og individualiserede oplysninger om kommende tilbudskampagner formodes at føre til en koordinering af deres prissætning.

Konkurrencerådet og Kaufmann er dog bl.a. uenige om, i hvilket omfang der konkret var tale tilstrækkeligt individualiserede oplysninger om kommende tilbudskampagner.

I det omfang, der konkret var tale om tilstrækkeligt detaljerede oplysninger om kommende tilbudskampagner, er Konkurrencerådet og Kaufmann endvidere uenige om, hvorvidt informationsudvekslingen konkret var egnet til at lette en koordinering af HUGO BOSS' og Kaufmanns prissætning på detailmarkedet, hvilket det er op til Sø- og Handelsretten at vurdere.

Spørgsmålene i tema 4 sigter mod at få belyst informationsudvekslingens betydning i HUGO BOSS' og Kaufmanns horisontale relation på detailmarkedet.

Skønsmanden skal i sin besvarelse af spørgsmålene i tema 4 forudsætte, at Kaufmann i den for sagen relevante periode deltog i sæsonudsalg og derudover alene deltog i én årlig tilbudskampagne i anledning af Black Friday, og at HUGO BOSS modsat både deltog i sæsonudsalg og en række tilbudskampanjer uden for sæsonudsalgene såsom Midseason sale, Black Friday, Goodie Days og Super Bazaar i Magasin mv.

Spørgsmål 12:

Informationsudvekslingen mellem HUGO BOSS og Kaufmann omfattede i flere tilfælde oplysninger om, at ukurante sæsonvarer ville indgå i HUGO BOSS' tilbudskampanjer, jf. Underbilag 2.1.

Skønsmanden skal i sin besvarelse af spørgsmål 11 forudsætte,

- at Kaufmann enten returnerede ukurante sæsonvarer til de enkelte leverandører eller overførte varerne til sin outlet på Kaufmanns webshop efter endt sæsonudsalg,
- at der kun var et meget begrænset overlap mellem de ukurante sæsonvarer, der indgik i HUGO BOSS' tilbudskampanjer, og de ukurante sæsonvarer i Kaufmanns outlet på webshoppens,
- at salget af HUGO BOSS-varer i Kaufmanns outlet på webshoppens repræsenterede mindre end en promille af Kaufmanns samlede omsætning i den for sagen relevante periode.

Skønsmanden bedes angive, hvilken værdi de udvekslede oplysninger om HUGO BOSS' tilbudskampanjer omfattende ukurante sæsonvarer kunne have for Kaufmann som konkurrent til HUGO BOSS.

Skønsmanden bedes endvidere angive, om det har betydning for besvarelsen, hvis det – i tillæg til forudsætningerne angivet ovenfor – forudsættes, at [Udeladt].

Svar på spørgsmål 12:

Helt overordnet kan information om konkurrenters fremtidige tilbudskampanjer givetvis have en værdi for en forhandler. Og jo mere detaljeret og jo tidligere informationen er, jo mere velegnet er informationen givetvis som en del af beslutningsgrundlaget for forhandlerens egne kampanjer og hermed fremtidige prissætning.

o Det kan potentielt have en vis værdi at kende til timing og "niveau" på kampagner, da det kan indikere, hvor stærk og hermed trafikskabende kampagnen er. Hermed kan informationen være en del af beslutningsgrundlaget til, om forhandleren selv skal planlægge kampagne.

o Hvis oplysningerne desuden er specifikke på produktniveau, giver det naturligvis forhandleren mulighed for at tilpasse sine priser til konkurrenten.

Men i den konkrete sag er det min vurdering, at oplysningerne har meget begrænset værdi for Kaufmann:

o I forhold til timing og niveau af kampagner er det meste af informationen enten offentlig kendt (eksempelvis Super Bazar i Magasin) alternativt kommer informationen relativt sent i forhold til afholdelse af kampagnen, hvilket gør det vanskeligt for Kaufmann selv at iværksætte slagkraftige kampagner med medieopbakning. Hvis jeg endvidere inkluderer Kaufmann's faste kampagnestrategi, vil jeg mene, at informationen i relation til timing og niveau af kampagner i praksis ikke har nogen værdi i det horisontale forhold.

o I forhold til informationen om de ukurante sæsonvarer kunne det potentielt have en lille værdi i relation til prisfastsættelse på webshoppen, men set i lyset af forudsætningerne for besvarelsen vil den værdi i praksis være ubetydelig:

- o Ingen ukurante sæsonvarer i de fysiske butikker
- o Meget begrænset overlap af varer mellem Hugo Boss kampagner og outlet
- o Meget begrænset omsætning i webshoppens outlet

Spørgsmål 13:

Som led i informationsudvekslingen oplyste HUGO BOSS også i nogle tilfælde, at HUGO BOSS ikke ville nedsætte NOS-varer i anledning af HUGO BOSS' tilbudskampagner, jf. Underbilag 2.1.

Skønsmanden skal i sin besvarelse af spørgsmål 14 forudsætte, at Kaufmann ej heller nedsatte NOS-varer fra HUGO BOSS eller andre brands, som Kaufmann forhandlede i den for sagen relevante periode.

Skønsmanden bedes angive, hvilken værdi det kunne have for Kaufmanns ageren på detailmarkedet at modtage oplysninger om, at HUGO BOSS ikke ville nedsætte NOS varer i forbindelse med HUGO BOSS' planlagte tilbudskampagner.

Skønsmanden bedes endelig angive, om det i øvrigt kunne have værdi for Kaufmann at modtage oplysningen om, at HUGO BOSS ikke ville nedsætte NOS-varer – og i givet fald på hvilken måde.

Svar på spørgsmål 13:

Som tidligere angivet, er den helt generelle strategi i branchen, at NOOS-varer aldrig nedsættes, hvorfor en information om, at Hugo Boss ikke ville nedsætte NOOS-varer må antages at have yderst begrænset værdi i forhold til Kaufmanns ageren på detailmarkedet. I givet fald er det jo blot en bekræftelse på en allerede fastlagt strategi.

I meget få undtagelsestilfælde kan NOOS-varer være inkluderet i korte tidsbegrænsede kampagner, såsom time eller dagtilbud hvor et brands fulde kollektion sælges med en rabat %, men det vil efter min mening ikke være kampagner, som har nogen betydning for prisfastsættelsen og konkurrenters ageren på markedet.

I den generelle samarbejdsrelation (vertikale) har det værdi for Kaufmann at få information om, at Hugo Boss overholder den uskrevne (eller måske aftalte) kutyme, om at NOOS-varer ikke nedsættes, ligesom det giver sikkerhed om, at forudsætningerne, som ligger til grund for indkøbsvolumerne er uændrede.

Spørgsmål 14:

HUGO BOSS fremsendte i to tilfælde oplysninger til Kaufmann vedrørende HUGO BOSS' planlagte tilbudskampagner i anledning af Black Friday i henholdsvis 2016 og 2017, jf. Underbilag 2.1.

HUGO BOSS fremsendte oplysninger om sin tilbudskampagne i anledning af Black Friday 2016 fem dage inden Black Friday 2016, mens HUGO BOSS fremsendte oplysningerne om sin tilbudskampagne i anledning af Black Friday 2017 tre dage inden Black Friday 2017.

Kaufmann deltog også i Black Friday i 2016 og 2017.

For så vidt angår Black Friday 2017 fremsendte HUGO BOSS en specificeret vareliste jf. Underbilag 2.1, som indeholdt oplysninger om HUGO BOSS' tilbud vedrørende ca. 562 vareartikler. Skønsmanden skal i sin besvarelse af spørgsmål 14 forudsætte, at Kaufmann alene havde 7 af de ca. 562 vareartikler i sit sortiment, og at det tilsvarende gælder, at der var et meget begrænset overlap mellem de varer, der var omfattet af HUGO BOSS' tilbudskampagne i anledning af Black Friday 2016 og Kaufmanns HUGO BOSS-varer i 2016.

Skønsmanden bedes angive, hvilken værdi det kunne have for Kaufmann at modtage oplysninger om HUGO BOSS' tilbudskampagner i anledning af Black Friday i 2016 og 2017.

Skønsmanden bedes i sin besvarelse inkludere den eventuelle betydning af,

- at der var tale om kurante sæsonvarer, men at det forudsættes, at der alene var et meget begrænset overlap mellem varerne omfattet af HUGO BOSS' Black Friday tilbudskampagner og Kaufmanns HUGO BOSS-varer
- at HUGO BOSS fremsendte oplysningerne om sine tilbudskampagner fem og tre dage før Black Friday i henholdsvis 2016 og 2017
- at Kaufmann oplyser allerede at have fastlagt sin tilbudsstrategi i anledning af Black Friday 2016 og 2017 på tidspunktet for modtagelsen af HUGO BOSS' oplysninger,
- at HUGO BOSS blot var et ud af 34-40 brands, der blev forhandlet af Kaufmann i den for sagen relevante periode.

Svar på spørgsmål 14:

Som beskrevet i svaret til spørgsmål 12, kan information om konkurrenters fremtidige tilbudskampagner givetvis have en værdi for en forhandler. Og jo mere detaljeret og jo tidligere informationen er, jo mere velegnet er informationen givetvis som en del af beslutningsgrundlaget for forhandlerens egne kampagner og hermed fremtidige prissætning.

o I dette tilfælde med Black Friday har det ingen værdi i forhold til timingen, da den er givet, men det kunne potentielt have en vis værdi at kende til "niveau" på rabatterne og hvor mange varer som er inkluderet, da det kan indikere, hvor stærk og hermed trafikskabende kampagnen er. Hermed kunne informationen potentielt være en del af beslutningsgrundlaget til, hvilket rabatniveau og hvilke varer Kaufmann selv skulle have på Black Friday kampagnen.

o Da oplysningerne desuden indeholder specifikke priser på produktniveau, gav det naturligvis Kaufmann mulighed for at tilpasse sine priser til Hugo Boss på Black Friday kampagnen

Men i den konkrete sag er det min vurdering, at værdien af oplysningerne er meget begrænset for Kaufmann ud fra følgende betragtning:

o Kaufmann forhandler 35 – 40 brands, og selvom Hugo Boss formodentlig er et af de større brands, er det ikke sandsynligt, at informationen om Hugo Boss' niveau på Black Friday kampagnen i Magasin, har nævneværdig betydning for Kaufmanns overordnede tilbudsstrategi på Black Friday. Specielt ikke set i lyset af, at kampagnen allerede var fastlagt, da informationerne kom 3 henholdsvis 5 dage før Black Friday. I praksis var det nok muligt, om end besværligt at justere kampagnen 3 hhv 5 dage før, men i mine øjne ikke sandsynligt.

o Den specifikke liste med rabatterede varer giver Kaufmann mulighed for at justere priser, så de matcher Hugo Boss priserne i Magasin, men da der blot er 7 overlappende produkter, er værdien af denne information meget begrænset.

Så min konklusion på spørgsmål 14 er, at den type information som Hugo Boss har givet til Kaufmann i forbindelse med Black Friday 2016 og 2017 potentielt kunne have en vis værdi for Kaufmann i forhold til at fastlægge tilbudsstrategi for Black Friday.

Men ud fra de konkrete forudsætninger er min vurdering, at Kaufmanns værdi af de givne oplysninger er endog meget begrænset i forhold til at fastlægge egen strategi for Black Friday.
..."

Det fremgår af skønserklæringen rekvireret af Hugo Boss i den sambehandlede sag BS-30903/2021-SHR bl.a.:

"...

Tema 1 – Generelt om detailmarkedet for beklædningsgenstande i Danmark

Motivering

Der findes to varekategorier på detailmarkedet for beklædningsgenstande ("detailmarkedet"): Never-Out-of-Stock-varer ("NOS-varer") og sæsonvarer.

Informationsudvekslingen mellem HUGO BOSS og henholdsvis Kaufmann og Ginsborg vedrørte en række af HUGO BOSS' tilbudskampagner i perioden 2014-2018 ("den for sagerne relevante periode"). Informationsudvekslingen vedrørte ikke HUGO BOSS', Kaufmanns eller Ginsborgs sæsonudsalg.

Spørgsmålene i tema 1 sigter mod at få belyst forskellen mellem NOS-varer og sæsonvarer samt betydningen af – og markedsmekanismerne i relation til – henholdsvis tilbudskampagner og sæsonudsalg.

Spørgsmål 1:

Skønsmanden bedes angive, hvad der menes med henholdsvis NOS-varer og sæsonvarer, samt hvornår henholdsvis NOS-varer og sæsonvarer bliver ukurante. Med "ukurante" henvises til, hvornår varerne normalt ikke vil kunne sælges til den vejledende udsalgspris, men derimod skal sælges med et nedslag i prisen.

Svar på spørgsmål 1:

- **Sæsonvarer** er varer som er indkøbt til den aktuelle sæson, som er kalenderopdelt. Det vil sige til enten hovedsæsonerne forår og efterår eller de lidt mindre sæsoner sommer og vinter. Varerne passer således i materiale, farver og form til den aktuelle sæson og vejrforhold, og er indkøbt med henblik på at blive solgt i sæsonen. Derfor forsøger forhandleren at tilpasse indkøbet med det forventede salg i sæsonen, så man på den ene side vil sikre maksimalt salg i sæson og på den anden side vil undgå at have ukurante varer tilbage efter sæsonens udløb.

- I modsætning til det er **NOOS-varer** sæsonløse og kan derfor købes hele året. Det vil derfor typisk være basevarer, som kan sælges uanset sæson. Det er vigtigt for detailhandleren altid at have alle farver og størrelser tilgængelig af sine NOOS-varer. NOOS-varer bliver altså ikke ukurante mellem sæsoner.

Typiske eksempler kan være:

- o Sorte og hvide T-shirts
- o Hvide og lyseblå skjorter
- o Base habitter (100 uld) i grå, sort og marineblå
- o Sorte slips
- o Jeans i basemodeller

De fleste sæsonvarer kan betragtes som ukurante, når den sæson, som varen er indkøbt til, er udløbet. I realiteten gælder dette dog ikke nødvendigvis alle sæsonvarer, da der kan være enkelte sæsonvarer, som med fordel kan sælges over flere sæsoner, selvom de ikke er indkøbt som NOOS varer.

Desuden er markedsmekanismen ændret de seneste år, så de kommercielle sæsoner er blevet kortere, da sæsonudsalg ligger tidligere og tidligere, ligesom der er gået inflation i tilbudskampagner i løbet af sæsonen.

Eksempelvis starter vinterudsalget hos mange retailere før jul, hvilket var helt utænkeligt for bare 15 år siden. Det betyder samtidigt, at den kommercielle ukurans af sæsonvarer, her defineret som hvornår det er svært at sælge varen til fuld pris, starter tidligere og tidligere.

Spørgsmål 2:

Skønsmanden bedes angive, hvad der menes med henholdsvis kampagner, tilbudskampagner og sæsonudsalg.

Svar på spørgsmål 2:

Helt overordnet er en **kampagne** en tidsbegrænset markedsføringsaktivitet, som har til formål at skabe opmærksomhed til et produkt, produktlinje, en tjeneste, et brand eller en forhandler. Kampagner kan omfatte forskellige kanaler såsom off line annoncering, sociale medier, butiksfacader og -

arealer, e-mails og events. Formålet kan være at øge kendskab, skærpe profilen eller tiltrække nye kunder og øge salget.

Eksempler på kampagner kan være:

- **Profilerende kampagner** har typisk fokus på at skabe opmærksomhed og interesse for enten et konkret produkt, en produktlinje, et brand og/eller en forhandler. Ofte vil kampagnerne være båret af en stærk visuel identitet og dyre marketing produktioner for at sikre mest mulig interesse og øge bevidstheden om Brand og/ eller produkt. Formålet er altså at skærpe profilen.
- **Tilbudskampagner** har fokus på pris og frem for alt rabatteret pris. Tilbudskampagner kan enten have til formål at nedbringe et lager af givne varer eller mere generelt at skabe interesse og trafik og hermed meromsætning. Tilbudskampagner kan forekomme hele året.
- **Sæsonudsalg** er kampagner som afholdes ved afslutningen af en given sæson. Udsalget anvendes til at tiltrække kunder med store rabatter på de varer, som sæsonmæssigt er ved at udløbe. Ligeledes bruger forhandleren udsalget til at få rensset lageret og hermed få plads til den nye sæsons varer. De store sæsonudsalg er henholdsvis vinterudsalget (dec/jan) og sommerudsalget, (juni/juli) som begge afholdes tidligere og tidligere. De seneste 15 år har midseason sale dog også vundet indpas som en kampagne til at sælge tidlige sæson og/eller overgangsvarer til rabatteret pris. Typisk i marts/april og september/oktober.

Spørgsmål 3:

Skønsmanden bedes angive, hvilken betydning det har for en detailbutik, hvis producenten i løbet af den sædvanlige salgssæson gennemfører tilbudskampagner for igangværende og aktuelle sæsonvarer.

Svar på spørgsmål 3:

Jeg vil nedenfor angive, hvilken betydning producentens tilbudskampagner i sæson kan have for forhandleren/detailbutikken i henholdsvis den vertikale og den horisontale relation:

- **Vertikal relation:**

Producentens tilbudskampagner forkorter den tid, forhandleren har til at sælge de indkøbte varer fra producenten til fuld pris, da forbrugeren antageligt vil købe mindre hos forhandleren, når produktet kan købes med rabat direkte hos producentens butikker. Dette betyder, at forhandleren enten er tvunget til også at give rabat for komme af med den indkøbte mængde, og herved få en lavere

profit, eller at leve med et større lager af usolgte varer ved sæsonens afslutning, hvilket givetvis også medfører såvel mindre salg som lavere profit.

- **Horisontal relation:**

Som udgangspunkt er den horisontale betydning den samme, som hvis andre konkurrenter sætter prisen ned på tilsvarende varer som forhandlerens. Det er således en uhensigtsmæssig situation for forhandleren, at producenten som har leveret varerne til forhandleren, samtidig er konkurrent og herved direkte kan påvirke aktiviteter i detaileddet og hermed direkte mod forbrugeren.

I forhold til forbrugeren kan det også være med til at skabe utro-
værdighed for forhandleren, hvis forbrugerne generelt kan købe
produkterne billigere direkte hos producenten.

Tema 2 – Parallel distribution

Motivering

HUGO BOSS introducerede omkring 2013/2014 et parallelt distributionssystem, der indebar, at HUGO BOSS – i tillæg til distribution og salg gennem selvstændige forhandlere som Kaufmann og Ginsborg – begyndte at sælge sine produkter direkte til forbrugerne via egne detailbutikker. Med parallel distribution menes således, at producenten sælger via to salgskanaler i detaileddet, dels via egne butikker, dels via eksterne forhandlere.

HUGO BOSS havde herefter både den oprindelige vertikale relation og en ny horisontal relation til Kaufmann og Ginsborg. Med vertikal relation menes relationen mellem HUGO BOSS som producent/leverandør og henholdsvis Kaufmann og Ginsborg som engroskunde/forhandler af produkter. Med horisontal relation henvises til, at HUGO BOSS' egne detailbutikker sælger direkte til forbrugerne i konkurrence med Kaufmanns og Ginsborgs butikker.

Spørgsmålene i tema 2 sigter mod at få belyst leverandørens og forhandler-
nes respektive roller og incitamenter i henholdsvis traditionelle leverandør-
og forhandlerdistributionssystemer og parallelle distributionssystemer.
Med parallelle distributionssystemer henvises til, at en producent både har
sine egne detailbutikker, hvorfra der kun sælges producentens eget mærke,
og samtidig har aftaler med tredjepartsforhandlere, der sælger producen-
tens mærke samt en række andre mærker.

Spørgsmål 4:

Skønsmanden bedes oplyse et begrundet svar om, hvorvidt en producent af modetøj i et segment som HUGO BOSS, som også havde egne special-detailbutikker med sit eget mærke, i perioden 2014-2018, hvor HUGO BOSS introducerede sit parallelle distributionssystem primært betragtede for-
handlere af producentens tøj som en samarbejdspartner?

Svar på spørgsmål 4:

Svaret på dette spørgsmål skal efter min mening findes i følgende:

- Er producenten oprindeligt primært retailer eller wholesaler?
- Hvordan er balancen mellem producentens omsætning hos forhandlere og i egne kanaler (butik og e-com)?

I middel - højpris segmentet som Hugo Boss er det mit klare billede, at langt hovedparten af producenterne oprindeligt er wholesalers og således fortsat i 2014 – 2018 i langt overvejende grad opfattede sig selv og agerede som wholesalers.

Umiddelbart er det også min vurdering, at omsætningen via forhandlere for langt hovedparten incl. Hugo Boss i perioden fortsat var væsentlig større end omsætningen i egne kanaler.

Det betyder givetvis, at en producent som Hugo Boss er dybt afhængig af det fortsatte salg til forhandlerne, og derfor vil have et stort incitament til at samarbejde tæt med forhandlerne for at sikre, at de har en bæredygtig forretning.

Min vurdering er således, at en typisk producent af modetøj i langt højere grad anså sine forhandlere som samarbejdspartnere end som konkurrenter.

Tema 3 – Informationsudvekslingens betydning i den vertikale relation **Motivering**

Spørgsmålene i tema 3 sigter mod at få belyst informationsudvekslingens betydning i HUGO BOSS' vertikale relation med de to forhandlere, Kaufmann og Ginsborg.

Spørgsmål 5:

Skønsmanden bedes oplyse, om det vil være sædvanligt for en producent af modetøj og en forhandler af samme modetøj at samarbejde om at optimere salget af produkterne, for eksempel ved, at producenter oplyser om kampagner? Hvis ja, spiller det en væsentlig rolle, om producenten også selv driver egne butikker i et parallelt distributionssystem? Svaret bedes begrundet.

Svar på spørgsmål 5:

Såvel leverandør som forhandler har et incitament i at maksimere omsætningen af leverandørens varer hos forhandleren såvel i indeværende som fremtidige sæsoner. Da forhandlerens indkøb hos leverandøren i fremtidige sæsoner er afhængig af, at der kan skabes en tilfredsstillende profit, er

det derfor også i begges interesse, at forhandleren har en økonomisk bæredygtig samhandel med leverandøren.

For at sikre en bæredygtig samhandel, som samtidig maksimerer omsætningen af leverandørens produkter, er det sædvanligt og nødvendigt at have en løbende og tæt dialog vedrørende salgsudvikling og faktorer, som kan påvirke omsætningen.

Kampagner er således en væsentlig faktor for salget, og det er derfor meget sædvanligt at producenten oplyser forhandleren om sine planlagte kampagners indhold og timing.

Dette forhold er endnu væsentligere, hvis producenten driver egne butikker, da producenten herved har direkte salg til forbrugeren og således samtidig bliver konkurrent til sine forhandlere. Producenten kan således direkte påvirke markedsforholdene og forudsætningerne for at forhandlerne kan sælge producentens produkter til den planlagte pris og i de planlagte mængder.

Spørgsmål 6:

Skønsmanden bedes oplyse, om der sædvanligvis er en løbende dialog mellem en producent af modetøj og en forhandler om, hvordan produkterne sælger i detailmarkedet? Hvis ja, bedes skønsmanden yderligere oplyse, hvor ofte en producent af modetøj og en forhandler normalt taler sammen?

Svar på spørgsmål 6:

For at sikre en bæredygtig samhandel, som samtidig maksimerer omsætningen af leverandørens produkter, er det sædvanligt og nødvendigt at have en løbende og tæt dialog vedrørende salgsudvikling og faktorer, som kan påvirke omsætningen.

Jeg forsøger nedenfor at redegøre for dette med udgangspunkt i branchens årshjul:

Indkøb af sæsonvarer 6-8 måneder før sæsonstart (juni/juli og dec/jan):

- Leverandøren vil typisk afholde et salgsmøde, hvor forhandlerne enten inviteres samlet eller individuelt til en præsentation af leverandørens kollektion for den kommende sæson. Præsentationen vil typisk indeholde overordnet information vedr:

- o Historisk tilbageblik med Input vedr leverandørens resultat af den forgangne sæson, såsom overordnet salgsindex, hvilke produktkategorier og produkter har solgt godt hhv dårligt
- o Trends, farver og materialer for den kommende sæson
- o Nyheder i kategorier, produkter, salgskampagner etc

- o Hvilke kategorier og produkter tror leverandøren ekstra meget på for den kommende sæson?

- o Præsentation af hele kollektionen

- o Planlagte marketing kampagner:

- Profilerede kampagner, som understøtter leverandørens profil og samtidig kan understøtte forhandlerens salg til forbrugeren. Herved kan det have betydning for indkøbsvolumen.
- Eventuelt datoer for planlagt sæsonudsalg (påvirker perioden med fuldt pris salg), hvis leverandøren har eget udsalg. Det er dog langt fra alle leverandører der vil/kan oplyse om dette allerede ved indkøbstilfældet.

- Efter salgsmødet vil forhandleren foretage sit indkøb, og i forbindelse med dette, vil der typisk være et møde mellem leverandør og forhandler, hvor følgende drøftelser vil være naturlige:

- o Forhandlerens salg af leverandørens varer i den forgangne sæson sammenholdt med indkøbet og herved det udgående lager

- o Forhandlerens planlagte budget til indkøb fra leverandøren

- o Indkøbsaftalen mellem forhandler og leverandør, herunder eventuelle aftaler vedr. mark up, gennemsalgsgaranti, returret, aftale om marketingtilskud mm.

Efter indkøb og frem til sæsonstart:

I perioden mellem indkøb og frem til de første sæsonordrer leveres, vil der typisk forekomme drøftelser vedr. leveringstider samt eventuelle justeringer af indkøbsordren, som følge af enten leverandørens eller forhandlerens forhold.

Herunder kan det eksempelvis være relevant at forsøge at tilpasse indkøbsordren/købe suppleringsordrer, hvis der opleves ændringer i markedet på makroniveau, hos leverandøren eller hos den enkelte forhandler. Det kunne være, at visse produktkategorier, produkter, farver, pasformer eller materialer udviser ændret efterspørgsel, som man forventer vil fortsætte ind i den kommende sæson.

I sæson:

I selve sæsonen kan det fortsat være relevant at opretholde løbende dialog om salgsudvikling generelt samt ikke mindst på produktniveau. Specielt, hvis leverandøren har mulighed for at tilbyde suppleringsordrer i sæson.

Ligeledes kan der være behov for at drøfte eventuelle markedsføringskampagner og -tiltag i forhold til timing og udførelse, såfremt leverandøren er involveret i relation til materiale, medier og eventuelt tilskud. Dette er ekstra relevant, hvis der sker ændringer i forhold til tidligere udmeldte planer.

Endelig vil der oftest være dialog vedr. reklamationer og andet feedback fra forbrugeren.

Dialogen i løbet af sæsonen kan således medvirke til en bedre fælles forståelse i leverandør/forhandler forholdet, som kan forbedre samarbejdet vedr. fremtidige sæsoner.

Fra leverandørens side vil input fra forhandlere også specifikt kunne bidrage til at forbedre fremtidige kollektioner.

Det er således ikke unormalt, at en forhandler har dialog hver eller hver anden uge med sine væsentligste leverandører.

Spørgsmål 7:

Var det i perioden 2014-2018 almindeligt for en producent af beklædningsgenstande at bistå sine forhandlere med at markedsføre produkterne, for eksempel ved at hjælpe med markedsføringsaktiviteter rettet mod forbrugere? Var det i givet fald i perioden 2014-2018 en branchesædvane for producenten at dele oplysninger om kampagner med forhandleren, der understøtter sådanne salgsaktiviteter? Svares bedes begrundet.

Svar på spørgsmål 7:

Som et led i profilerende kampagner, som har fokus på at skabe opmærksomhed og interesse for producentens brand og produkter, er og var det meget almindeligt at producenten bidrog til forhandlerens marketingaktiviteter. Både ved at levere profileret marketing materiale, men også indimellem med bidrag til medieomkostninger, events i butik etc.

Producenten er givetvis interesseret i at forstærke forhandlerens omsætning af producentens varer, også gerne på bekostning af konkurrerende producenters varer, hvilket er et væsentligt incitament for producenten til at støtte forhandlerens marketingaktiviteter.

Normalt vil producenten og forhandleren dele oplysninger om kampagnen både før og efter for at sikre optimal gennemførelse af den konkrete samt fremtidige kampagner.

For så vidt angår tilbudskampagner i sæsonen er det min vurdering, at producenter informerede sine forhandlere om timingen og det generelle budskab på kampagnen. Muligvis også hvilke sæsoner, som vil være inkluderet i kampagnen, men det er dog ikke mit overordnede indtryk, at producenter generelt informerer de selvstændige forhandlere, om præcist hvilke produkter som er med på kampagnen og til hvilke rabatterede priser.

Spørgsmål 8:

Skønsmanden bedes angive, hvorvidt de udvekslede oplysninger om HUGO BOSS' tilbudskampagner i den for sagerne konkrete periode (2014-2018) erfaringsmæssigt konkret kunne have betydning for HUGO BOSS i den vertikale leverandør- forhandlerrelation samt i givet fald hvilken betydning. Skønsmanden bedes tage afsæt i, at oplysningerne primært vedrørte udgåede sæsonvarer.

Svar på spørgsmål 8:

I den vertikale leverandør – forhandlerrelation er Hugo Boss' incitament at sikre forhandleren en bæredygtig forretning og samtidig sælge så meget af HB's varer som muligt. I den henseende forstærker det relationen, hvis HB kan bidrage med salgs-/markedsinformation, som kan hjælpe forhandleren til en bedre planlægning af sit fremtidige indkøb.

Al information som kan understøtte samarbejdspartneren, vil derfor pr definition have betydning for HB's position som en god og transparent partner, som hjælper sine forhandlere til bedst mulig indkøbsplanlægning.

Når det er sagt, er min vurdering dog, at de konkrete oplysninger vedr. udgående sæsonvarer har relativt begrænset værdi for forhandlerne og dermed også for HB's position som en troværdig og transparent partner.

Det er i mine øjne ikke så meget den konkrete information, som har stor værdi i den konkrete sag, men nok mere det symbolske forhold, at HB med informationsdelingen forsøger at være en transparent og støttende partner.

Tema 4 – Informationsudvekslingens betydning i den horisontale relation

Motivering

Spørgsmålene i tema 4 sigter mod at få belyst informationsudvekslingens betydning i HUGO BOSS' horisontale relation til henholdsvis Kaufmann og Ginsborg på detailmarkedet.

Spørgsmål 9:

Hvis en forhandler i beklædningsindustrien fører andre produkter inden for samme mærke, end producenten fører i sine detailbutikker, hvilken værdi vil forhandleren da have af at kende til en producents tilbudskampagner om udgåede sæsonvarer i producentens egne detailbutikker?

Svar på spørgsmål 9:

Forhandleren vil i dette tilfælde udelukkende kunne bruge oplysningerne, som en del af grundlaget til at planlægge timing og størrelsen af egne tilbudskampagner.

Producentens tilbudskampagner er med til at drive trafik og opmærksomhed til producentens egne detailbutikker, men da en stor del af tilbudskampagnerne i sæsonen ligger fast i forhold til Black Friday, Singles Day, Super Bazar etc, vil jeg vurdere, at værdien af oplysningerne er meget begrænset. ..."

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af [B], [E] og skønsmand Henrik Aaen Kastberg.

[B] har forklaret bl.a., at han har arbejdet i detailbranchen siden 1986. Han er ejer af Kaufmann, hvor han har været administrerende direktør siden 2001.

Det er korrekt, at Kaufmann i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017 omsatte for i alt [Udeladt] kr., hvoraf [Udeladt] kr. var salg fra Kaufmanns webshop, og [Udeladt] kr. var outletomsætning af Hugo Boss' varer fra Kaufmanns webshop. Tallene fremgår af sagens bilag, og det er ham selv, der har fremfundet tallene. Han udskilte Hugo Boss varerne i opgørelsen ved at sortere på varer solgt med en dækningsgrad på under [Udeladt] %.

Hugo Boss varer er en vigtig del af Kaufmanns omsætning, og Hugo Boss er en af Kaufmanns største leverandører.

I webshoppen sælges både kurante og ukurante varer. Med ukurante varer menes varer fra tidligere sæsoner.

Kaufmann ser Hugo Boss som en samarbejdspartner. Kaufmann har samarbejdet med Hugo Boss i over 50 år. Branchen er traditionelt opbygget med en producent, der leverer produkter til detailhandlere. Hugo Boss designer og producerer tøj, som sælges til Kaufmann til videresalg til forbrugere. Hugo Boss har retningslinjer for, hvordan deres produkter skal vises i bl.a. butikkerne. Det har været Hugo Boss' strategi, at deres varer ikke må bruges til gadesalg, ligesom de ikke måtte bruges som tilbudsvare, fordi det ville ødelægge Hugo Boss' image. Det fælles samarbejde gik ud på, at Kaufmann sikrede branding af Hugo Boss som et særligt godt mærke. Når Kaufmann var i dialog med Hugo Boss, var det med Hugo Boss' engrosafdeling. Kaufmann kender ikke til Hugo Boss' detailafdeling.

Dialog og korrespondance med Hugo Boss' engrosafdeling skete ugentligt. Der blev typisk drøftet reklamationer, manglende leverancer eller suppleringsvarer. Den løbende kontakt med Hugo Boss angik også indkøbsforhandlinger. Der var ikke noget årshjul med faste tidspunkter, som Konkurrencerådet anfører. Forhandlingerne foregik i takt med udviklingen i salget og informationer fra markedet. Kaufmann har to hovedordrer om året. Forhandlingerne frem mod disse

foregår typisk sådan, at 8-10 butikshefer fra Kaufmann får varerne fra en ny sæson præsenteret af Hugo Boss, hvorefter Kaufmann tager stilling til, hvilke varer de ønsker at købe. Dette foregår normalt i juli/august og i slutningen af december/januar.

Kaufmann var i henhold til indkøbsaftalen på koncernniveau forpligtet til at købe for ca. [Udeladt] kr. sæsonvarer om året.

[Udeladt]

Han deltog i et møde med butiksheferne i Kaufmann den 28. september 2017. De havde på mødet en drøftelse af Black Friday, og det blev besluttet at ned-sætte konfektionsvarer, bortset fra de i pkt. 13 i referat af mødet nævnte mærker: Moncler, Stone Island og Burberry.

I mail af 21. november 2017 fra kædedirektør [A] fremgår det, de havde aftalt på mødet den 28. september 2017. Mailen er sendt til butiksheferne og vedrører den praktiske koordinering. Black Friday lå i 2017 den 29. november, og [As] mail blev således først sendt i ugen op til Black Friday, selvom de overordnede planer var lagt allerede i september. De planlægger altid Black Friday i god tid, hvilket giver mulighed for drøftelser med butiksheferne.

Kaufmann oplyser aldrig om sine forretningsstrategiske planer til andre. Normalt ville en anmodning som den senior sales manager [E] fra Hugo Boss sendte til [A] den 9. oktober 2017 blive afvist med en kontant bemærkning herom, men når det drejede sig om en god samarbejdspartner, talte man i stedet uden om, som [A] netop gjorde i sit svar til [E] den 12. oktober 2017. Det var altså ikke rigtigt, da [A] svarede [E], at Kaufmann ikke den 12. oktober 2017 havde en plan for Black Friday. Planen var allerede lagt på mødet med butiksheferne den 28. september 2017. Kaufmann planlægger sine tilbudskampanjer typisk [Udeladt] i forvejen, fordi der er en del praktisk arbejde, som skal koordineres. Kaufmann drøfter ikke deres planer om tilbudskampanjer med Hugo Boss eller med andre.

Ved sæsonudsalgene blev varerne for den pågældende sæson nedsat. Det skete, når sæsonen var ved at gå på hæld for varer, der var i overskud. Det kunne være fejlindkøb, reststørrelser m.v. Kaufmann sætter ikke NOOS-varer ned. NOOS-varer er varer, som leverandøren altid har på lager, og som altid kan genindkøbes med relativ kort frist. Disse varer er altid tilgængelige i butikken.

Efter sæsonudsalgene blev restvarer overført til Kaufmanns webshop under outlet, hvor de blev solgt til [Udeladt]% af den vejledende udsalgspris. Denne procedure blev anvendt på alle varer, uanset hvilken leverandør de kom fra. I enkelte tilfælde kan der have været enkelte varer, eksempelvis overgangsjakker

i standardfarver, som butikkerne ikke overførte til outletsalg på webshoppen. Han er derfor ikke enig i skønsmandens erklæring, hvorefter [Udeladt]% af varerne beholdes i butikken. Kaufmann sender stort set alt til outletsalg.

Baggrunden for den omtvistede korrespondance mellem Kaufmann og Hugo Boss var, at der var sket en udvikling i branchen fra producenternes side. I 00'erne åbnede producenterne flagskibsbutikker, hvor de opstillede et univers kun med egne varer. Det var en positiv ting for forhandlerne, herunder Kaufmann, idet opmærksomheden på producentens brand blev skærpet, og brandet blev profileret som eksklusivt. Nogle år senere begyndte nogle producenter, herunder Hugo Boss, at skifte strategi, så de også indgik i stormagasiners tilbudskampagner. Når eksempelvis Hugo Boss deltog i sådanne kampagner, sendte det et signal til forbrugerne om, at der oftere var rabat på varerne, end det tidligere var tilfældet. Dette skabte en usikkerhed i markedet, og det var det, han ville gøre opmærksom på i sin mail af 28. januar 2014, til [C], som var wholesale director hos Hugo Boss. Det var ikke en del af den normale korrespondance med Hugo Boss, og det var også derfor, det var ham selv, der sendte mailen. Den normale korrespondance var han ikke en del af.

Den ændrede strategi fra Hugo Boss betød grundlæggende, at den tid, som Kaufmann havde til at sælge varerne, blev kortere. I stedet for 4 ½ måned havde Kaufmann nu kun 3 – 3 ½ måned til at sælge sæsonvarer til fuld pris. Hans mail var et forsøg på at komme med et forhandlingsudspil til Hugo Boss, fordi Kaufmann ikke ville kunne overholde en minimumsindkøbsforpligtelse med sådan et kortere salgsvindue. Det var derfor afgørende, at minimumskøbsforpligtelsen blev ændret, eventuelt med indførelse af en returaftale. Mailen var et udtryk for dialogen mellem Kaufmann som forhandler og Hugo Boss som leverandør. Mellem linjerne var beskeden ret klar - Kaufmann ville købe færre varer, og han er sikker på, at Hugo Boss opfattede budskabet.

Begrundelsen for det første afsnit i mailen af 28. januar 2014 var at sætte budskabet i den kontekst, at salgsvinduet var skrumpet ind. En enkelt udsalgskampagne havde ikke gjort det store, men udviklingen pegede imod 4 eller 5 nytilkomne udsalgskampagner, hvilket ville have en stor påvirkning på afsætningen af varer.

Hugo Boss sendte varelistes vedrørende Hugo Boss' kampagner under Super Bazaar i Magasin 2016, Mid-Season sale i Magasin og Illum 2016 og Black Friday 2017. Ingen fra Kaufmann havde bedt om at modtage varelisterne. Det er hans opfattelse, at Hugo Boss sendte varelisterne for at understøtte deres oplysninger om, at det kun var ukurante varer, der kom med i kampagnerne. Der var ikke varer på varelisterne, som indgik i Kaufmanns sortiment af Hugo Boss produkter.

Han forstod ikke helt, hvorfor Hugo Boss sendte varelisterne, men de kom i anledning af hans oprindelige henvendelse, og han opfattede det som et forsøg på at betrygge Kaufmann efter dialogen om problemstillingen, som Kaufmann havde fremhævet.

I foråret og efteråret 2016 afholdt Kaufmann ikke tilbudskampagner på samme tidspunkt, som Hugo Boss gjorde i Magasin og Illum. Oplysningerne om Hugo Boss' tilbud lagde ikke noget pres på Kaufmann, der gjorde, at Kaufmann kunne finde på også at afholde en tilbudskampagne. Hugo Boss har ikke i sig selv en størrelse, så de kan påvirke markedet, modsat nogle af de store online-forhandlere som eksempelvis Zalando og Boozt. Varelisterne omfattede ukurante sæsonvarer, og da Kaufmann modtog listen vedrørende Black Friday 2017, havde Kaufmann allerede overført sit tilbageværende lager af ukurante sæsonvarer til outletsalg på sin webshop og fastsat sine planer for Black Friday. Kaufmann overvejede ikke at ændre sine planer for Black Friday, efter de modtog varelisten fra Hugo Boss.

I samarbejdet med Hugo Boss som leverandør kunne Kaufmann bruge oplysningerne til at vurdere sin minimumsforpligtelse eller til at forhandle en returgaranti med Hugo Boss. Formålet med listerne var, at Kaufmann kunne planlægge sine indkøb.

I forholdet med Hugo Boss som konkurrent kunne Kaufmann ikke bruge varelisterne til noget. Kaufmann gennemså listerne af nysgerrighed, men Kaufmann ændrede ikke sine priser på Hugo Boss varer. Oplysningerne indgik ikke i en vurdering af hensigtsmæssigheden i at fastholde den strategi, de allerede havde besluttet. Det er ikke muligt at have vished i branchen. Der er stor konkurrence, og man kan ikke vide om ens strategi i sidste ende er den bedste.

Han deltog i et møde med Konkurrencestyrelsen i juni 2019. Han kan ikke huske alt, hvad der blev sagt på mødet, men han sagde selv på mødet, at Hugo Boss' ændrede strategi med direkte forbrugerrettet salg kunne ende med, at Kaufmann ikke ville have Hugo Boss som leverandør længere. Han fortalte også på mødet, at Hugo Boss delte prisoplysninger, men at Kaufmann ikke har sendt sine prisoplysninger til Hugo Boss.

Kaufmann har i forbindelse med Konkurrencerådets sagsbehandling indgivet høringssvar. Kaufmann har herunder oplyst over for Konkurrencerådet, at informationsudvekslingen og varelisterne bekræftede Kaufmann i, at Hugo Boss deltog i tilbudskampagner, og at tilbudsvarene var ukurante sæsonvarer, som Kaufmann ikke havde i sit sortiment. Oplysningerne havde ikke nogen praktisk værdi for Kaufmanns overvejelser om, hvordan de skulle agere i markedet. Varelisterne fra Hugo Boss havde Kaufmann ikke tidligere været bekendt med. Han forstod aldrig, hvorfor Kaufmann fik tilsendt disse, men det havde relation

til deres løbende dialog, som han havde begyndt i 2014. Oplysningerne i listerne havde ingen betydning for Kaufmann. Kaufmann sendte ikke oplysninger til Hugo Boss.

Det er samlet set hans opfattelse, at Hugo Boss' oplysninger om sine konkrete aktiviteter skete med henblik på at sikre transparens over for Kaufmann til brug for samarbejdet i deres leverandør- og forhandlerforhold.

Han er enig i svarene i skønserklæringen.

[E] har forklaret bl.a., at [Udeladt].

Hugo Boss' hovedkontor ligger i Stuttgart. Hugo Boss' datterselskaber er fordelt på forskellige lande eller områder. Den danske afdeling hører til regionen Northern Hub. Hvert land eller region har en market director. I Skandinavien var organisationen delt op med en head of wholesale, en head of retail og en head of finance. Retail havde sin egen organisation, som var ledet af en head of retail, der fysisk sad i Danmark, men som rapporterede direkte til hovedkontoret i Tyskland. [C] var head of wholesale for Skandinavien mellem 2014-2018, og han var selv i denne periode sales manager under [C]. Retail og wholesale var adskilte afdelinger i Hugo Boss.

Forhandlerne Ginsborg og Kaufmann var og er stadig hans ansvarsområde, og han kender til de omtvistede mails i sagen, herunder dem sendt af [C].

I 2014 omlagde Hugo Boss sin forretningsstrategi ved at etablere et såkaldt parallelt distributør setup. Dette indebar, at Hugo Boss åbnede egne butikker, hvorfra Hugo Boss solgte sine varer samtidig med, at Hugo Boss solgte sine varer til eksterne forhandlere til videresalg. Han betragter ikke forhandlerne som konkurrenter, selvom det udefra kunne se sådan ud. Internt var Hugo Boss opdelt som to forskellige virksomheder. I takt med at Hugo Boss åbnede flere egne butikker, modtog han flere beklagelser fra forhandlerne. Tidligere havde Hugo Boss flagskibsbutikker, som var accepterede blandt forhandlerne, men forhandlerne var ikke begejstrede for lokal konkurrence i nærheden af forhandlerne egne butikker, fordi det påvirkede deres salg. De var bekymrede for, om Hugo Boss' detailaktivitet ville tage en stor del af markedet og udkonkurrere dem på priser. [Udeladt].

I forbindelse med engrossalg af herretøj er der hovedsageligt fire store salgsmøder om året, hvor leverandører kan bestille varer fra den nye kollektion for sæsonen 6-8 måneder før leveringstidspunktet. De handler her kollektioner for pre-spring, spring, pre-fall og fall. Han mødtes med kunderne de 4 gange om året i et showroom, hvor kunderne fik lejlighed til at gennemgå kollektionen, hvorefter de vendte tilbage med en sammensat bestilling af forskellige

modeller, farver og størrelser. Ved salgsmøderne talte han med kunderne om, hvordan deres salg var gået hidtil og budgetterne for det forventede fremtidige salg af den kommende kollektion. Forhandlingerne varede omtrent en dag per forhandler. Fra præsentationen af kollektionen til en forhandler afgav sin bestilling gik der typisk en uges tid, for Kaufmann måske nærmere 1-2 uger.

[Udeladt].

I engrosafdelingen solgte de ikke selv internt til Hugo Boss' detailafdeling. Detailafdelingen indkøbte direkte fra hovedkontoret i Tyskland i et samlet indkøb for al intern detailhandel, som engrosafdelingen ikke var involveret i. Det var ikke præcist de samme varer, som Hugo Boss havde i sine egne butikker, og dem som forhandlerne indkøbte. Kollektionssortimentet var bredt, og der kunne være enkelte varer, som var begge steder, men varerne var overvejende forskellige.

I forhandlingerne med forhandlernes indkøbere var det vigtigste for ham at have en god forretningsrelation med kunden. Det var vigtigt at have en fælles forståelse af, at forretningen skulle være til begge parter fordel. Dialogen med forhandlerne skete løbende. Mindre forhandlere var han i kontakt med mindre end én gang om måneden. Større forhandlere var han i kontakt med flere gange ugentligt. Han var ofte i kontakt med Ginsborg og Kaufmann - formentligt 2 gange om ugen på sms eller telefon. I dialogen med forhandlerne talte de oftest om konkrete leverancer, men også om hvordan salget gik og produktspecifikke spørgsmål. Forhandlerne ville gerne vide, hvornår Hugo Boss holdt udsalg i egne butikker og med hvilke varer, men han kunne ikke svare dem på dette spørgsmål. I det hele taget ønskede forhandlerne så mange oplysninger som muligt til brug for planlægning af deres indkøb. Han drøftede dog forhold med forhandlerne om udsalg, som de allerede vidste. I 2014 begyndte en ny tilbudsaktivitet på det danske marked i form af Black Friday og mid-season sales, og det var vigtigt for forhandlerne at vide, hvordan det påvirkede deres mulighed for at afsætte varer til fuld pris. De nye udsalg ændrede sig undervejs og medførte, at forhandlerne havde kortere tid til fuldprissalg af varerne.

Når der er udsalg i Hugo Boss, ved han det først ugen forinden. Han har ikke noget med Hugo Boss' detailafdeling at gøre og har ikke adgang til oplysninger fra denne afdeling. Han har ikke en kode eller autorisation til at se oplysninger i Hugo Boss detailafdeling, herunder adgang til oplysninger om udsalg. [C] havde heller ikke adgang til oplysninger fra detailafdelingen. Efter hans opfattelse må [C] have fået oplysningerne ved at spørge den danske head of retail eller dennes chef i London.

Han og [C] forstod mailen af 28. januar 2014 fra [B] sådan, at Kaufmann ville se sig nødsaget til at nedsætte deres indkøb, hvis udviklingen på markedet med

nye udsalg fortsatte. Det var hans opfattelse, at de havde set hyppigere udsalg i stormagasiner, og at de nu i højere grad konkurrerede med udsalg og ikke kunne opnå fuld marginal på deres varer som tidligere.

Af den vareliste, som [C] sendte til Kaufmann ved mail af 5. april 2016, kan han se, hvilken sæson kollektionen vedrørte, indkøbsprisen og den forventede udsalgspris. Det vigtigste budskab med listen var, at der var tale om gamle varer, som blev solgt med rabat. Formålet med at sende listen til Kaufmann var at give Kaufmann sikkerhed for, at det ikke var nye varer, som kom på udsalg, men alene gamle varer. Han tror, at [C] fik fat i oplysningerne fra detailafdelingen i Hugo Boss ved at spørge efter dem i detailafdelingen, da [C] ikke selv havde adgang til oplysningerne. [C]s mail blev sendt i begyndelsen af april 2016, hvilket hang sammen med det kommende kollektionssalg, der skulle begynde i slutningen af april. Alle vidste, at procentsatsen var [Udeladt] %. Det var den procentsats, der var i Magasin. For så vidt angår Super Bazaar var det ofte [Udeladt] %. Sådan havde det været flere sæsoner forinden. Det blev lagt på nettet 3-4 uger inden. Det fremgik, at der var tale om udvalgte varer, men ikke præcist hvilke varer.

Den vareliste, som [C] sendte til Kaufmann ved mail af 13. oktober 2016, vedrørte Super Bazaar i Magasin og mid-season sale i Illum. Disse to udsalg var dengang under opstart hos de to stormagasiner. De har dog altid afholdt et udsalg på dette tidspunkt af året. Af listen fremgår de samme oplysninger som af den forrige liste, bortset fra at det ikke eksplicit fremgår, hvilken sæson varerne vedrører. Med sit kendskab til produkterne kan han dog hurtigt se, at der er tale om en sæsonkollektion, da varenavnet Genius fremgår. Listen blev sendt til Kaufmann i oktober måned, og han skulle netop til at påbegynde salg af en ny kollektion i slutningen af oktober/starten af november. Formålet med at sende listen til Kaufmann var også her at give Kaufmann sikkerhed for, at det ikke var nye varer, som kom på udsalg, men alene gamle varer.

Den tredje vareliste, som [C] sendte til Kaufmann ved mail af 21. november 2017, er anderledes end de øvrige, idet den har en opgørelse for lagerstatus pr. butik for butikkerne Magasin Kongens Nytorv og Magasin Lyngby.

Varelisterne blev efterspurgt af Kaufmann i den forstand, at de bad om oplysninger om, hvad der kom på udsalg. De bad ikke specifikt om at modtage disse oplysninger i form af varelister. Det afgørende for Hugo Boss var at betone, at det var gamle varer. Varelisterne kom fra [C], og det var formentligt for at signalere, at det var tidligere kollektioner. Oplysningerne var af værdi for kunden, fordi de i engrosafdelingen skulle tjene penge på at sælge de nye sæsonvarer. Udsalg afholdes kun for at tømme lageret for gamle varer. Varelisterne havde også den funktion, at de viste Kaufmann, at Hugo Boss ikke med udsalgene generede Kaufmann så meget.

I begyndelsen blev der ikke sendt varelistes til Kaufmann. Han kender ikke til baggrunden for, at varelisterne blev mere specifikke over tid, men han formoder, at det er fordi, at de blev efterspurgt. Det afgørende er, at det var gamle varer. Det væsentligste budskab var ikke rabatten eller lagerbeholdningen. Det er hans opfattelse, at varelisterne blev sendt for at betrygge Kaufmann i, at det kun var gamle varer. Det var en måde at skabe troværdighed over for Kaufmann ved også at dokumentere og underbygge, at det var gamle varer, der kom på udsalg.

Baggrunden for hans mail af 9. oktober 2017 til Kaufmann, hvor han spurgte om Kaufmanns planer for Black Friday, var, at Black Friday var et forholdsvist nyt fænomen i tøjbranchen. Det var hans opfattelse, at der var en risiko for, at enkelte forhandlere ville sætte alle Hugo Boss produkter på udsalg, hvilket forventeligt ville udløse en klagestorm fra andre forhandlere. Han forsøgte derfor at forberede sig på, om der ville opstå ballade blandt leverandørerne. Leverandørerne kan ikke ringe til hinanden, så en stor del af deres beklagelser og frustrationer blev rettet mod ham i hans kontakt med dem. Han husker ikke at have modtaget noget svar fra Kaufmann, og han fulgte ikke op på sin henvendelse.

Han har ikke talt med [B] eller [C] specifikt om mailen af 30. november 2017 fra [B] til [C], men han forstår indholdet som en tilkendegivelse af, at Kaufmann ville ændre deres indkøb til næste år. Dette skyldtes, at indkøbene, som de skulle til at foretage, ville være med levering ca. et år senere. Før branchen ændrede udsalgsperioder, havde forhandlerne omkring 4 måneder til at sælge varerne til fuld pris, men den nye dynamik skar 14 dage af hver ende af salgsperioden og efterlod mindre plads til fuldprissalg.

Skønsmand Henrik Aaen Kastbjerg har forklaret bl.a., at han er uddannet cand.merc. i organisation og finansiering. Han har haft en lang karriere i modebranchen og med detailsalg, bl.a. som tidligere landedirektør for H&M og Noa Noa, som administrerende direktør for Ecooking og nu som direktør i State of Wow.

Han kan vedstå sine besvarelser i skønserklæringerne.

I besvarelsen af spørgsmål 5 i skønserklæringen i BS-30903/2021-SHR mener han med udtrykket bæredygtig samhandel den økonomisk bæredygtige samhandel, som der kan tjenes penge på. Det er nødvendigt for at bibeholde en langvarig relation mellem parterne. Kampagner påvirker den periode, som kan skabe indtjening til fuld pris. Det påvirker salget af hver enkelt kollektion af sæsonvarer og samarbejdet på længere sigt. Det er nødvendigt at have en dialog, fordi parterne skal kunne vurdere den forventede indtjening i samarbejdet, og

fordi det skal være muligt på længere sigt at planlægge indkøb. "De planlagte kampagners indhold" går ikke på de varelistes, der er udvekslet. De sædvanlige og nødvendige oplysninger som deles, relaterer sig til optimering af salg af varerne og indtjening samt fuldprisperioden. Kampagneoplysninger kan være væsentlige og kan indebære oplysninger om, hvornår kampagnen afholdes. Fremgangsmåden med udveksling af varelistes som i denne sag er atypisk, idet oplysninger om kampagner normalt holdes på et helt overordnet plan.

For så vidt angår besvarelsen af spørgsmål 6 i skønserklæringen i BS-30903/2021-SHR er det sædvanligt mellem leverandør og producent at have en åben dialog om de faktorer, der påvirker omsætningsmulighederne. Dialogen begynder allerede i forbindelse med indkøbet, som sker ved afholdelse af et stort møde, hvor kollektionerne præsenteres for forhandlerne. Op til indkøbet kan der herudover være afholdt flere møder for at afdække, om der er sket ændringer i forudsætningerne. Dialogen kredser om salgsfaktorer som eksempelvis makroforhold, men den kan også have mere konkret sigte med udgangspunkt i eksempelvis producentens varelager, der kan have relevans for, om producenten ønsker at afholde en kampagne. Derudover kan der være dialog om andre faktorer som eksempelvis kampagner i markedet.

Der er ikke nogen formel for, hvor lang tid før en tilbudskampagne forhandlere begynder deres planlægning. Professionelle aktører vil sædvanligvis planlægge lang tid i forvejen med enkelte planlagte vinduer til at afholde særlige indskudte kampagner. Man venter normalt med at udvælge kampagnevarerne til et senere tidspunkt, hvor man kan evaluere sin lagerstatus. Såfremt produkter skal bruges til markedsføring, er det nødvendigt at planlægge i bedre tid, da materialet skal produceres. Det er muligt at afholde en kampagne med kort planlægningstid, hvis kampagnen har et bredt kampagnebudskab som eksempelvis 30 % rabat på alt af en udvalgt produkttype. En kampagne, der udelukkende markedsføres digitalt, kan afholdes med dags varsel, forudsat at der ikke skal udarbejdes særskilt markedsføringsmateriale. Dette var dog ikke udbredt i den relevante periode i 2014-2017, og han har aldrig selv været med til så kort en beslutningsproces.

Vedrørende spørgsmål 7 i skønserklæringen i BS-30903/2021-SHR har han forklaret, at det er normalt i forbindelse med afholdelse af kampagner at dele oplysninger om kampagnens form og - efter kampagnen er afsluttet - oplysninger om, hvordan det gik med kampagnen, så parterne efterfølgende kan evaluere og optimere fremtidige kampagner. Hans besvarelse vedrørende tilbudskampagner i sidste afsnit skal forstås sådan, at parterne holder hinanden generelt informeret. Hans erfaring er, at der typisk vil være en overordnet informationsdeling om kampagnens budskab og procentsatsniveau, men ikke om præcist, hvilke produkter der indgår. De varelistes, der indgår i sagen, er usædvanlige at sende til en forhandler i denne henseende. Normalt informerer man ikke om

præcise produkter eller priser i horisontale forhold. Dette ville i horisontale forhold kunne bruges til at justere priser. Han kan ikke se, at det er nødvendigt at informere om konkrete priser i det vertikale forhold mellem leverandør og forhandler.

For så vidt angår hans besvarelse af spørgsmål 8 i skønserklæringen i BS-30903/2021-SHR har han forklaret, at oplysninger om udgåede sæsonvarer var af begrænset værdi for forhandlere, fordi det drejede sig om relativt få og ukurante produkter. Det er noget andet at få oplysninger om, hvornår der afholdes kampagner, men kampagnerne i det konkrete tilfælde var almindeligt kendte i markedet, og viden om, hvornår kampagnerne afholdtes og de særskilte meddelelser med disse oplysninger, havde derfor ikke værdi i sig selv. Samlet var værdien derfor uvæsentlig for forhandleren.

Vedrørende besvarelsen af spørgsmål 9 i skønserklæringen i BS-30903/2021-SHR har han forklaret, at en stor del af tilbudssæsonen ligger fast. Dette gælder også for Black Friday. Enkeltvirksomheder kan ikke blot starte deres egen kampagne op på denne måde. Black Friday er en detailkampagne, som er knyttet til et specifikt tidspunkt, og forbrugerne ved det. Det ville være uhensigtsmæssigt at afholde en kampagne på et andet tidspunkt. Sådanne kampagner kan være branchespecifikke, men stormagasiner styrer også kampagnetrafikken.

Det er en fejl i besvarelsen af spørgsmål 11 i skønserklæringen i BS 30782/2021-SHR, at der henvises til leverandøren i sætningen: "Samtidig kan det ikke afvises, at *leverandøren* får større mulighed for at forhandle minimumskøb ned, hvis leverandøren informerer om eskalering af rabatterede kampagner." Der burde have stået *forhandleren*. Informationsudvekslingen om Hugo Boss' kampagner kan have haft betydning for Kaufmanns forhandlerforhold til Hugo Boss, da Hugo Boss' tilbudskampagner havde betydning for Kaufmanns indkøb. Grunden til dette er, at [Udeladt] blev påvirket af, at der blev afholdt flere udsalg, hvilket Kaufmann måtte tage højde for ved fremtidige indkøb. Sammenhængen ligger i, at der kan være minimumskøbskrav i indkøbsaftalerne, og sådan et vilkår har betydning, hvis forhandleren har mindre tid end forventet til at afsætte varerne til fuld pris. Kampagnerne kan derfor være et argument til brug for forhandling med leverandøren om en mindre minimumskøbstærskel. Alternativt kunne Kaufmann forsøge at forhandle en gennemsalgsgaranti fra leverandøren, hvorefter leverandøren garanterer et mindstesalg og tager overskydende produkter tilbage.

Oplysninger om fremtidige priskampagner kan også have betydning for spørgsmålet, om en forhandler skal placere suppleringsordrer under sæsonen. En suppleringsordre er en tillægsordre af sæsonvarer, som sker i løbet af den omhandlede sæson. I det omfang forhandleren forventer kampagnetilbud, kan det have betydning for, om forhandleren ønsker at indkøbe flere af de

pågældende varer, da der er en risiko for, at forhandleren ikke får dem solgt. Oplysninger om kampagner kan derfor sikre en rimelig transparens mellem leverandør og forhandler vedrørende suppleringskøb. Dette er forskellig fra bestilling af NOOS-varer, der altid skal være tilgængelige til genbestilling.

Oplysninger om kampagner kan derudover også have betydning for Kaufmanns troværdighed over for sin kunder på den måde, at kunder kan blive utilfredse, hvis de erfarer, at de har købt en vare til fuld pris hos Kaufmann, hvorefter de ser samme vare nedsat et andet sted.

Oplysninger om kampagner kan også have selvstændig betydning ved slutevaluering af en sæson som grundlag for planlægning af indkøb til fremtidige sæsoner.

Vedrørende besvarelsen af spørgsmål 12 i skønserklæringen i BS-30782/2021-SHR har han forklaret, at værdien for Kaufmann af at få indblik i Hugo Boss' fremtidige tilbud eller enhver anden konkurrents tilbud har relevans for Kaufmanns egne kampagner. Jo mere specifik denne information er, desto mere brugbar bliver den som relevans for planlægningen af ens egen kampagne, så man konkurrencemæssigt står stærkt. Denne motivation er efter hans erfaring ikke det bærende i et parallelt distributionssystem.

I dette tilfælde var værdien for Kaufmann begrænset. Dette skyldes to ting. For det første var den bagvedliggende motivation for Hugo Boss' tilbudskampagner dikteret af markedet. Hugo Boss har ikke haft indflydelse på populariteten af Black Friday i Danmark, og Hugo Boss kan ikke styre, hvornår Magasin holder udsalg. De konkrete oplysninger, uanset hvor specifikke de er, er allerede af denne grund af begrænset værdi. For det andet var der tale om ukurante varer, som Kaufmann, bortset fra en meget lille andel, ikke havde i sine butikker, og konkurrenceeffekten var derfor ekstrem lille. Det er på denne baggrund, at han konkluderede, at Kaufmann ikke kunne bruge oplysningerne til så meget.

For så vidt angår hans besvarelse af spørgsmål 13 i skønserklæringen i BS-30782/2021-SHR har han forklaret, at værdien af at vide, at NOOS-varer ikke kom på udsalg, var begrænset, fordi det ikke er kutyme at nedsætte prisen på NOOS-varer. Det er ikke sådan, at det aldrig sker, men det har karakter af en undtagelse, og det ses mest, når stormagasiner sætter en bred rabat på alle produkter af et mærke. Man forventer ikke sådanne nedsættelser, og værdien af oplysningen er derfor i højere grad en bekræftelse på, at kutymen fortsat er til stede. Havde oplysningen i stedet haft fokus på den lange bane - altså en tilkendegivelse om, at Hugo Boss ikke ville nedsætte NOOS-varer over for slutkunder - ville oplysningen modsat have haft værdi for Kaufmann. Denne værdi ville teoretisk være betydelig, men i praksis begrænset, da den må forstås som status quo for markedssituationen over en bred kam. Værdien af oplysninger

om, at ukurante varer ville indgå i tilbudskampagner, er ikke af stor selvstændig betydning i konkurrencen med andre forhandlere, fordi det i forvejen er udgangspunktet, at disse sælges til nedsatte priser.

Vedrørende spørgsmål 14 i skønserklæringen i BS-30782/2021-SHR har han forklaret, at generel viden om tidsmæssige forhold i forbindelse med Black Friday kampagner ikke har værdi, da tidspunktet er kendt i forvejen. Derimod kan oplysninger om det generelle rabatniveau have betydning for, hvor stort tryk man forventer hos sine forhandlere. Sådanne oplysninger giver generel viden om den potentielle udvikling af kampagnen, men jo mere specifikke oplysninger bliver, desto mere kan man sammensætte denne viden til konkret at angå enkeltstående produkter eller produkttyper. På konkret niveau er det af begrænset værdi at vide, hvilke enkeltstående varer der ville indgå i en andens kampagne. For Kaufmann var overlappet af varesortiment så lille, at det var uvæsentligt at have denne viden. Han ville ikke selv tilskrive oplysningerne nogen speciel værdi, da der kun var et overlap af 7 varer i Kaufmanns sortiment. Denne viden giver teoretisk en mulighed for Kaufmann, men kampagner sammensættes almindeligvis, så der udstedes bredere rabatter på produktkategorier, og viden om enkeltprodukter er derfor ikke afgørende.

At hans besvarelse af spørgsmål 14 i skønserklæringen i BS 30782/2021-SHR var underlagt forudsætninger angivet i spørgsmålet har haft betydning for besvarelsen. Det ville for eksempel have betydning, hvis alle de omhandlede varer var i sortiment hos forhandleren. Han har ikke i sin besvarelse inddraget det forhold, at man ved at vide, hvad der kom på udsalg, også kunne udlede, hvad der ikke kom på udsalg. Det er hans opfattelse, at konkret viden om, at sæsonvarer ikke kom på udsalg hos andre forhandlere, ville have værdi for Kaufmann.

Parternes synspunkter

Kaufmann har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 20. februar 2024, hvoraf fremgår bl.a.:

”...

2. Anbringender

2.1 Indledning

Sagens principielle spørgsmål og betydning

2.1.1 Spørgsmålet i sagen er, om en informationsudveksling i et såkaldt parallelt distributionssystem har haft til formål at begrænse konkurrencen i

strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og artikel 101, stk. 1, TEUF (MS, s. 7 og 35).

2.1.2 Et parallelt distributionssystem, eller på engelsk et dual distribution system, er kendetegnet ved, at leverandøren gør brug af to parallelle distributionskanaler; én kanal bestående af eksterne, selvstændige detailforhandlere, og én kanal bestående af leverandørens egne detailbutikker.

2.1.3 Leverandøren har dermed en dobbeltrolle over for de eksterne, selvstændige forhandlere: En rolle som leverandør i engrosledet og en rolle som konkurrent i detailledet.

2.1.4 Dommen i sagen kan få stor betydning – ikke blot for parterne, men også for en lang række andre aktører i detailsektoren i Danmark og resten af EU.

2.1.5 Selvom parallelle distributionssystemer i de senere år er blevet mere og mere udbredte – og informationsudveksling mellem leverandøren og de eksterne, selvstændige forhandlere i sådanne systemer i praksis er meget udbredt – er sagen nemlig den første af sin slags i nyere tid i hele EU.

2.1.6 Der er bred enighed om, at informationsudveksling i parallelle distributionssystemer rejser særlige konkurrenceretlige problemstillinger, og praktikere i hele EU afventer derfor dommen med spænding.

Twisten i en nøddeskal

2.1.7 I 2013 introducerede HUGO BOSS NORDIC ApS ("HUGO BOSS") et parallelt distributionssystem på detailmarkedet for beklædningsgenstande.

2.1.8 Kaufmann var – og er – en af HUGO BOSS' selvstændige forhandlere på detailmarkedet for beklædningsgenstande.

2.1.9 Samhandelsforholdet har varet i ca. 50 år, og HUGO BOSS var i 2013 Kaufmanns største leverandør. Introduktionen af det parallelle distributionssystem indebar, at HUGO BOSS også blev konkurrent til Kaufmann i detailledet.

2.1.10 Kort tid herefter begyndte HUGO BOSS at afholde løbende tilbudskampanjer i detailledet udover vinter- og sommerudsalg, jf. stævningens pkt. 2.3-2.5 og 3.4.1-3.4.30 (ekstrakten, s. 202 og 211-214).

2.1.11 Kaufmann var usikker på, hvad den nye situation ville betyde for det fremtidige leverandør-/forhandlerforhold med HUGO BOSS. Usikkerheden gik bl.a. på, om HUGO BOSS' tilbudskampanjer ville medføre, at det ikke længere ville være rentabelt for Kaufmann at fortsætte samhandelsforholdet i samme omfang som tidligere. Kaufmann fandt f.eks., at samarbejdet

formentlig måtte ophøre – eller i alt fald væsentligt nedskaleres – hvis HUGO BOSS' tilbudskampagner viste sig at vedrøre sæsonvarer, som Kaufmann netop selv havde indkøbt til fuld pris på engrosmarkedet, jf. stævningens pkt. 2.12-2.15 og 3.4.8- 3.4.19 (ekstrakten, s. 203 og 211-213). Kommercielt betragtet var det nemlig ikke holdbart – i alt fald på længere sigt – for Kaufmann at konkurrere på pris med sin leverandør.

2.1.12 Som en følge heraf bad Kaufmann – forinden indkøb til de fremtidige sæsoner – HUGO BOSS om yderligere viden om tilbudskampagnerne.

2.1.13 Med det i mente valgte HUGO BOSS i 12 tilfælde over en 4-årig periode at betrygge sin forhandler, Kaufmann, i, at HUGO BOSS' tilbudskampagner som hovedregel ikke omfattede de sæsonvarer, som Kaufmann netop havde indkøbt til fuld pris.

2.1.14 Betyggelsen fandt sted ved, at HUGO BOSS sendte informationer om fremtidige tilbudskampagner til Kaufmann.

2.1.15 Tvisten i sagen drejer sig om, hvordan denne informationsudveksling skal kvalificeres konkurrenceretligt.

2.1.16 Det centrale spørgsmål er nærmere, om – og i givet fald på hvilken måde – HUGO BOSS' dobbeltrolle som henholdsvis leverandør og konkurrent til Kaufmann skal tillægges vægt, når det skal vurderes, om informationsudvekslingen var i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

2.1.17 Kernen i parternes respektive standpunkter i relation hertil kan så vidt ses sammenfattes som følger:

2.1.18 Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets flertal finder, *at* dobbeltrollen konkret *ikke* skal tillægges vægt, og *at* HUGO BOSS' envejs informationsudveksling med Kaufmann derfor skal betragtes som en "ren" horisontal udveksling af oplysninger mellem konkurrenter, jf. side 40 i kendelsen, Bilag 1 (ekstrakten, s. 46), hvor ankenævnets flertal anfører:

"Oplysningerne, som blev fremsendt af Hugo Boss, var ikke af en art eller et indhold, der vedrørte Hugo Boss' producentvirksomhed. Oplysningerne angik derimod entydigt Hugo Boss' detailvirksomhed. Der var således ikke tale om sædvanlige oplysninger videregivet af en producent til en kunde i forbindelse med købs- eller distributionsaftaler angående videresalg af Hugo Boss' varer, men derimod om udveksling af oplysninger mellem konkurrenter". (Kaufmanns fremhævnings)

2.1.19 Konkurrenceankenævnets flertal når med afsæt heri frem til, *at* den konkurrenceretlige analyse konkret skal gennemføres uden skelen til parternes vertikale relation, *at* en horisontal udveksling af oplysninger om fremtidige tilbudskampagner mellem konkurrenter har karakter af en

formålsovertrædelse, og *at* den stedfundne informationsudveksling derfor er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, jf. nærmere side 40-41 i kendelsen, Bilag 1 (ekstrakten, s. 46-47).

2.1.20 Kaufmann, HUGO BOSS og mindretallet i Konkurrenceankenævnet finder modsat, at en sådan forsimplet tilgang til det konkurrenceretlige kernespørgsmål er forkert:

2.1.21 Årsagen til, at konkurrenters informationsudveksling om fremtidige tilbudskampagner normalt "stemples" som en formålsovertrædelse, er, at den generelle erfaring har vist, at der kan opstilles en klar formodning for, at en sådan informationsudveksling sker for at koordinere adfærden i markedet til skade for konkurrencen.

2.1.22 Situationen er en anden ved parallel distribution. Når en leverandør, der samtidig er konkurrent, udveksler oplysninger med en selvstændig forhandler, kan udvekslingen rumme såvel et vertikalt element som et horisontalt element.

2.1.23 Som mindretallet i Konkurrenceankenævnet korrekt anfører, jf. side 43 i kendelsen, Bilag 1 (ekstrakten, s. 49), kan det vertikale og horisontale element ikke *"adskilles på en sådan måde, at en krænkelsevurdering kan baseres alene på de horisontale elementer, idet en konkurrenceretlig vurdering må inddrage det dualistiske aspekt i samarbejdet, herunder betydningen af parternes vertikale relation set i forhold til konkurrencen på det relevante marked"*. (Kaufmanns fremhævnings)

2.1.24 Med andre ord: Der er ikke belæg for, at den generelle erfaring med hensyn til de skadelige virkninger ved konkurrenters informationsudveksling kan udstrækkes til også at gælde for informationsudveksling i parallelle distributionssystemer.

2.1.25 Situationen kalder på en dualistisk tilgang og en mere grundig kontekstanalyse.

2.1.26 En sådan tilgang og analyse skal tage afsæt i informationsudvekslingen som sådan, herunder såvel rationalet bag udvekslingen, som hvad den konkret kunne anvendes til i parternes vertikale og horisontale forhold.

2.1.27 Skønserklæringen i sagen (ekstrakten, s. 327-357) og skønserklæringen i HUGO BOSS-sagen, Bilag 11 (ekstrakten, s. 359-377), er i den forbindelse af stor værdi.

2.1.28 Erklæringerne fra den branchekyndige skønsmand dokumenterer nemlig, at parternes informationsudveksling i al væsentlighed må antages at have været båret af det vertikale element; dvs. deres forhold som henholdsvis leverandør og forhandler.

2.1.29 Det horisontale element må modsat antages at have været uden nævneværdig betydning – og der er konkret ikke belæg for, at oplysningerne har kunnet, eller rent faktisk blev, anvendt til at koordinere adfærd på detailmarkedet til skade for konkurrencen.

2.1.30 Kaufmanns standpunkt er i lyset heraf, at informationsudvekslingen principalt er omfattet af den vertikale gruppefritagelse, subsidiært i alt fald ikke har karakter af en horisontal formålsovertrædelse, jf. nærmere afsnit 2.3 og 2.4 nedenfor.

2.1.31 Informationsudvekslingen som sådan vil blive behandlet i afsnit 2.2, mens Kaufmanns standpunkter i relation til konkurrencerettens regulering af vertikale og horisontale forhold vil blive behandlet i henholdsvis afsnit 2.3 og 2.4.

2.2 Nærmere om informationsudvekslingen

2.2.1 Informationsudvekslingen, der er genstand for tvisten i sagen, fandt som nævnt sted i 12 tilfælde over en 4-årig periode. Informationsudvekslingen var vertikalt begrundet i alle 12 tilfælde, og HUGO BOSS' formål var at pleje leverandør-/forhandlerforholdet gennem 50 år med Kaufmann.

2.2.2 De vertikale rationaler bag informationsudvekslingen er nærmere forklaret i afsnit 2.3 nedenfor. I nærværende afsnit vil fokus være rettet mod informationsudvekslingen som sådan, og hvorfor den ikke havde nævneværdig værdi i parternes horisontale relation.

2.2.3 Alle 12 tilfælde vedrører (i forskelligt omfang) HUGO BOSS' tilbudskampagner i løbet af en sæson. De er oplistet i afgørelsens afsnit 3.4.1 – 3.4.12, Bilag 2 (ekstrakten, s. 66-84), og falder i fire overordnede kategorier: (i) Tilbudskampagner vedrørende ukurante sæsonvarer, (ii) Black Friday-kampagner, (iii) tilbudskampagner vedrørende kurante sæsonvarer, og (iv) uspecificerede tilbudskampagner af generel karakter.

Ad (i) Tilbudskampagner vedrørende ukurante varer

2.2.4 I fire tilfælde orienterede HUGO BOSS Kaufmann om, at HUGO BOSS ville deltage i tilbudskampagner med ukurante sæsonvarer, inkl. to tilfælde, hvor HUGO BOSS fremsendte specificerede varelistes, jf. afgørelsens afsnit 3.4.1, 3.4.4, 3.4.5 og 3.4.10, Bilag 2 (ekstrakten, s. 66-68, 71-76 og 80).

2.2.5 Formålet var vertikalt betinget: HUGO BOSS ville forsikre Kaufmann om, at HUGO BOSS ikke ville nedsætte sæsonvarer, som Kaufmann på engrosmarkedet havde indkøbt til fuld pris.

2.2.6 Orienteringerne gik modsat ikke ud på at koordinere adfærd med Kaufmann i parternes horisontale relation – og informationsudvekslingen gav konkret heller ikke mulighed for det:

2.2.7 For det første vedrørte oplysningerne ukurante sæsonvarer, som – hvis de overhovedet oprindeligt også havde været til salg hos Kaufmann – for længst var fjernet fra Kaufmanns fysiske butikker og flyttet til Kaufmanns outlet-webshop. Og – det ville ikke give kommerciel mening for Kaufmann at begynde at gennemgå disse assorterede restvarer for at koordinere adfærd med HUGO BOSS, da salget af HUGO BOSS-varer i outlet-webshoppen alene repræsenterede 0,08 % af Kaufmanns samlede omsætning, jf. replikken pkt. 2.2.48 (ekstrakten, s. 256), og Bilag 6 sammenholdt med underbilag 3.2 til Bilag 3 (ekstrakten, s. 379 og 769-771).

2.2.8 For det andet var der et meget begrænset overlap mellem de HUGO BOSS-sæsonvarer, der var omfattet af HUGO BOSS' tilbudskampagner, og de HUGO BOSS-sæsonvarer, som Kaufmann havde indkøbt. I sæsonen havde Kaufmann f.eks. under 5 % af vareartiklerne på HUGO BOSS' liste fremsendt den 5. april 2016, jf. afgørelsens afsnit 3.4.4, Bilag 2 (ekstrakten, s. 71-74),⁷ og under 13 % af vareartiklerne på HUGO BOSS' liste fremsendt den 13. oktober 2016, jf. afgørelsens afsnit 3.4.5, Bilag 2 (ekstrakten, s. 74-76).⁹ Overlappet var i sagens natur endnu mindre på tidspunktet for HUGO BOSS' tilbudskampagner, da der netop ikke længere var tale om aktuelle sæsonvarer – og da Kaufmann derfor potentielt kun havde enkelte restvarer tilbage af det i forvejen begrænsede vareroverlap. Sidstnævnte underbygges også af, at det fremgår af korrespondancen, at Kaufmann ”STORT SET [HAVDE] UDSOLGT FRA DEN LEV”, jf. afgørelsens pkt. 83, Bilag 2 (ekstrakten, s. 73).

2.2.9 For det tredje var det usandsynligt, at Kaufmann – hvis informationsudvekslingen havde givet mulighed for det – ville have brugt oplysningerne til at koordinere tilbudskampagnetidspunkter med HUGO BOSS.

2.2.10 [Udeladt], jf. stævningens pkt. 3.4.6-3.4.7 (ekstrakten, s. 211), replikkens pkt. 2.1.1-2.1.5 (ekstrakten, s. 248) og processkrift II pkt. 2.4.7-2.4.13 (ekstrakten, s. 306-307). HUGO BOSS' løbende tilbudskampagner havde derfor ingen betydning for, om Kaufmann ville – eller ikke ville – holde tilbudskampagner.

2.2.11 Kaufmanns strategi var, og er fortsat, forankret i det overordnede mål for koncernen, hvor [Udeladt], jf. replikkens pkt. 2.1.1-2.1.5 (ekstrakten, s. 248).

Ad (ii) Black Friday-kampagner

2.2.12 I tre tilfælde vedrørte HUGO BOSS' orienteringer HUGO BOSS' tilbudskampagner i anledning af Black Friday, jf. afgørelsens afsnit 3.4.6, 3.4.7 og 3.4.11, Bilag 2 (ekstrakten, s. 76-77 og 80-82).

2.2.13 Også i disse tilfælde var informationsudvekslingen – på trods af at Kaufmann selv deltog i Black Friday – ikke relevant i parternes horisontale relation, og oplysningerne muliggjorde ikke en koordinering.

2.2.14 For det første var der i det ene tilfælde tale om en helt generel oplysning om, at HUGO BOSS ikke ville deltage i Black Friday i deres butikker bortset fra HUGO BOSS' outlets, hvor der *"vil være kampagne"*, jf. afgørelsens pkt. 90, Bilag 2 (ekstrakten, s. 76-77), og i det hele afgørelsens afsnit 3.4.6, Bilag 2 (ekstrakten, s. 76-77). Oplysningen havde ingen betydning for Kaufmann i den horisontale relation, *da* oplysningen var helt generel uden individualiserede oplysninger om kampagnen i HUGO BOSS' outlets, og *da* Kaufmann under alle omstændigheder i lyset af Kaufmanns faste strategi om [Udeladt], jf. ovenfor i pkt. 3.10 og 3.11, allerede selv havde planlagt at holde tilbud i anledning af Black Friday.

2.2.15 For det andet var der i de to øvrige tilfælde et stærkt begrænset overlap mellem de varer, der var omfattet af HUGO BOSS' Black Friday-kampagner og de varer, der blev solgt af Kaufmann. I det ene tilfælde var der således tale om ukurante varer, mens Kaufmann i det andet tilfælde alene havde 7 vareartikler ud af 73113 af vareartiklerne svarende til ca. 1 % på HUGO BOSS' vareliste fremsendt den 21. november 2017 i sit sortiment, jf. afgørelsens afsnit 3.4.11, Bilag 2 (ekstrakten, s. 80-82).

2.2.16 For det andet var Kaufmanns strategi for Black Friday allerede blevet besluttet på tidspunktet, hvor Kaufmann modtog oplysningerne fra HUGO BOSS, jf. f.eks. underbilag 2 til Bilag 2(8) (ekstrakten, s. 657).

2.2.17 I ét tilfælde anmodede HUGO BOSS Kaufmann om oplysninger om, hvad Kaufmann ville gøre i anledning af Black Friday, jf. afgørelsens afsnit 3.4.9, Bilag 2 (ekstrakten, s. 79). Kaufmann besvarede ikke denne henvendelse.

Ad (iii) Tilbudskampagner vedrørende kurante sæsonvarer

2.2.18 I fire tilfælde vedrørte HUGO BOSS' orienteringer om tilbudskampagner sæsonaktuelle varer, jf. afgørelsens afsnit 3.4.3, 3.4.6, 3.4.7 og 3.4.12, Bilag 2 (ekstrakten, s. 70, 76-77 og 83-84).¹⁷ Orienteringerne var dog af hel generel karakter, hvor HUGO BOSS f.eks. oplyste Kaufmann om, at der ville være 20 % på "W18PF".

2.2.19 For disse tilbudskampagner gjaldt, at HUGO BOSS ikke gav Kaufmann individualiserede oplysninger, der muliggjorde, at Kaufmann – hvis sigtet skulle have været horisontalt – kunne indrette sig efter HUGO BOSS' kampagner ved at nedsætte de samme varer. Dertil kommer, at Kaufmann, som anført ovenfor i pkt. 3.10-3.11, ikke ville fravige sin egen strategi om [Udeladt], hvorfor oplysningerne var uden relevans i den horisontale relation. Kaufmanns dækningsbidrag under HUGO BOSS' kampagner viste i overensstemmelse hermed, at Kaufmann ikke konkret indrettede sig efter

oplysningerne, jf. underbilag 2 til Bilag 2(8), pkt. 4.3, 8.3 og 13.3 (ekstrakten, s. 495, 500 og 503). 2.2.20 I to tilfælde henvendte Kaufmann sig til HUGO BOSS, jf. afgørelsens afsnit 3.4.2 og 3.4.8, Bilag 2 (ekstrakten, s. 68-70 og 78).

Ad (iv) uspecificerede tilbudskampagner af generel karakter

2.2.21 Ved den første henvendelse var det for at få bekræftet en vertikal aftale med HUGO BOSS forud for Kaufmanns ordreafgivelse, hvilket også underbygges af, at der var vedhæftet en returaftale af relevans for parternes vertikale relation, jf. afgørelsens afsnit 3.4.2, Bilag 2 (ekstrakten, s. 68-70).¹⁹ I HUGO BOSS' svar til Kaufmann skrev HUGO BOSS – udover at bekræfte, at der ville komme noget på skrift om den vertikale aftale – at HUGO BOSS fremadrettet alene ville deltage i én tilbudskampagne i Magasin.

2.2.22 Ved den anden henvendelse var det for at udtrykke en frustration over, at HUGO BOSS' tilbudskampagner gjorde det vanskeligt for Kaufmann, som HUGO BOSS' selvstændige forhandler, at drive rentabel forretning, jf. afgørelsens afsnit 3.4.8, Bilag 2 (ekstrakten, s. 78).

2.2.23 Disse oplysninger var uden værdi for Kaufmann i den horisontale relation. For så vidt angår tilbudskampagnen i Magasin skyldes det dels, at HUGO BOSS' svar ikke indeholder nærmere oplysninger om tilbudskampagnen (ud over, at den vil vedrøre "slowsellers" bortset fra overtøj), og at Kaufmann som nævnt [Udeladt].

Samlet

2.2.24 I alle 12 tilfælde var informationsudvekslingen ikke egnet til at koordinere HUGO BOSS' og Kaufmanns adfærd. Havde det været tilfældet, ville det have været naturligt, at informationsudvekslingen var tovejs i stedet for envejs, at informationsudvekslingen vedrørte salg af en større del af HUGO BOSS-varer i Danmark, at der var et nævneværdigt sammenfald mellem de HUGO BOSS-varer, der blev ført af hhv. HUGO BOSS og Kaufmann, og at prissætningen hos Kaufmann blev justeret i forlængelse af informationsudvekslingen.

2.3 Den vertikale tilgang

2.3.1 Informationsudveksling om en leverandørs planlagte tilbudskampagner i detailledet spiller i praksis ofte en central rolle i det vertikale forhold mellem leverandøren og de selvstændige forhandlere i parallelle distributionssystemer.

2.3.2 Skønsmanden forklarer det på følgende vis i afsnittet om informationsudvekslingens betydning i den vertikale relation, jf. side 11 i skønserklæringen i HUGO BOSS-sagen, Bilag 11 (ekstrakten, s. 369):

"For at sikre en bæredygtig samhandel, som samtidig maksimerer omsætningen af leverandørens produkter, er det sædvanligt og nødvendigt at have en løbende og tæt dialog vedrørende salgsudvikling og faktorer, som kan påvirke omsætningen.

Kampagner er således en væsentlig faktor for salget, og det er derfor meget sædvanligt at producenten oplyser forhandleren om sine planlagte kampagners indhold og timing.

Dette forhold er endnu væsentligere, hvis producenten driver egne butikker, da producenten herved har direkte salg til forbrugeren og således samtidig bliver konkurrent til sine forhandlere. Producenten kan således direkte påvirke markedsforholdene og forudsætningerne for at forhandlerne kan sælge producentens produkter til den planlagte pris og i de planlagte mængder." (Kaufmanns fremhævnings)

2.3.3 Informationsudvekslingen er således sædvanligvis begrundet i, at leverandørens detailaktiviteter har direkte betydning for den selvstændige forhandlers muligheder for at sælge leverandørens produkter til den (af forhandleren) planlagte pris og i de planlagte mængder.

2.3.4 Med andre ord kan leverandørens detailaktiviteter have stor betydning for den selvstændige forhandlers mulighed for at drive rentabel forretning på detailmarkedet – og dermed implicit også for leverandørens forretning, jf. også svaret på spørgsmål 8 og 10 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 342-343 og 346-347).

2.3.5 Leverandøren vil alene generere omsætning via selvstændige forhandlere, hvis de selvstændige forhandlere fortsat køber ind hos leverandøren, hvilket selvsagt forudsætter, at det er rentabelt for forhandlerne, jf. skønsmændens svar på spørgsmål 8 og 10 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 342-343 og 346-347).

2.3.6 I svaret på spørgsmål 10 (ekstrakten, s. 346-347) forklarer skønsmændene f.eks.:

"Såvel leverandør som forhandler har et incitament i at maksimere omsætningen af leverandørens varer hos forhandleren såvel i indeværende som fremtidige sæsoner. Da forhandlerens indkøb hos leverandøren i fremtidige sæsoner, er afhængig af at der kan skabes en tilfredsstillende profit, er det derfor også i begges interesse, at forhandleren har en økonomisk bæredygtig samhandel med leverandøren.

For at sikre en bæredygtig samhandel, som samtidig maksimerer omsætningen af leverandørens produkter, er det sædvanligt og nødvendigt at have en løbende og tæt dialog vedrørende salgsudvikling og faktorer, som kan påvirke omsætningen."

2.3.7 Denne indbyggede logik i et parallelt distributionssystem havde særlig relevans i denne sag.

2.3.8 En stor del af HUGO BOSS' omsætning blev således generet ved, at selvstændige forhandlere, såsom Kaufmann, indkøbte varer på engrosmarkedet, jf. skønsmandens svar på spørgsmål 8 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 342-343) og svar på spørgsmål 4 i skønserklæringen i HUGO BOSS-sagen, Bilag 11 (ekstrakten, s. 368).

2.3.9 HUGO BOSS ønskede derfor at give Kaufmann indsigt i de kommende tilbudskampagner for at give en vigtig forhandler størst mulig visshed for, at de forudsætninger, der lå til grund for forhandlernes indkøbsvolumen i den vertikale relation, var uændrede, jf. svar på spørgsmål 11 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 348-349).

2.3.10 Kaufmann kunne ikke alene anvende oplysningerne hertil. Oplysninger om HUGO BOSS' detailaktiviteter havde også betydning for andre væsentlige forhold i det vertikale samhandelsforhold såsom:

Kaufmanns mulighed for at få nedsat sin minimumsindkøbsforpligtelse, jf. underbilag 1 til Bilag 2(8) (ekstrakten, s. 486) og svar på spørgsmål 11 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 348-349),

Kaufmanns mulighed for at få rabat på varer, der indgik i HUGO BOSS' egne planlagte tilbudskampagner, jf. svar på spørgsmål 9 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 344-345)

Kaufmanns grundlag for at vurdere, om det var relevant med en returneringsaftale og/eller en annulation af allerede afgivne ordrer, jf. Bilag 12 (ekstrakten, s. 445-451), underbilag 1 til Bilag 2.8 (ekstrakten s. 491), og svar på spørgsmål 11 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 348-349),

Kaufmanns mulighed for – forud for indkøb – at vurdere den periode, hvor Kaufmann kunne sælge sæsonvarer til fuld pris, jf. Bilag 2(5) (ekstrakten, s. 459) og svar på spørgsmål 11 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 348-349), og

Kaufmanns troværdighed over for forbrugerne, jf. svar på spørgsmål 9 og 11 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 344-345 og 348-349) og Bilag 12 (ekstrakten, s. 448-451).

2.3.11 Alle forhold havde direkte rod i det vertikale samhandelsforhold mellem HUGO BOSS og Kaufmann – og var ikke, som antaget af Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets flertal, relateret til parternes konkurrentrelation.

2.3.12 Sammenfattende dokumenterer den branchekyndige skønsmands erklæring, at den stedfundne informationsudveksling er sædvanlig i den vertikale relation i et parallelt distributionssystem. Med andre ord: Selvom leverandøren selv er aktiv i detailledet, og informationsudvekslingen

derfor formelt set er horisontal, udspringer den af parternes interesser i den vertikale relation.

2.3.13 Det er derfor udtryk for en misforståelse, når Konkurrenceankenævnets flertal lægger til grund, at der ikke var "tale om sædvanlige oplysninger videregivet af en producent til en kunde i forbindelse med købs- eller distributionsaftaler angående videresalg af Hugo Boss' varer", jf. side 40 i kendelsen, Bilag 1 (ekstrakten, s. 46).

2.3.14 Misforståelsen er væsentlig – og må retligt set rubriceres som en væsentlig faktisk mangel ved kendelsen. Den får nemlig afgørende betydning for flertallets beslutning om udelukkende at analysere informationsudvekslingen med afsæt i praksis om horisontal informationsudveksling mellem konkurrenter, jf. afsnit 2.1 ovenfor og side 41 i kendelsen, Bilag 1 (ekstrakten, s. 47).

2.3.15 Konkurrenceretligt fører den omstændighed, at informationsudvekslingen var funderet i parternes vertikale relation, til, at den allerede som en følge heraf er lovlig.

2.3.16 Det følger således af artikel 2, stk. 4, i den vertikale gruppefritagelsesforordning (330/2010) (MS, s. 24), at envejs informationsudveksling i et parallelt distributionssystem er gruppefritaget, såfremt (i) informationsudvekslingen "*vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester.*", dvs. har rod i parternes vertikale relation, og (ii) parterne har en samlet markedsandel på under 30 %.

2.3.17 Og – de 12 tilfælde af informationsudveksling, der er genstand for tvisten i denne sag, har som nævnt netop direkte rod i parternes vertikale relation, ligesom parternes markedsandel var langt under 30 %.

2.3.18 Årsagen til, at artikel 2, stk. 4, gruppefritager informationsudveksling i et parallelt distributionssystem er, at den potentielle indvirkning på konkurrenceforholdet mellem leverandøren og den selvstændige forhandler i detailledet normalt anses for at være mindre end den virkning, som informationsudvekslingen potentielt kan have på konkurrencen i engros- eller detailledet, jf. Kommissionens vertikale retningslinjer (EUT/2010/C 130/01), pkt. 28 (MS, s. 93).

2.3.19 EU-Domstolen har beskrevet det sådan, at horisontale begrænsninger, der udgør en del af en som udgangspunkt vertikal aftale, principielt er mindre skadelige for konkurrencen end horisontale begrænsninger i "rene" horisontale aftaler, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 18. november 2021 i sag C-306/20, *Visma Entreprise*, præmis 78 (MS, s. 233):

"En begrænsning af konkurrencen mellem forhandlere af samme mærke (intra-brand competition) er således principielt kun et problem, når den effektive

konkurrence mellem forskellige mærker på det pågældende marked (inter-brand competition) er svækket (...)”

2.3.20 Sammenfattede er det Kaufmanns standpunkt, at den omtvistede informationsudveksling var vertikal – og ikke horisontal. Som en følge heraf – og da HUGO BOSS og Kaufmann havde en samlet markedsandel på langt under 30 % - er informationsudvekslingen gruppefritaget og dermed lovlig.

2.4 Den horisontale tilgang

2.4.1 Såfremt Sø- og Handelsretten ikke er enig i, at informationsudvekslingen mellem HUGO BOSS og Kaufmann er gruppefritaget, jf. afsnit 2.3 ovenfor, er spørgsmålet, om udvekslingen skal karakteriseres som en formålsovertrædelse i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og artikel 101, stk. 1, TEUF (MS, s. 7 og 35).

2.4.2 Karakteriseringen af en aftale som en formålsovertrædelse er i retspraksis udviklet som en analysegenvej for at spare administrative kræfter, jf. replikkens pkt. 2.2.16 (ekstrakten, s. 251).

2.4.3 Derfor er formålsovertrædelser reserveret til aftaler, hvor der er fornøden sikkerhed for, at aftalen efter sin karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger, jf. Højesterets dom af 27. november 2019 trykt i UfR 2020.524 H (MS, s. 149- 152).

2.4.4 Dansk retspraksis skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retspraksis.

2.4.5 Efter EU-retspraksis skal begrebet ”formålsovertrædelse” fortolkes indskrænkende, jf. bl.a. EU-Domstolens domme af 11. september 2014 i sag C-67/13, *Car-tes Bancaires*, præmis 58 (MS, s. 306), 30. januar 2020 i sag C-307/18, *Generics*, præmis 67 (MS, s. 263), og 2. april 2020 i sag C-228/18, *Budapest Bank*, præmis 54 (MS, s. 247).

2.4.6 Stemplingen som en formålsovertrædelse forudsætter derfor bl.a., at der er solide og pålidelige erfaringer for, at en aftale er tilstrækkelig skadelig til at være konkurrencebegrænsende, jf. bl.a. C-228/18, *Budapest Bank*, præmis 76 (MS, s. 250), og at aftalens retlige og økonomiske sammenhæng ikke sætter spørgsmålstegn ved aftalens konkurrencebegrænsende karakter, jf. bl.a. C-228/18, *Budapest Bank*, præmis 67 (MS, s. 249), og C-307/18, *Generics*, præmis 67 (MS, s. 263).

2.4.7 Analysegenvejen er af generaladvokat M. Bobek beskrevet i to trin, jf. forslag til afgørelse af 5. september 2018 i C-228/18, *Budapest Bank*, pkt. 41-43 (MS, s. 442):

"41. Det følger af retspraksis, at konkurrencemyndigheden for at konstatere, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, skal udføre en analyse i to trin.

42. På det første trin fokuserer myndigheden primært på indholdet af aftalens bestemmelser samt aftalens formål. Hovedformålet med dette procedurmæssige trin er at konstatere, hvorvidt den pågældende aftale falder ind under en kategori af aftaler, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen er almindeligt accepteret og let at identificere. Henset hertil kan disse erfaringer forstås som »det, der traditionelt fremgår af den økonomiske analyse, sådan som den er blevet stadfæstet af konkurrencemyndighederne og eventuelt underbygget af retspraksis«.

43. På det andet trin skal myndigheden efterprøve, om den formodede konkurrencebegrænsende karakter af aftalen, som er konstateret på grundlag af en rent formel vurdering heraf, ikke drages i tvivl af hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen blev gennemført. Med dette for øje skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning. Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, kan dette forhold tages i betragtning, hvor dette er relevant."

2.4.8 Generaladvokat M. Bobek har betegnet kontekstanalysen som et grundlæggende realitetstjek, jf. pkt. 49 (MS, s. 443), hvilket senest er bekræftet af generaladvokat A. Rantos i forslag til afgørelse af 5. oktober 2023 i sag C-298/22, *Banco BPN*, pkt. 43 (MS, s. 425).

2.4.9 Formålet med tjekket er at *"undgå risikoen for »falske positive resultater«, der kan følge af en formel analyse af en aftale, der ikke hænger sammen med den »økonomiske virkelighed« og den retlige og lovgivningsmæssige sammenhæng, i hvilken den indgår. Formålet med en aftale skal således ikke vurderes abstrakt, men konkret i lyset af de reelle forhold på markedet under hensyntagen til alle relevante oplysninger."*, jf. forslaget til afgørelse i C-298/22, *Banco BPN*, pkt. 44 (MS, s. 425).

2.4.10 Med andre ord skal det sikres, at en aftale, der formelt ligner en formålsovertrædelse, ikke fejlagtigt karakteriseres som en sådan, hvis den retlige og økonomiske sammenhæng drager tvivl om konkurrenceskadeligheden eller viser, at en aftale har tvetydige virkninger, jf. generaladvokat A. Rantos' forslag til afgørelse i C-298/22, *Banco BPN*, pkt. 48 (MS, s. 426).

2.4.11 Det bekræftes også af Kommissionens horisontale retningslinjer pkt. 57 (2011/C 11/01) (MS, s. 81) som gentaget af generaladvokat A. Rantos' i forslag til afgørelse i C-298/22, *Banco BPN*, pkt. 59 (MS, s. 429), at *"ikke enhver udveksling af oplysninger mellem konkurrenter kan anses for at være konkurrencebegrænsende. Udveksling af oplysninger er således et fællestræk ved mange konkurrerende markeder. Det fremgår i øvrigt af den økonomiske teori, at gennemsigthed mellem økonomiske aktører kan bidrage til øget konkurrence, løse problemer med informationsasymmetri og give anledning til forskellige former for effektivitetsgevinster, som således gør markederne mere effektive."*

2.4.12 Der er utvivlsomt pålidelige og solide erfaringer for, at aftaler om fremtidige priser mellem konkurrenter i rene horisontale relationer i sig selv er konkurrencebegrænsende, jf. bl.a. C-67/13, *Cartes Bancaires*, præmis 51 (MS, s. 305).

2.4.13 Dét bestrider Kaufmann ikke.

2.4.14 Kaufmann bestrider, at der er pålidelige og solide erfaringer for, at informationsudveksling i et parallelt distributionssystem, hvor parterne har et vertikalt udgangspunkt, er konkurrencebegrænsende. Det underbygges også af Konkurrenceankenævnets mindretals bemærkninger på side 43 i kendelsen, Bilag 1, (ekstrakten, s. 49), hvoraf fremgår:

"Den generelle erfaring med hensyn til konkurrenters informationsudveksling, som Konkurrencerådet henviser til, kan på konkurrencerettens nuværende stade efter vores opfattelse ikke med sikkerhed udstrækkes til at omfatte parallel distribution med såvel vertikale som horisontale elementer, hvor deltagerne sammen indgår i en bredere interbrand-konkurrence."

2.4.15 Informationsudveksling i et parallelt distributionssystem er grundlæggende anderledes end de former for skadelig praksis, hvor der findes solide erfaringer for, at de er konkurrenceskadelige, jf. nærmere replikkens pkt. 2.2.26-2.2.32 (ekstrakten s. 253-254). Det skyldes det dualistiske aspekt af samhandelsforholdet, hvor rollerne og incitamenterne er anderledes end for to parter, der udelukkende indgår i en horisontal relation.

2.4.16 Det dualistiske aspekt og dets betydning for samhandelsforholdet er bl.a. beskrevet nærmere i en artikel i *Concurrences* fra 2021 (MS, s. 501-506). Forfatterne forklarer på side 36 i artiklen (MS, s. 503), at det vil være en fejl at sidestille et samhandelsforhold mellem en forhandler og en leverandør i et parallelt distributionssystem med et normalt horisontalt forhold mellem to uafhængige konkurrenter. Der er ikke de samme økonomiske incitamenters for parter i et parallelt distributionssystem til at foretage konkurrencebegrænsninger som i rene horisontale forhold.

2.4.17 I rene horisontale forhold vil to konkurrenter normalt have en klar interesse i at erobre kunder og omsætning fra hinanden, mens en leverandør i et parallelt distributionssystem vil have en legitim interesse i at hjælpe sin konkurrent (den selvstændige forhandler). Det skyldes, at leverandøren genererer omsætning fra al salg fra konkurrenten (den selvstændige forhandler), jf. også stævningens pkt. 4.2.19-4.2.24 (ekstrakten, s. 216-217) og replikkens pkt. 2.2.7-2.2.10 (ekstrakten, s. 250), samt svar på spørgsmål 8 og 10 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 342-343 og 346-347).

2.4.18 Det bekræftes også af professor Palle Bo Madsen i artiklen *Parallel distribution og andre hybride omsætningsformer – om vertikal og horisontal informationsdeling i konkurrenceretten*, side 209 (MS, s. 480). I artiklen fremhæves,

at informationsudveksling i et parallelt distributionssystem vil have et vertikalt udgangspunkt, og at der ikke kan siges generelt at være retlig eller økonomisk erfaring for, at en sådan informationsudveksling er tilstrækkelig skadelig til at være en formålsovertrædelse.

2.4.19 Det er derfor essentielt i en sag som nærværende sag – hvor der ikke er solide og pålidelige erfaringer for konkurrenceskadeligheden af informationsudvekslingen – at der tages grundigt højde for den retlige og økonomiske kontekst, jf. generaladvokat M. Bobeks forslag til afgørelse i C-228/18, *Budapest Bank*, pkt. 41-43 (MS, s. 442).

2.4.20 Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets flertal har ikke foretaget dette grundlæggende realitetstjek, da de som nævnt blot har forladt sig på, at informationsudvekslingen skete mellem to konkurrenter og vedrørte fremtidige priser.

2.4.21 Havde de foretaget realitetstjekket, ville de have opdaget, at et parallelt distributionssystem skaber en ubalance og informationsassymmetri, som det ikke er atypisk at håndtere gennem en informationsudveksling om planlagte tilbudskampagner, jf. svar på spørgsmål 9 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 344-345).

2.4.22 De ville også have set, at informationsudvekslingen mellem HUGO BOSS og Kaufmann i den konkrete markeds-mæssige sammenhæng havde vertikal karakter, og at den ikke var egnet til at koordinere HUGO BOSS' og Kaufmanns adfærd:

2.4.23 Kaufmann kunne hverken – som hævdet af Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets flertal – bruge oplysningerne fra HUGO BOSS til *at* undgå at sætte beklædningsgenstande på udsalg, *at* beslutte ikke at nedsætte NOOS-varer for HUGO BOSS-produkter og andre tøjmærker i Kaufmanns butikker eller *at* vurdere, hvornår det ville være fordelagtigt at holde udsalg og med hvilke varer, mængder og priser, jf. afgørelsens pkt. 452-453, Bilag 2 (ekstrakten, s. 134), side 41 i kendelsen, Bilag 1 (ekstrakten, s. 47) og svarskriftet s. 15 (ekstrakten, s. 241).

2.4.24 Kaufmann er ikke uenig i, at informationsudveksling om fremtidige tilbudskampagner abstrakt betragtet kan have en betydning for en selvstændig forhandlers stillingtagen til forhandlerens egne tilbudskampagner – og dermed øge risikoen for koordinering.

2.4.25 Konkret var det dog langt fra tilfældet.

2.4.26 Det skyldes helt basalt, *at* de udvekslede oplysningerne ikke havde en karakter, der gjorde Kaufmann i stand til at indrette sig efter HUGO BOSS' adfærd (selv hvis Kaufmann ville), og *at* Kaufmanns strategi udelukkede, at Kaufmann ville indrette sig efter HUGO BOSS' adfærd.

2.4.27 Til dokumentation herfor henvises i det hele til gennemgangen af de udvekslede oplysninger i afsnit 2.2 ovenfor.

2.4.28 Her skal blot tilføjes, at Kaufmann heller ikke – i den horisontale relation med HUGO BOSS – kunne bruge oplysningerne om, at HUGO BOSS ikke ville nedsætte NOOS-varer.

2.4.29 Det skyldes, at det er kutyme i tøjbranchen, at disse varer som udgangspunkt aldrig nedsættes, jf. svar på spørgsmål 4 og 13 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 336-337 og 352). Oplysningerne kunne derimod bruges af Kaufmann i den vertikale relation, jf. afsnit 2.3 ovenfor og processkrift II, pkt. 2.4.21-2.4.22 (ekstrakten, s. 308).

2.4.30 Koordineringsrisikoen blev også udelukket af, at Kaufmann som nævnt [Udeladt], jf. afsnit 2.2 ovenfor.

2.4.31 Samtidig er det sådan, at stort set alle aktører på detailmarkedet deltager/deltog i de faste sæsonudsalg, jf. svar på spørgsmål 2 og 5 i skønserklæringen (ekstrakten, s. 333 og 338).

2.4.32 Der var derfor hverken i forhold til tilbudskampagner eller sæsonudsalg en koordineringsrisiko forbundet med informationsudvekslingen. Derfor er det forkert, når Konkurrencerådet påstår, at Kaufmann ville bruge oplysningerne som grundlag for at vurdere, om Kaufmann skulle fravige sin strategi og/eller til at beslutte tidspunkterne for Kaufmanns udsalg, jf. svarskriftet s. 15 (ekstrakten, s. 241).

2.5 Mangelfuld sagsoplysning

2.5.1 Skønserklæringerne dokumenterer, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets flertal ikke har foretaget det ”grundlæggende realitetstjek”, som efter EU-retspraksis kræves for at stemple informationsudvekslingen som en formålsovertrædelse.

2.5.2 Myndighederne har derfor hverken

(i) løftet bevisbyrden for at stemple informationsudvekslingen som en formålsovertrædelse, jf. også artikel 2 og 5. betragtning i Rådets Forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (MS, s. 32 og 34),

(ii) overholdt den EU-retlige uskyldsformodning i artikel 48, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (MS, s. 30), jf. uddybende replikkens pkt. 2.2.41 (ekstrakten, s. 255), eller

(iii) levet op til det danske grundlæggende forvaltningsretlige officialprincip, jf. uddybende stævningens pkt. 4.3.36-4.3.43 (ekstrakten, s. 222-223).

2.5.3 Det er stærkt kritisabelt, når der nu – ca. 5 år efter at sagen startede ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – foreligger to skønserklæringer, som dokumenterer det, Kaufmann fra sagens start har forklaret: At informationsudvekslingen skete i parternes vertikale relation, og at den ikke førte til koordinering, jf. f.eks. [B]s kommentarer til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens Klagepunktsmeddelelse i sagen, i underbilag 1 til Bilag 2(8) (ekstrakten, s. 485-491) og Bilag 2(5) (ekstrakten, s. 457-462).

2.6 Samlet

2.6.1 Da informationsudvekslingen var vertikal, og da parternes samlede markedsandel – med enhver tænkelig markedsafgrænsning – er langt under 30 %, finder den vertikale gruppefritagelsesforordning anvendelse, jf. artikel 2, stk. 4, litra a (MS, s. 24). Informationsudvekslingen var derfor lovlig.

2.6.2 Hvis Sø- og Handelsretten når frem til, at informationsudvekslingen var horisontal, viser skønserklæringerne, at det er en grundlæggende fejl ved afgørelsen, at konkurrencemyndighederne har lagt til grund, at der var tale om en formålsovertrædelse. Den retlige og økonomiske kontekst viser med al tydelighed, at informationsudvekslingen havde vertikale virkninger, og at informationsudvekslingen derfor ikke kan sidestilles med et klassisk priskartel i en ren horisontal relation. Konkurrencemyndighederne burde have foretaget en egentlig vurdering af, om informationsudvekslingen havde til følge at begrænse konkurrencen, hvilket skønserklæringerne efterfølgende viser ikke var tilfældet.

2.6.3 Konkurrencemyndighedernes mangelfulde sagsoplysning fører til, at afgørelsen hviler på et forkert og mangelfuldt grundlag, og Sø- og Handelsretten har derfor fuld adgang til at prøve afgørelsen, jf. senest Østre Landsrets dom af 27. februar 2023 i BS-5308/2021-OLR og BS-13531/2021-OLR, *Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S mod Konkurrencerådet*, (MS, s. 133-142).

2.6.4 Som følge af at myndighederne har fejlet ved ikke at foretage en til følgevurdering og undersøge informationsudvekslingens egentlige virkninger for konkurrencen, bør afgørelsen ophæves.

...”

Konkurrencerådet har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 20. februar 2024, hvoraf fremgår bl.a.:

”...

2. SAGENS GENSTAND OG TEMA

Denne sag angår prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelser af 23. juni 2021 i sag nr. KL-1-2020/1-2-2020 og sag nr. KL-3-2020, hvorved

ankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020 i Konkurrencerådets sag nr. 19/04380 (*Axel Kaufmann ApS*) og i sag nr. 19/03566 (*Ginsborg ApS og Ginsborg Frederiksberg Centret ApS*). Konkurrencerådet har i afgørelsen fundet, at Hugo Boss Nordic ApS (herefter "Hugo Boss") har indgået en horisontal samordnet praksis med konkurrenterne Axel Kaufmann ApS (herefter "Kaufmann") henholdsvis Ginsborg ApS og Ginsborg Frederiksberg Centret ApS (herefter samlet betegnet "Ginsborg"), som i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, har haft til formål at begrænse konkurrencen.

Hugo Boss er leverandør og detailforhandler af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss. Kaufmann og Ginsborg er detailforhandlere af beklædningsgenstande, bl.a. af mærket Hugo Boss, som forhandlerne indkøber engros hos Hugo Boss. Dette indebærer, at der består to relationer mellem virksomhederne, dels en vertikal relation som kunde og leverandør på engrosmarkedet, dels en horisontal relation som aktuelle konkurrenter på markedet for detailsalg af beklædningsgenstande.

Den ulovlige samordnede praksis har bestået i, at Hugo Boss jævnligt og i flere tilfælde på forespørgsel fra Kaufmann og Ginsborg har fremsendt oplysninger om bl.a. Hugo Boss' påtænkte priser, rabatter og/eller mængder ved fremtidige udsalg i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017, henholdsvis fra den 5. december 2014 til den 19. april 2018 til Kaufmann og Ginsborg. Kaufmann og Ginsborg tog ikke på noget tidspunkt afstand fra Hugo Boss' fremsendelse af oplysningerne.

De udvekslede oplysninger er utvivlsomt strategiske, idet de omfatter detaljerede fremtidige og individualiserede oplysninger om bl.a. priser, rabatter og mængder i forbindelse med fremtidige udsalg i Hugo Boss' egne detailbutikker (dvs. i forhold til slutkunder). Oplysningerne angår således centrale konkurrenceparametre i den horisontale relation, hvor Hugo Boss, Kaufmann og Ginsborg er konkurrenter. Informationsudvekslingen har været egnet til at fjerne eller reducere den strategiske usikkerhed, som Kaufmann og Ginsborg ellers normalt ville skulle agere under ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet. En sådan informationsudveksling mellem konkurrenter anses efter fast retspraksis for at være så skadelig for konkurrencen, at udvekslingen har til formål at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet er fuldt ud opmærksom på, at parterne *også* indgår i en lovlig vertikal relation som leverandør og forhandlere, der kan være omfattet af den vertikale gruppefritagelses anvendelsesområde, og at der efter omstændighederne kan være et vist behov for at udveksle informationer i en sådan vertikal kunde/leverandørrelation.

De udvekslede oplysninger angår imidlertid netop ikke parternes vertikale relation som leverandør (Hugo Boss) og forhandlere (Kaufmann henholdsvis Ginsborg), men omfatter derimod strategiske og individualiserede oplysninger om Hugo Boss' fremtidige adfærd på detailmarkedet, dvs. i den

horisontale relation, hvor parterne er konkurrenter. Der er således tale om informationsudveksling, som ikke ville kunne have fundet sted, hvis parterne udelukkende havde haft en vertikal relation, da Hugo Boss' tilstedeværelse i detaileddet (i den horisontale relation) var en afgørende forudsætning for de pågældende oplysningers eksistens. Parternes vertikale relation kan ikke ændre på, at den konkrete udveksling af oplysninger er horisontal og har til formål at begrænse konkurrencen, og at udvekslingen af oplysningerne derfor heller ikke er omfattet af den vertikale gruppefritagelse.

...

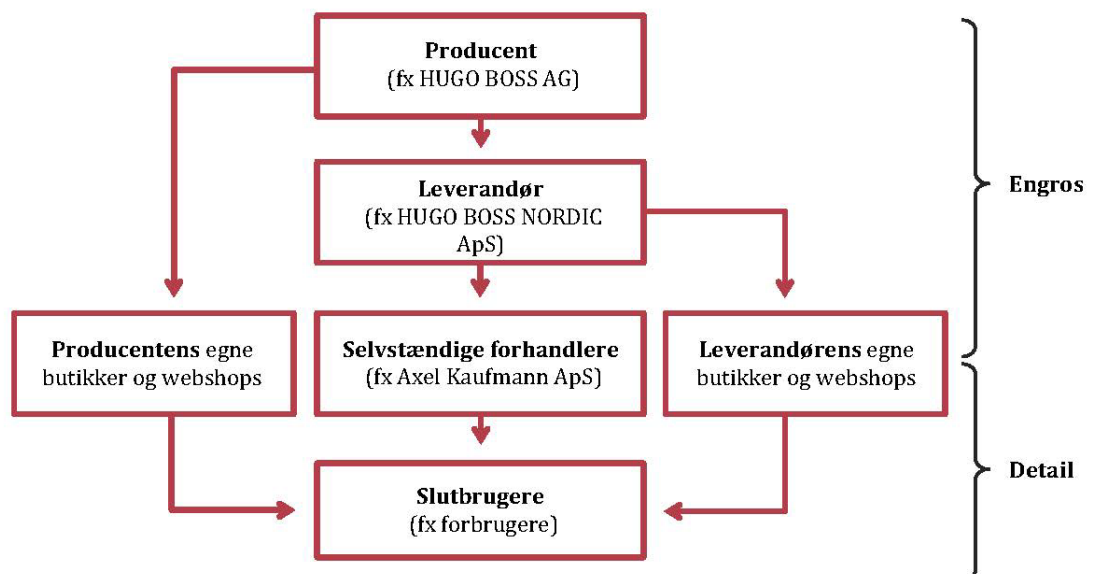
4. DE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

4.1 Virksomhedernes relation

Hugo Boss er leverandør og detailforhandler af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss. Kaufmann og Ginsborg er detailforhandlere af beklædningsgenstande, bl.a. af mærket Hugo Boss, som forhandlerne indkøber engros hos Hugo Boss. Hugo Boss anvender dermed et parallelt distributionsystem.

Dette indebærer, at der består to relationer mellem virksomhederne, dels en vertikal relation som kunde og leverandør på engrosmarkedet og dels en horisontal relation som aktuelle konkurrenter på markedet for detailsalg af beklædningsgenstande, jf. nedenstående figur 3.1 fra Konkurrencerådets afgørelser:

Figur 3.1 **Aktører på engros- og detailmarkedet for beklædningsgenstande**



Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Hugo Boss og Kaufmann har under sagens behandling for Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet oplyst, at det er udtryk for en nyere

tendens, at leverandører og producenter, der traditionelt hører til engros-markedet, konkurrerer med selvstændige forhandlere på detailmarkedet (bilag 4 i sag BS-30903/2021-SHR, s. 4 (**EKS HB 1, s. 14**), bilag 1 i sag BS-30782/2021-SHR, s. 4 (**EKS K 1, s. 10**) og bilag 5 i sag BS-30903/2021-SHR, s. 5 (**EKS HB 1, s. 59**)). Det er således ubestridt, at der består et konkurrentforhold mellem Hugo Boss, Kaufmann og Ginsborg.

Ifølge oplysninger modtaget fra Kaufmann under sagens behandling for Konkurrencerådet er beklædningsbranchen kendetegnet ved to store hovedkollektioner, sommer og vinter, samt to prækollektioner, forår og efterår. Tøjet bliver indkøbt omkring et halvt år inden, at det bliver solgt i butikkerne, dvs. at forår-/sommerkollektionen indkøbes i efteråret det foregående år, og efterår-/vinterkollektionen indkøbes i begyndelsen af året, jf. afsnit 3.3.3 i Konkurrencerådets afgørelser (bilag 1 i sag BS-30903/2021-SHR, s. 14f (**EKS HB 1, s. 108ff**), og bilag 2 i sag BS-30782/2021-SHR, s. 14f (**EKS K 1, s. 64f**), samt bilag 2 i sag BS-30903/2021-SHR, s. 17f (**EKS HB 1, s. 213ff**)) samt Kaufmanns præsentation fra møde mellem Kaufmann og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 9. maj 2019 som omtalt i samme afsnit.

Endvidere køber forhandlerne i beklædningsbranchen løbende varer som supplement til hovedkollektionerne. I beklædningsbranchen er der et relativt stort sæsonudsving i salget, idet salget af bl.a. tøj og sko er højere i forbindelse med julehandlen i december måned.

Ifølge oplysninger fra Hugo Boss, gennemføres op mod 70 % af salget i beklædningsbranchen som ordinært salg, mens ca. 30 % sælges på udsalg. Udsalg på detailmarkedet for beklædningsgenstande har tidligere været afholdt i faste perioder (vinter og sommer). Inden for en senere årrække er flere forhandlere begyndt at holde hyppigere udsalg i tillæg til de to faste udsalgsperioder, herunder f.eks. Black Friday, Magasin Goodie Days, Magasin Super Bazaar m.v.

Hugo Boss er en af de forhandlere, som har holdt hyppigere udsalg i detailbutikkerne. Det fremgår bl.a. af korrespondancen i sagen, at Hugo Boss' planer for udsalg var et af omdrejningspunkterne for udvekslingen af informationer mellem parterne, idet denne adfærd havde væsentlig betydning for Kaufmann og Ginsborgs forretning på detailmarkedet, jf. nærmere lige nedenfor i punkt 4.2.

4.2 Den omhandlede adfærd

Det fremgår af sagens oplysninger, at Hugo Boss med jævne mellemrum i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017, henholdsvis fra den 5. december 2014 til den 19. april 2018, gav oplysninger til Kaufmann henholdsvis Ginsborg om de planlagte udsalgsaktiviteter i Hugo Boss' egne detailbutikker.

Informationsudvekslingen skete som hovedregel via mail, idet Hugo Boss dog har afholdt mindst ét møde med hver af forhandlerne bl.a. vedrørende fremtidige udsalgsaktiviteter i Hugo Boss' egne detailbutikker, jf. Hugo Boss' mail til Kaufmann af 27. oktober 2016 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 42f (EKS HB 2, s. 572f), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 42f (EKS K 2, s. 422f) og e-mailkorrespondance med Ginsborg af 27.-29. januar 2015 (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 13f (EKS HB 2, s. 705f)).

De udvekslede oplysninger omfattede bl.a. specifikke udsalgspriser, størrelse af rabatter, mængder, tidspunkt, varighed og sted samt de specifikke varer eller kollektioner, som ville komme på fremtidige udsalg i Hugo Boss' detailforretninger.

I flere tilfælde var der tale om udførlige lister, der angav de planlagte før- og efterpriser, rabatter og mængder for specifikke varenumre, og som samtidig også indirekte indeholdt oplysninger om, hvilke varer Hugo Boss ville *undlade* at sætte på udsalg på baggrund af de varenumre, der ikke var på listen. Dette illustreres f.eks. af en mail af 5. april 2016, som Hugo Boss fremsendte i enslydende udgaver til både Ginsborg og Kaufmann vedrørende et kommende "Super Bazaar"-udsalg i stormagasinet Magasin. Til mailen til Kaufmann var vedhæftet en prisliste for i alt 838 varelinjer:

"Hej,

Framsänder härmed listan på de varor vi kommer att ha med på Super Bazaar från onsdag kväll d.27/4 – 1/5

Best regards

[C]" (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 13-22 (EKS HB 2, s. 543-552), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 13-22 (EKS K 2, s. 393-402)).

Et uddrag af prislisten delt med Kaufmann ses nedenfor:

Brand Module	Line	Season	MPG		Style/Color		RRP	SUPER BAZAAR PRICE	% OFF
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295737001	Jaden 17 10183680 01/001-Black	2599	1560	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295737001	Jaden 17 10183680 01/001-Black	2599	1560	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295737001	Jaden 17 10183680 01/001-Black	2599	1560	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295737001	Jaden 17 10183680 01/001-Black	2599	1560	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295934410	Jelden 10174460 01/410-Navy	4799	2880	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295934410	Jelden 10174460 01/410-Navy	4799	2880	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295934410	Jelden 10174460 01/410-Navy	4799	2880	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295934410	Jelden 10174460 01/410-Navy	4799	2880	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295940478	Jelger 10183666 01/478-Open Blue	3299	1980	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295940478	Jelger 10183666 01/478-Open Blue	3299	1980	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295940478	Jelger 10183666 01/478-Open Blue	3299	1980	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295940478	Jelger 10183666 01/478-Open Blue	3299	1980	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295952410	Jalomo 10170161 01/410-Navy	2399	1440	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295952410	Jalomo 10170161 01/410-Navy	2399	1440	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295952410	Jalomo 10170161 01/410-Navy	2399	1440	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	012	Outerwear	50295952410	Jalomo 10170161 01/410-Navy	2399	1440	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	013	Jersey	50272969610	Paule 4 10176257 01/610-Medium Red	799	480	-40%
BOSS GM SPW	Green	W15	013	Jersey	50272969610	Paule 4 10176257 01/610-Medium Red	799	480	-40%

Ginsborg modtog også en liste, som indeholder oplysninger om antal, varenummer, førpris, udsalgspris, rabat mv. (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 37-47 (EKS HB 2, s. 729-739)).

I andre tilfælde oplyste Hugo Boss bl.a., hvilke kollektioner man ville sætte på udsalg samt med hvilken rabat og/eller hvilke varer, man ville *undlade* at

sætte på udsalg. Dette illustreres f.eks. af en mail af 22. november 2016 fra Hugo Boss til Kaufmann:

"Hej,

For Jeres information vil HUGO BOSS deltage i VIP aften i Magasin og Illum den 22 November samt 6 December (-20% på sortiment foruden NOS). På Black Friday 27 November t.o.m Søndag kommer HUGO BOSS at deltage med varer fra S16, W15 og S15 i Magasin (-30%).

Mellem den 12-16 December vil HUGO BOSS kunder, fra HUGO BOSS eget kundekartotek blive inviteret på en Preview af Udsalg til BOSS butikken (-30%). Priserne vil blive matchede i Illum og Magasin.

Mvh

*[C]" (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 45f (**EKS HB 2, s. 575f**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 45f (**EKS K 2, s. 425f**)) (vores understregninger)*

Det illustreres også af en mail fra Hugo Boss til Ginsborg:

"Her kommer information som tidligere efterspurgt.

*Det som er planlagt i Magasin for nu, er Super Bazar Start 2.Maj – 6.Maj
2 Maj VIP evening all shoes ex NOS -25%*

*Super Bazar 2 Maj – 6 Maj / W17 varer – 40%" (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 64 (**EKS HB 2, s. 756**))*

Informationsudvekslingen angik hovedsageligt fremtidige udsalg uden for de ordinære udsalgsperioder, dvs. sommer- og vinterudsalg, herunder f.eks. Magasin Super Bazaar, Magasin Goodie Days, Midseason Sale og Black Friday. Sådanne udsalgsbegivenheder i løbet af sæsonen blev mere almindelige og var udtryk for en udvikling i markedet, jf. nærmere markedsbeskrivelsen i Konkurrencerådets afgørelser af 24. juni 2020, afsnit 3.3 (bilag 1 i sag BS-30903/2021-SHR (**EKS HB 1, s. 106ff**) og bilag 2 i sag BS-30782/2021-SHR (**EKS K 1, s. 62ff**), samt bilag 2 i sag BS-30903/2021-SHR (**EKS HB 1, s. 211ff**)), samt Kaufmanns oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. referat af møde den 9. maj 2019 mellem Kaufmann og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:

*"Der har tidligere været faste perioder for udsalg på markedet (vinter- og sommerudsalg). Nu er billedet mere broget, idet visse butikker/kæder holder fast i de faste udsalgsperioder, mens andre butikker har valgt et anderledes forretningskoncept baseret på, at udsalg i de faste udsalgsperioder suppleres med løbende udsalgsdage. Dette ses bl.a. ved, at Magasin holder eget udsalg kaldet Goodie Days." (bilag 1(3) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 74 (**EKS HB 2, s. 596**), og bilag 2(3) i sag 30782/2021-SHR, s. 74 (**EKS K 2, s. 454**)).*

Kaufmann har over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at informationsudvekslingen skal ses i lyset af den nye konkurrence på detailmarkedet fra vertikalt integrerede virksomheder, der både er til stede på

detail- og engrosmarkedet, jf. referat af møde den 9. maj 2019 mellem Kaufmann og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:

"Baggrunden for denne og lignende korrespondance skal ses i lyset af, at leverandørerne i de senere år selv gennem vertikalt integrerede detailbutikker er gået ind på detailmarkedet og samtidig gerne vil gøre deres uafhængige detailhandlere glade. Denne udvikling, hvor en leverandør kan gå ind og dumpe priserne med fx 50 pct. i sine egne butikker og dermed kannibalisere salget hos de uafhængige detailhandlere, har været en "game changer" for Kaufmann." (bilag 1(3) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 75 (EKS HB 2, s. 597), og bilag 2(3) i sag 30782/2021-SHR, s. 75 (EKS K 2, s. 455).

Af Kaufmanns mail til Hugo Boss af 28. januar 2014 fremgår tilsvarende:

"Vi har i efteråret 2013 måtte konstatere, at stormagasiner, Web butikker og visse enkeltstående butikker alle har annonceret med hyppige tilbud på mærkevarer i løbet af sæsonen og ikke mindst i forbindelse med midseason sale i oktober og julesalget fra 15. november og frem.

Vi forventer, at disse aktiviteter vil fortsætte i 2014, og da de har betydelig indflydelse på vore muligheder både for at generere omsætning og for at realisere en tilfredsstillende bruttoavance, finder vi det nødvendigt at justere vore indkøb til sæson E 2014 i overensstemmelse hermed." (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 3 (EKS HB 2, s. 533), og bilag 2(1) i sag 30782/2021-SHR, s. 3 (EKS K 2, s. 383)). (vores understregninger)

De udvekslede oplysninger blev i nogle tilfælde fremsendt efter anmodning fra Kaufmann henholdsvis Ginsborg, og hverken Kaufmann eller Ginsborg gav på noget tidspunkt udtryk for, at man ikke ønskede at modtage denne information. Informationsudvekslingen foregik over en samlet periode på ca. 4 år.

5. ANBRINGENDER

5.1 Indledning

Det gøres overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets kendelser af 23. juni 2021 (bilag 4 i sag BS-30903/2021-SHR (EKS HB 1, s. 11) og bilag 1 i sag BS-30782/2021-SHR (EKS K 1, s. 7), samt bilag 5 i sag BS-30903/2021-SHR (EKS HB 1, s. 55)), hvorved ankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelser af 24. juni 2020 (bilag 1 i sag BS-30903/2021-SHR (EKS HB 1, s. 95) og bilag 2 i sag BS-30782/2021-SHR (EKS K 1, s. 51), samt bilag 2 i sag BS-30903/2021-SHR (EKS HB 1, s. 197)).

Der skal i henhold til fast højesteretspraksis foreligge et sikkert grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes skønsmæssige vurderinger, jf. herved Højesterets domme trykt i UfR 2014, s. 2663 H (MS, s. 156), og UfR

2020, s. 524 H (**MS, s. 151**). Et sådant grundlag er ikke tilvejebragt. Det bemærkes herved, at der efter Konkurrencerådets opfattelse ikke er rimelig tvivl om, at der er fuldt fornødent, faktisk belæg for Konkurrencerådets konklusioner, jf. herved gengivelsen af de faktiske omstændigheder ovenfor og anbringenderne nedenfor.

5.2 Virksomhederne indgik i en samordnet praksis

Hugo Boss og Kaufmann bestrider så vidt ses (ikke længere), at der er sket udveksling af oplysninger som beskrevet i Konkurrencerådets afgørelser, og at informationsudvekslingen haft karakter af en samordnet praksis. Tilsvarende bestrider Kaufmann ikke, at der var tale om én samlet overtrædelse. Om betingelserne for, at der kan siges at foreligge en samordnet praksis mv., henvises derfor til Konkurrencerådets afgørelser, afsnit 4.3.2.2 (bilag 1 i sag BS-30903/2021-SHR (**EKS HB 1, s. 160ff**) og bilag 2 i sag BS-30782/2021-SHR (**EKS K 1, s. 116ff**), samt bilag 2 i sag BS-30903/2021-SHR (**EKS HB 1, s. 266ff**)).

5.3 Den samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen

5.3.1 Overordnede bemærkninger

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

En aftale eller samordnet praksis har til formål at begrænse konkurrencen, hvis en undersøgelse af navnlig (i) rækkevidden af aftalens indhold, (ii) de formål aftalen efter en objektiv vurdering tilsigter at opfylde samt (iii) den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, jf. eksempelvis Domstolens dom af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba, EU:C:2016:26, præmis 27 (**MS, s. 289**), Domstolens dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, Budapest Bank, EU:C:2013:495, præmis 51 (**MS, s. 247**), Højesterets dom trykt i UfR 2020, s. 524 H (**MS, s. 152**), og Østre Landsrets dom trykt i UfR 2021, 2449 Ø (**MS, s. 145**).

Det følger endvidere af fast praksis, at formålet med en aftale skal fastlægges ud fra objektive kriterier og er uafhængig af, om parterne har haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen eller ej, jf. Domstolens dom af 25. februar 2010 i sag C-209/07, BIDS, EU:C:2010:98, præmis 21. Der er dog intet til hinder for, at konkurrencemyndighederne tager en sådan subjektiv hensigt i betragtning, jf. f.eks. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires, EU:C:2014:2204, præmis 54 (**MS, s. 306**).

Hvis det på baggrund af en undersøgelse af de relevante forhold kan fastslås, at aftalen og/eller den samordnede praksis har til formål at begrænse

konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge de sandsynlige negative virkninger for konkurrencen nærmere (dvs. det er uden betydning, om en skade på konkurrencen faktisk indtræder, herunder omfanget af skaden), jf. bl.a. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupeement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, præmis 49 (**MS, s. 305**), og Domstolens dom af 19. marts 2015 i sag C-286/13 P, *Dole Food*, EU:C:2015:184, præmis 113 (**MS, s. 298**). Dette skyldes den omstændighed, at sådanne aftaler mellem virksomheder efter deres art i sig selv kan betragtes som så skadelige for de normale konkurrencevilkår, at der derfor normalt uundgåeligt også vil foreligge konkurrenceskadelige følger.

Undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng kan for sådanne aftaler endvidere begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. eksempelvis Domstolens dom af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, præmis 28f (**MS, s. 289**), og Domstolens dom af 21. december 2023 i sag C-333/21, *European Superleague Company*, EU:C:2022:993, præmis 223 og 228-230 (**MS, s. 201ff**).

Konkurrencerådets vurdering af, at Hugo Boss har indgået i horisontal samordnet praksis med konkurrenterne Kaufmann henholdsvis Ginsborg, som i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, har haft til formål at begrænse konkurrencen, følger af Konkurrencerådets afgørelser af 24. juni 2020, afsnit 4.3 (bilag 1 i sag BS-30903/2021-SHR (**EKS HB 1, s. 156ff**) og bilag 2 i sag BS-30782/2021-SHR (**EKS K 1, s. 112ff**), samt bilag 2 i sag BS-30903/2021-SHR (**EKS HB 1, s. 257ff**)), hvortil der henvises. Konkurrencerådet har i sin vurdering overordnet lagt vægt på:

- at den samordnede praksis angår parternes horisontale forhold som konkurrenter. Dette behandles nedenfor i punkt 5.3.2.
- at der var tale om informationsudveksling af strategiske, individualiserede og fremtidige oplysninger om priser, rabatter og mængder, som generelt har til formål at begrænse konkurrencen, fordi en sådan informationsudveksling i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Dette behandles nedenfor i punkt 5.3.3.
- at en samlet vurdering af den samordnede praksis' indhold, formål samt den retlige og økonomiske kontekst som den samordnede praksis indgik i – også i lyset af konklusionerne i punkt 5.3.2 og 5.3.3 – underbygger, at den samordnede praksis har haft til formål at begrænse konkurrencen. Dette behandles nedenfor i punkt 5.3.4.

5.3.2 Informationsudvekslingen er horisontal

5.3.2.1 De udvekslede oplysninger angår parternes horisontale relation

Det fremgår af sagens materiale, at udvekslingen af oplysninger nærmere har bestået i, at Hugo Boss jævnligt, og i flere tilfælde på forespørgsel fra Kaufmann og Ginsborg, har fremsendt oplysninger om bl.a. Hugo Boss' påtænkte priser, rabatter og/eller mængder ved fremtidige udsalg i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017, henholdsvis fra den 5. december 2014 til den 19. april 2018 til Kaufmann og Ginsborg.

Informationsudvekslingen skal bedømmes i lyset af karakteren af de udvekslede oplysninger. De udvekslede oplysninger omfatter detaljerede, fremtidige og individualiserede oplysninger om bl.a. priser, rabatter og mængder i forbindelse med Hugo Boss' egne fremtidige udsalg på markedet for detailsalg af beklædningsgenstande, dvs. i forhold til slutkunder, hvor Hugo Boss, Kaufmann og Ginsborg ubestridt var og er aktuelle konkurrenter.

Hugo Boss anerkender da også, at der i den for sagen relevante periode bestod en konkurrentrelation på detailmarkedet for beklædningsgenstande mellem Hugo Boss, Kaufmann og Ginsborg, jf. bl.a. Hugo Boss' replik, punkt 3.

Derudover har Kaufmann anerkendt, at *"informationsudvekslingen vedrørte HUGO BOSS' fremtidige prissætning [...] på detailmarkedet for beklædningsgenstande"*, jf. Kaufmanns replik, punkt 2.2.2 (EKS K 2, s. 249), og *"at der helt sikkert har været informationsudveksling om priser mellem konkurrenter"*, jf. referat af møde den 9. maj 2019 mellem Kaufmann og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (bilag 1(3) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 76 (EKS HB 2, s. 598), og bilag 2(3) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 76 (EKS K 2, s. 456). Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har ikke, som ellers anført af Hugo Boss og Kaufmann, "forsømt" at inddrage det forhold, at Hugo Boss, Kaufmann og Ginsborg udover at være konkurrenter indgår i en vertikal relation. Parternes vertikale relation kan imidlertid ikke ændre på, at den konkrete udveksling af oplysninger angår den horisontale relation, og at udvekslingen af oplysningerne derfor heller ikke er omfattet af den vertikale gruppefritagelse, jf. nærmere punkt 5.4 nedenfor.

Det fremgår i den forbindelse af Konkurrenceankenævnets kendelser, at:

"Informationsudvekslingen, der er genstand for Konkurrencerådets afgørelse, vedrørte imidlertid strategiske oplysninger om Hugo Boss' salg på detailmarkedet af varer af mærket Hugo Boss, og oplysningerne blev videregivet til Axel Kaufmann, der – ligesom Hugo Boss – solgte varer af mærket Hugo Boss. Oplysningerne, som blev fremsendt af Hugo Boss, var ikke af en art eller et indhold, der vedrørte Hugo Boss' producentvirksomhed. Oplysningerne angik derimod entydigt Hugo Boss' detailvirksomhed. Der var således ikke tale om sædvanlige oplysninger videregivet af en producent til en kunde i forbindelse med købs- eller distributionsaftaler angående videresalg af Hugo Boss' varer, men derimod om udveksling af oplysninger mellem konkurrenter."

Vi bemærker hertil, at der ved parallel distribution kan foregå kommunikation af strategisk karakter mellem en leverandør og en forhandler, som er både naturlig og nødvendig for at pleje det vertikale samarbejdsforhold. Dette forhold ændrer imidlertid ikke ved, at producentens oplysninger om priser, rabatter og mængder på de varer, som producenten selv sælger på detailmarkedet, har horisontal karakter."

(bilag 4 i sag BS-30903/2021-SHR, s. 40 (**EKS HB 1, s. 50**), og bilag 1 i sag BS-30782/2021-SHR, s. 40 (**EKS K 1, s. 46**), samt bilag 5 i sag BS-30903/2021-SHR, s. 36 (**EKS HB 1, s. 90**)). (vores understregninger)

Konkurrencerådet er ikke enig i, at den i sagen omhandlede informationsudveksling, som ellers anført af Hugo Boss og Kaufmann, kun kom i stand som følge af parternes vertikale relation. Det bemærkes herved, at informationsudvekslingen ikke ville kunne have fundet sted, hvis parternes relation alene havde været af vertikal karakter. Hugo Boss' tilstedeværelse i detailledet (den horisontale relation) var således en afgørende forudsætning for de omhandlede oplysningers eksistens.

Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets vurderinger underbygges yderligere af, at en ekspertgruppe nedsat af Kommissionen har tilsluttet sig Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets analyse af informationsudvekslingens horisontale karakter. Dette er nærmere beskrevet i punkt 5.4 nedenfor samt punkt 5 i duplikken (**EKS HB 2, s. 418ff, og EKS K 1, s. 276ff**), hvortil henvises.

5.3.2.2 Skønserklæringerne ændrer ikke på, at informationsudvekslingen er horisontal

De af Hugo Boss og Kaufmann indhentede skønserklæringer af 5. april 2023 (Hugo Boss' skønserklæring i sag BS-30903/2021-SHR (**EKS HB 2, s. 475ff, og EKS K 1, s. 359ff**) og Kaufmanns skønserklæring i sag BS-30782/2021-SHR (**EKS HB 2, s. 495ff, og EKS K 1, s. 327ff**)) er ikke relevante for vurderingen af karakteren af de udvekslede oplysninger, idet denne vurdering udelukkende henhører under rettens kompetence. Skønserklæringerne ændrer endvidere ikke på, at informationsudvekslingen er horisontal.

Kaufmann anfører, at svaret på spørgsmål 11 i Kaufmanns skønserklæring (**EKS HB 2, s. 516f, og EKS K 1, s. 348f**) samt svaret på spørgsmål 5 i Hugo Boss' skønserklæring (**EKS HB 2, s. 485, og EKS K 1, s. 369**) taler for, at det er forkert, når Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet lægger til grund, at informationsudvekslingen har horisontal karakter, fordi den vedrører detailaktiviteter, og fordi Konkurrenceankenævnet lægger til grund, at de udvekslede oplysninger ikke er sædvanlige i et vertikalt samhandelsforhold.

Hugo Boss gør i forlængelse af tilsvarende synspunkter endvidere gældende, at bl.a. svaret på spørgsmål 11 i Kaufmanns skønserklæring (**EKS HB 2, s. 516f, og EKS K 1, s. 348f**) samt svaret på spørgsmål 5 i Hugo Boss'

skønserklæring (EKS HB 2, s. 485, og EKS K 1, s. 369) understøtter, at informationerne sendt fra Hugo Boss til henholdsvis Kaufmann og Ginsborg er nødvendige for den vertikale relation.

Konkurrencerådet bestrider, at udvekslingen af de konkrete oplysninger, der er genstand for sagen, er nødvendig for den vertikale relation parterne imellem. Dette følger allerede af, at de udvekslede oplysninger slet ikke ville have eksisteret, hvis parterne udelukkende havde haft en vertikal relation, da Hugo Boss' tilstedeværelse i detaileddet (i den horisontale relation) var en afgørende forudsætning for oplysningernes eksistens. Det i skønserklæringerne anførte kan i den forbindelse ikke ændre på, at de udvekslede oplysninger er strategiske i relation til konkurrentforholdet, idet de omfatter detaljerede, fremtidige og individualiserede oplysninger om bl.a. priser, rabatter og mængder i forbindelse med fremtidige udsalg i Hugo Boss' egne detailbutikker, jf. nærmere nedenfor.

Skønsmandens svar på spørgsmål 11 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 516f, og EKS K 1, s. 348f) angår specifikt, om de udvekslede oplysninger vedrørende Hugo Boss' tilbudskampagner kunne have betydning for Kaufmann i den vertikale relation, og om det er atypisk, at en forhandler ønsker at få indblik i, om leverandørens tilbudskampagner i detaileddet omfatter kurante sæsonvarer, som forhandleren netop har indkøbt til fuld pris i engrosleddet af leverandøren. Skønsmandens svar viser kun, at informationsudvekslingen kunne have interesse i den vertikale relation, men siger intet om, hvorledes oplysningerne også har interesse og kan påvirke konkurrencen i det horisontale forhold.

Tilsvarende kan det forhold, at udvekslingen af informationer angiveligt også kan have værdi for det rent vertikale forhold, og at informationsudvekslingen angiveligt måtte være sædvanlig og naturlig i denne relation, ikke ændre på karakteren af de udvekslede oplysninger. Det bemærkes i den forbindelse, at skønsmanden specifikt f.s.v.a. tilbudskampagner vurderer, at producenter, i den vertikale relation, vel informerer sine forhandlere om *timing* og det *generelle budskab* på kampagner, men at det ikke er skønsmandens overordnede indtryk, at producenter *generelt* informerer de selvstændige forhandlere om præcist, *hvilke produkter* der er med på kampagnen og til *hvilke rabatterede priser*, jf. svaret på spørgsmål 7 i Hugo Boss' skønserklæring (EKS HB 2, s. 488, og EKS K 1, s. 372). Skønsmandens bemærkninger understøtter således, at informationsudvekslingen havde horisontal karakter og var usædvanlig.

Om skønserklæringernes (begrænsede) betydning for denne sag henvises videre til punkt 5.3.4.5.

5.3.3 De udvekslede oplysninger er strategiske, individualiserede og fremtidige

Konkurrencerådet har i begge afgørelser i overensstemmelse med retspraksis foretaget en konkret og grundig vurdering af oplysningerne (afsnit 4.3.3.3.1) og fundet, at de i sagerne udvekslede oplysninger, som angår Hugo Boss' påtænkte adfærd på detailmarkedet, hvor Hugo Boss var i konkurrence med Kaufmann og Ginsborg, er strategiske, individualiserede og fremtidige.

5.3.3.1 Oplysningerne er strategiske

Konkurrencerådet bemærker, at oplysninger om fremtidige priser, rabatter og mængder generelt anses for at være strategiske oplysninger, jf. punkt 86 i de horisontale retningslinjer.

Konkret har Hugo Boss over en periode på ca. fire år med jævne mellemrum fremsendt omfattende lister med detaljerede oplysninger om både priser, rabatter og mængder for individuelle varer, der ville blive sat på udsalg til Kaufmann og Ginsborg, jf. mails fra Hugo Boss til Kaufmann af 5. april 2016, 13. oktober 2016, 21. november 2017 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 13-22 (**EKS HB 2, s. 543-552**), s. 30-38 (**EKS HB 2, s. 560-568**), og s. 53-60 (**EKS HB 2, s. 583-590**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR s. 13-22 (**EKS K 2, s. 393-402**), s. 30-38 (**EKS K 2, s. 410-418**), og s. 53-60 (**EKS K 2, s. 433-440**)), og e-mails fra Hugo Boss til Ginsborg af 5. april 2016, og 13. oktober 2016 (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 37-47 (**EKS HB 2, s. 729-739**), og s. 52-61 (**EKS HB 2, s. 744-752**)).

I andre tilfælde fremsendte Hugo Boss oplysninger om, hvilke rabatter der ville blive ydet på bestemte kollektioner ved fremtidige udsalg. F.eks. oplyste Hugo Boss ved mail af 29. november 2017 til Kaufmann om et fremtidigt udsalg i Magasin den 30. november og 7. december, at *"Der vil være 20% på W18PF and W18FW varer"*, ligesom Hugo Boss på Kaufmanns forespørgsel bekræftede, at udsalget ville omfatte *"samtlige varer fra dette efterår"* (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 62f (**EKS HB 2, s. 592f**) og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 62f (**EKS K 2, s. 442f**)). Tilsvarende oplyste Hugo Boss f.eks. ved mail af 20. november 2015 Ginsborg om bl.a. fremtidige udsalg i Magasin og Illum den 26. november og den 2. december 2015, hvor der ville ydes *"Discount 20% on Pre fall / Fall winter"* (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 21-26 (**EKS HB 2, s. 713-718**)).

Det bemærkes i den forbindelse, at Kaufmann og Ginsborg som engroskunder var bekendt med Hugo Boss' vejledende udsalgspriser, ligesom Hugo Boss i flere tilfælde oplyste den vejledende udsalgspris (Recommended retail price "RRP"), jf. mails fra Hugo Boss til Kaufmann af 5. april 2016, 13. oktober 2016, 21. november 2017 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 13-22 (**EKS HB 2, s. 543-552**), s. 30-38 (**EKS HB 2, s. 560-568**), og s. 53-60 (**EKS HB 2, s. 583-590**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR s. 13-22 (**EKS K 2, s. 393-402**), s. 30-38 (**EKS K 2, s. 410-418**), og s. 53-60 (**EKS K 2, s. 433-440**)), og mails fra Hugo Boss til Ginsborg af 5. april 2016, og 13. oktober 2016 (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 37-47 (**EKS HB 2, s. 729-739**), og s. 52-61

(EKS HB 2, s. 744-752)). Oplysningerne om den påtænkte rabat gav dermed et præcist indblik i den pris, som Hugo Boss ville sætte varerne til salg for.

Hugo Boss har desuden både direkte og indirekte oplyst Kaufmann og Ginsborg om, hvilke varer/kollektioner Hugo Boss *ikke* ville reducere prisen på i kommende udsalg og dermed sælge til fuld pris, samt hvornår Hugo Boss *ikke* ville holde udsalg og dermed sælge sine varer til fuld pris. Som eksempler på direkte oplysning herom kan fremhæves mail af 27. oktober 2016 fra Hugo Boss til Kaufmann:

"HUGO BOSS vil ej deltage i Black Friday i vores butikker, undtaget HUGO BOSS Outlets hvor der vil være kampagne". (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 41-43 (EKS HB 2, s. 571-573), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 41-43 (EKS K 2, s. 421-423)).

Tilsvarende oplyste Hugo Boss ved mail af 21. november 2015 til Ginsborg:

"We always exclude pre season (pre spring for fall winter sales) and NOS products which again accounts for around 40 percent of stock". (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 31 (EKS HB 2, s. 723)).

Oplysningerne angår dermed både direkte og indirekte de planlagte tidspunkter, priser, rabatter og i nogle tilfælde også mængder ved fremtidige udsalg i Hugo Boss' detailbutikker.

Kaufmann og Ginsborg har som følge af informationsudvekslingen fået et detaljeret billede af Hugo Boss' fremtidige prissætning og udsalgsstrategi, herunder hvornår og med hvilke varer og priser/rabatter, Hugo Boss ville holde udsalg. Kaufmann og Ginsborg kunne under hensyntagen til oplysningerne fra Hugo Boss træffe beslutninger om, hvornår der skulle holdes udsalg, og hvilke varer der skulle ydes rabat på og størrelsen på denne rabat, samt hvornår virksomhederne kunne *undlade* at holde udsalg eller *undlade* at yde rabat på bestemte varer.

Det bemærkes særligt, at pris udgør et væsentligt konkurrenceparameter på detailmarkedet for beklædningsgenstande, jf. Kaufmanns mail til Hugo Boss af 28. januar 2014, hvor Kaufmann konstaterede at *"hyppige tilbud på mærkevarer i løbet af sæsonen"* havde *"betydelig indflydelse på vore muligheder både for at generere omsætning og for at realisere en tilfredsstillende bruttoavance,"* (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 2f (EKS HB 2, s. 532f), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 2f (EKS K 2, s. 382f)) samt af 17. december 2016, hvor Kaufmann konstaterede, at kunderne returnerede varer, hvis de fandt dem billigere:

"VI HAR KUNDER DER HAR KØBT GAVE TIL FULD HAMMER, SOM KOMMER TILBAGE OG FÅR PENGENE TILBAGE, FORDI EFTER DE HAT KØBT, HAR SET VAREN I MAGASIN TIL REDUCERET PRIS," (bilag 1(1) i

sag BS-30903/2021-SHR, s. 47 (**EKS HB 2, s. 577**) og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 47 (**EKS K 2, s. 427**)).

Udvekslingen af oplysningerne var dermed egnede til at fjerne eller væsentligt formindske den strategiske usikkerhed om Hugo Boss' fremtidige pris- og udsalgsstrategi, som Kaufmann og Ginsborg under normale konkurrenceforhold skulle have taget højde for ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet.

5.3.3.2 Oplysningerne er individualiserede

De udvekslede oplysninger er individualiserede, fordi de angik identificerede *individuelle* kollektioner. herunder med angivelse af varenumre for de specifikke varer, jf. f.eks. jf. mails fra Hugo Boss til Kaufmann af 5. april 2016, 13. oktober 2016, 21. november 2017 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 30-38 (**EKS HB 2, s. 560-568**), og s. 53-60 (**EKS HB 2, s. 583-590**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR s. 13-22 (**EKS K 2, s. 393-402**), s. 30-38 (**EKS K 2, s. 410-418**), og s. 53-60 (**EKS K 2, s. 433-440**)), og e-mails fra Hugo Boss til Ginsborg af 5. april 2016, og 13. oktober 2016 (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 37-47 (**EKS HB 2, s. 729-739**), og s. 52-61 (**EKS HB 2, s. 744-752**)), der indeholdt lister med detaljerede oplysninger om mellem 782 og 857 varelinjer, samt f.eks. mails fra Hugo Boss til Kaufmann og Ginsborg af 22. november 2016, der identificerede kollektionerne "S16 W15 og S 15" (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 45 (**EKS HB 2, s. 575**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 45 (**EKS K 2, s. 425**), samt bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 62 (**EKS HB 2, s. 754**)).

5.3.3.3 Oplysningerne er fremtidige

Oplysningerne angår fremtidige forhold, fordi de som altovervejende hovedregel angår priser, rabatter og i nogle tilfælde mængder ved *fremtidige* udsalg. Oplysningerne blev fremsendt *før* de pågældende udsalg blev afholdt og i langt de fleste tilfælde på tidspunkter, hvor Kaufmann og Ginsborg havde mulighed for at planlægge deres eventuelle udsalg, herunder udsalgsvarer og udsalgspriser, under hensyntagen til oplysningerne. Der henvises nærmere til punkt 5.3.4.5 om skønsmandens bemærkninger til oplysningernes tidsmæssige karakter samt til støttebilag A og støttebilag B.

5.3.3.4 Oplysningerne er fortrolige

Hugo Boss og Kaufmann anfører, at (en række af) de udvekslede oplysninger var "offentlig kendt", ligesom Hugo Boss i forlængelse heraf gør gældende, at udvekslingen dermed ikke kan have påvirket konkurrencen.

Konkurrencerådet bemærker heroverfor for det første, at Hugo Boss og Kaufmann ikke på noget tidspunkt under sagens behandling har dokumenteret, at alle de udvekslede oplysninger, der var strategiske, herunder om

Hugo Boss' udsalgsstrategi, fremtidige priser, rabatter og mængder var offentligt kendte, da de blev udvekslet.

For det andet må det have formodningen imod sig, at Kaufmann eller Ginsborg skulle efterspørge oplysninger, der var offentligt kendte, jf. Kaufmanns mail til Hugo Boss af 28. januar 2014 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 2f (**EKS HB 2, s. 532**) og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 2f (**EKS K 2, s. 382f**)), og Ginsborgs mails til Hugo Boss af 7. december 2014 og 17. april 2018 (bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 5 og s. 63-67 (**EKS HB 2, s. 697 og s. 755-759**)).

For det tredje bekræfter sagens faktum, at der var usikkerhed om strategierne for udsalg i løbet af sæsonen, og at disse dermed ikke var offentligt kendte, jf. mail fra Kaufmann til Hugo Boss af 12. oktober 2017, hvor Kaufmann oplyser følgende om udsalgsstrategien for Black Friday 2017:

"DET ER VI IKKE FÆRDIGE MED AT SNAKKE OM, DET ER EN JUNGLE, ALLE I BRANCHEN ER I VILDREDE---INCL OS. VI VIL HELST LADE VÆRE, SOM FLERE ANDRE OGSÅ UDTRYKKER DET, TROR VI TAGER MÅSKE FØRST STILLING TIL DET I UGEN OPTIL..." (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 49 (**EKS HB 2, s. 579**) og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 49 (**EKS K 2, s. 429**)) (vores understregning) Dette ses også af Kaufmanns oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. referat af møde den 9. maj 2019 mellem Kaufmann og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:

"Der har tidligere været faste perioder for udsalg på markedet (vinter- og sommerudsalg). Nu er billedet mere broget, idet visse butikker/kæder holder fast i de faste udsalgsperioder, mens andre butikker har valgt et anderledes forretningskoncept baseret på, at udsalg i de faste udsalgsperioder suppleres med løbende udsalgsdage. Dette ses bl.a. ved, at Magasin holder eget udsalg kaldet Goodie Days." (bilag 1(3) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 74 (**EKS HB 2, s. 596**) og bilag 2(3) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 74 (**EKS K 2, s. 454**)).

For det fjerde fremhæves det, at selv om tidspunktet for Hugo Boss' udsalg måtte være offentligt kendt, indebærer dette ikke, at de fremtidige priser, rabatter og mængder på bestemte kollektioner og specifikke varer også var offentligt kendte.

For det femte er det ikke rigtigt, når Hugo Boss i punkt 39 i stævningen anfører, *"Det er altid gamle varer, der kommer på udsalg – og det er altid restvarer fra de forudgående kollektioner."* Oplysningerne viser tværtimod, at Hugo Boss i flere tilfælde oplyste, at man planlagde at sætte aktuelle kollektioner på udsalg, jf. f.eks. Hugo Boss' mails af 20. november 2015 til Kaufmann hhv. Ginsborg med oplysning om at fremtidige udsalg den 26. november 2015 og den 2. december 2015 ville omfatte *"all product for the actual season"*, idet man ville yde 20 % rabat på de aktuelle kollektioner Pre Fall og Fall Winter 2015 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 11 (**EKS HB 2, s. 541**)),

og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 11 (**EKS K 2, s. 391**), samt bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 21 (**EKS HB 2, s. 713 og 727f**)), samt Hugo Boss' e-mail til Kaufmann af 21. november 2017 med oplysning om, at man ved det kommende Black Friday-udsalg den 24. november 2017 ville yde 30 % rabat på kollektionerne Pre Fall, Fall Winter og Winter 2017 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 53 (**EKS HB 2, s. 583**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. og 53 (**EKS K 2, s. 433**)).

Tilsvarende oplyste Hugo Boss ved mailkorrespondance med Kaufmann fra den 29. til den 30. november 2017, at Hugo Boss planlagde at sætte de aktuelle kollektioner Winter, Pre Fall og Fall Winter 2018 på udsalg med 20 % rabat. På forespørgslen "*Forstår jeg det rigtigt – det er samtlige varer fra dette efterår?*", svarede Hugo Boss: "*ja det er korrekt.*" (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 62f (**EKS HB 2, s. 592f**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 62f (**EKS K 2, s. 442f**)). (vores understregning).

Det var dermed behæftet med strategisk usikkerhed for Kaufmann henholdsvis Ginsborg, hvordan sammensætningen af varer på udsalg i Hugo Boss' detailbutikker ville være, herunder om udsalgene alene angik "*restvarer fra de forudgående kollektioner*", eller om og i hvilket omfang de planlagte udsalg også ville omfatte varer fra aktuelle kollektioner.

5.3.4 Informationsudvekslingen har til formål at begrænse konkurrencen

5.3.4.1 Indledning

Som allerede redegjort for i punkt 5.3.1 har en aftale eller samordnet praksis til formål at begrænse konkurrencen, hvis en undersøgelse af navnlig (i) rækkevidden af aftalens indhold, (ii) de formål aftalen efter en objektiv vurdering tilsigter at opfylde, samt (iii) den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade. De tre forudsætninger gennemgås i det følgende.

5.3.4.2 Indholdet af de udvekslede oplysninger

Konkret bestod indholdet af den samordnede praksis i udveksling af strategiske, individualiserede og fremtidige oplysninger om Hugo Boss' planlagte priser, rabatter og mængder ved kommende udsalg over perioder på ca. 4 år, jf. nærmere ovenfor i punkt 5.3.3.

5.3.4.3 Informationsudvekslingens objektive formål

Målsætningen med informationsudvekslingen har objektivt set været at begrænse konkurrencen, idet Hugo Boss har informeret Kaufmann og Ginsborg om de påtænkte priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg i Hugo Boss' egne detailbutikker, hvor Hugo Boss var i konkurrence med Kaufmann og Ginsborg. Kaufmann og Ginsborg har herefter kunnet indrette deres egen prissætning og udsalgsstrategi herefter.

Domstolen har fastslået, at udveksling mellem konkurrenter af denne type oplysninger generelt set må anses for så skadelig for konkurrencen, at udvekslingen vil have til formål at begrænse konkurrencen. Dette skyldes dels, at priser og mængder generelt er de mest væsentlige konkurrenceparametre mellem virksomheder, dels at informationsudvekslingen mindsker usikkerheden om konkurrentens forventelige adfærd på markedet og derfor har til formål at skabe konkurrencevilkår, der ikke svarer til de normale konkurrencevilkår på markedet, jf. f.eks. Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag C-8/08, T-Mobile, EU:C:2009:343, præmis 32-33 og 41 (**MS, s. 329f og s. 332**), Domstolens dom af 19. marts 2015 i sag C-286/13, Dole Food, EU:C:2014:2437, præmis 119-122 (**MS, s. 299**), og Domstolens dom af 12. januar 2023 i sag C-883/19 P, HSBC, EU:C:2023:11, præmis 113-116 og 202-203 (**MS, s. 214f og s. 222**).

Ifølge punkt 73-74 i de horisontale retningslinjer er det især sandsynligt, at virksomhedernes udveksling af oplysninger om deres planlagte fremtidige adfærd vedrørende priser eller mængder fører til hemmelig samordning (med risiko for et fælles højere prisniveau til følge), og at udveksling af individualiserede oplysninger mellem konkurrenter vedrørende planlagte fremtidige priser eller mængder derfor må anses for at have konkurrencebegrænsende formål.

En sådan informationsudveksling skader derfor i sig selv konkurrencen og strider åbenbart imod hele grundtanken bag forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, som er, at enhver virksomhed selvstændigt og uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet, jf. den lige ovenfor omtalte retspraksis.

Konkret var de oplysninger om planlagte priser, rabatter og mængder, som Hugo Boss udvekslede med Kaufmann henholdsvis Ginsborg, også af en sådan karakter, at udvekslingen af oplysningerne var egnede til at reducere den strategiske usikkerhed, som Kaufmann henholdsvis Ginsborg under normale konkurrencevilkår ville være underlagt.

Dette skyldes, at oplysningerne angik flere væsentlige konkurrenceparametre i forhold til en tæt konkurrent, og at Kaufmann og Ginsborg kunne tilrettelægge deres markedsadfærd under hensyn til disse oplysninger, herunder ved beslutninger om, hvilke varer der skulle sættes på udsalg på hvilke tidspunkter og med hvilken rabat, samt med hvilke varer og på hvilke tidspunkter der *ikke* skulle holdes udsalg.

Kaufmann og Ginsborg kunne bruge oplysningerne i forhold til deres egen beslutning om at holde udsalg eller ej, og såfremt de valgte at holde udsalg, kunne de også bruge oplysningerne til at vurdere, hvornår det ville være en fordel at holde udsalg, og hvilke priser, varer/kollektioner og mængder, udsalgene med fordel skulle omfatte. Oplysningerne kunne også bruges til

at imødekomme kunderne på anden måde, f.eks. ved at give dem gratis varer med i købet.

De udvekslede oplysninger var nyttige for Kaufmann og Ginsborg i den horisontale relation til Hugo Boss og gav dem en konkurrencemæssig fordel, uanset hvad deres strategi måtte have været, før de modtog oplysningerne, og uanset om de også valgte selv at holde udsalg eller ej. Kaufmann og Ginsborg kunne således bruge oplysningerne til at vurdere, om de skulle holde fast i deres hidtidige pris- og udsalgsstrategi, eller om det ville være en fordel at ændre deres strategi eller adfærd, herunder ved f.eks. at holde færre udsalg, sætte færre varer på udsalg, have lavere udsalgsrabatter eller i stedet give gratis varer med i købet til kunderne.

Den strategiske værdi af oplysningerne ændres ikke af, at der ofte ikke er fuldt sammenfald mellem de varer, der var omfattet af Hugo Boss' udsalgskampagner, og de varer, som Kaufmann og Ginsborg solgte i sine fysiske butikker. Denne viden har netop i sig selv været nyttig for Kaufmann og Ginsborg, idet den satte dem i stand til at konstatere, at de kun i begrænset omfang selv havde de pågældende varer til salg i deres fysiske butikker. Når de ikke (længere) havde de varer i butikkerne, som Hugo Boss satte på udsalg, fik de vished om, at Hugo Boss' udsalg ikke ville udgøre nogen større risiko for deres eget salg af Hugo Boss-produkter. De kunne derfor fastholde deres normalpriser uden samme risiko for kunde- og omsætningsstab, som hvis Hugo Boss' udsalgskampagner havde omfattet varer, som de faktisk havde til salg i deres butikker.

Dertil kommer, at Hugo Boss' udsalgskampagner ofte omfattede ikke-sæsonaktuelle varer, og at Kaufmann løbende solgte ikke-sæsonaktuelle varer på sin outlet-webshop. Det fremhæves herved, at Kaufmann ved at blive informeret om Hugo Boss' forhold dermed fik vished for, at udsalgene ikke ville omfatte de nye varer. Kaufmann havde således *også* mulighed for at fastsætte sine priser på disse varer på webshoppen under hensyntagen til de modtagne oplysninger fra Hugo Boss.

I øvrigt oplyste Hugo Boss i flere tilfælde, at Hugo Boss tilsyneladende planlagde at sætte aktuelle kollektioner på udsalg, jf. mails fra Hugo Boss til Kaufmann henholdsvis Ginsborg af 20. november 2015 med oplysning om, at fremtidige udsalg ville omfatte "*all product for the actual season*", herunder de aktuelle kollektioner Pre Fall og Fall Winter 2015 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 11 (**EKS HB 2, s. 541**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 11 (**EKS K 2, s. 391**), samt bilag 2(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 21 (**EKS HB 2, s. 713**)) samt for så vidt angår Kaufmanns mail fra Hugo Boss af 21. november 2017 angående kollektionerne Pre Fall og Fall Winter 2017 (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 61 (**EKS HB 2, s. 591**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 61 (**EKS K 2, s. 441**)).

Tilsvarende oplyste Hugo Boss ved mailkorrespondance med Kaufmann fra den 29. til den 30. november 2017, at Hugo Boss planlagde at sætte de

aktuelle kollektioner Winter, Pre Fall og Fall Winter 2018 på udsalg med 20 % rabat. På forespørgslen: *"Forstår jeg det rigtigt – det er samtlige varer fra dette efterår?"*, svarede Hugo Boss: *"ja det er korrekt."* (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 62f (**EKS HB 2, s. 592f**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 62f (**EKS K 2, s. 442f**)). (vores understregning).

Det var dermed behæftet med strategisk usikkerhed for Kaufmann, om og i hvilket omfang udsalg i Hugo Boss' detailbutikker også ville omfatte varer fra aktuelle kollektioner. Brugen af oplysningerne var desuden ikke begrænset til Kaufmanns og Ginsborgs Hugo Boss-produkter. Oplysningerne kunne også påvirke Kaufmanns og Ginsborgs adfærd i forhold til varer fra de øvrige tøjmærker, som de forhandlede.

Kaufmann og Ginsborg kunne eksempelvis konstatere, at Hugo Boss stort set aldrig satte de såkaldte "NOS"-varer (dvs. bl.a. klassiske hvide og lyseblå skjorter) på udsalg, jf. bl.a. Konkurrencerådets afgørelse angående Kaufmann, afsnit 3.4.3, 3.4.7 og 3.4.10 (bilag 1 i sag BS-30903/2021-SHR, side 20, 27 og 30 (**EKS HB 1, s. 114, 121 og 124**) og bilag 2 i sag BS-30782/2021-SHR (**EKS K 1, s. 70, 77 og 80**)) samt afgørelsen angående Ginsborg, afsnit 3.4.1 og 3.4.2 (bilag 2 i sag BS-30903/2021-SHR, side 19ff og 23ff (**EKS HB 1, s. 215ff og 218ff**)). Dette gav Kaufmann og Ginsborg den visshed, at Hugo Boss' udsalgskampanjer dermed ikke ville lægge et konkurrencepres på Kaufmanns og Ginsborgs salg af klassiske hvide og lyseblå skjorter fra hverken Hugo Boss-mærket eller de øvrige forhandlede tøjmærker.

Samlet set er der ingen rimelig tvivl om, at den type af oplysninger, som Hugo Boss videregav til sine konkurrenter Kaufmann og Ginsborg, både generelt og konkret har en sådan karakter, at udvekslingen har været egnet til at begrænse konkurrencen mærkbart, og at udvekslingen derfor har haft til formål at begrænse konkurrencen.

5.3.4.4 Den retlige og økonomiske sammenhæng

Ved undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng skal konkurrencemyndighederne tage hensyn til, hvilke produkter der er tale om, og hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, jf. f.eks. Domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, præmis 53.

Som det allerede fremgår af punkt 5.3.1 ovenfor følger det videre af fast retspraksis, at undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng for aftaler/samordnet praksis, der på baggrund af pålidelige og solide erfaringer kan anses for konkurrencebegrænsende (f.eks. aftaler om priser eller mængde), imidlertid begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.

Ifølge Generaladvokat A. Rantos er formålet med at tage hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng således at be- eller afkræfte den oprindelige konstatering af det konkurrencebegrænsende formål, og analysen må ikke *”forveksles med en analyse af virkninger, idet denne indebærer en supplerende bevisbyrde og en mere indgående undersøgelse af aftalens indvirkning på markedet med henblik på at klarlægge forekomsten af en konkurrencebegrænsning”*, jf. forslag til afgørelse af 5. oktober 2022 i sag C-298/2, Banco BPN, EU:C:2023:738, betragtning 42 og 45.

Konkurrencerådet gør gældende, at der er foretaget en fuldt ud tilstrækkelig analyse, og at det konkurrencebegrænsende formål i denne sag understøttes af den retlige og økonomiske sammenhæng, som informationsudvekslingen indgik i. Der henvises nærmere til afgørelsernes afsnit 4.3.3.3.3.

Detailmarkedet for beklædningsgenstande kendetegnes bl.a. ved tilstedeværelsen af både selvstændige forhandlere og vertikalt integrerede forhandlere, samt ved at markedsudviklingen har ført til flere udsalgsbegivenheder i løbet af sæsonen, hvor der tidligere blot var to faste udsalgsperioder (sommer- og vinterudsalg). Både tilstedeværelsen af vertikalt integrerede forhandlere og flere udsalgsbegivenheder i løbet af sæsonen har ført til et øget konkurrencepres på de selvstændige forhandlere. Den konkrete informationsudveksling mellem Hugo Boss og Kaufmann henholdsvis Ginsborg var egnet til at imødegå dette konkurrencepres, idet oplysningerne navnlig angik de planlagte priser, rabatter og mængder ved fremtidige udsalg i løbet af sæsonen hos Hugo Boss, der er en vertikalt integreret forhandler. Hertil kommer, at informationsudvekslingen angik spørgsmål om pris, der er et meget væsentligt konkurrenceparameter.

Det forhold, at parterne samtidig indgår i en vertikal relation og lovligt kan udveksle oplysninger, der angår forholdet som leverandør og kunde på engrosmarkedet, ændrer ikke på, at virksomhederne er horisontale konkurrenter på detailmarkedet, at informationsudvekslingen efter oplysningernes indhold og karakter angik dette konkurrenceforhold, og at informationsudvekslingen dermed var objektivt egnet til at begrænse konkurrencen. Dermed understøtter den retlige og økonomiske sammenhæng informationsudvekslingens konkurrencebegrænsende formål.

Selv hvis Hugo Boss og Kaufmann henholdsvis Ginsborg ikke måtte have haft en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, kan det ikke ændre på, at informationsudvekslingen efter en objektiv vurdering har til formål at begrænse konkurrencen. Parternes subjektive hensigt er således ifølge fast retspraksis ikke afgørende for konstateringen af et konkurrencebegrænsende formål, jf. den i punkt 5.3.1 omtalte retspraksis.

Det er på den baggrund uden betydning, om den samordnede praksis eventuelt *også* måtte forfølge andre formål, herunder om optimering af indkøb og salg i den vertikale relation. Det forhold, at oplysninger angående det horisontale forhold eventuelt kan være *nyttige* for virksomhedernes

vertikale samarbejde, kan således ikke begrunde, at der legitimt kan udveksles oplysninger om planlagte priser, rabatter og mængder, der efter deres indhold og karakter entydigt angår det *horisontale* konkurrenceforhold. Det forhold, at Hugo Boss anfører, at informationsudvekslingen skulle være udtryk for "*sædvanlig samhandelspraksis i modeindustrien*" kan heller ikke føre til, at informationsudvekslingen ikke har til formål at begrænse konkurrencen, jf. bl.a. Domstolens dom af 17. januar 1984 i de forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB & VBBB, EU:C:1984:9, præmis 40 (**MS, s. 388**), hvor Domstolen udtalte, at private virksomheders praksis "*ikke kan være bindende for anvendelsen af traktatens konkurrenceregler*".

Det kan heller ikke føre til et andet resultat, at informationsudvekslingen alene angik oplysninger om Hugo Boss' planlagte adfærd og dermed kun gik den ene vej, jf. Rettens dom af 12. juli 2001 i de forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle, EU:T:2001:185, præmis 54 (**MS, s. 402**) (Rettens dom er senere opretholdt ved Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-359/01 P, EU:C:2004:255), og Rettens dom af 15. marts 2000 i sag T-25/95, Cimenteries, EU:T:2000:77, præmis 1849 (**MS, s. 414**) (Rettens dom er senere på de relevante punkter opretholdt ved Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-359/01 P, EU:C:2004:255).

Det følger i den forbindelse af fast retspraksis, at en konkurrent, der modtager strategiske oplysninger, formodes at acceptere og tage hensyn til disse ved fastlæggelsen af sin adfærd på markedet, jf. f.eks. Domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-199/92 P, Hüls, EU:C:1997:358, præmis 162 (**MS, s. 382**), og Domstolens dom af 19. marts 2015 i sag C-286/13, Dole Food, EU:C:2014:2437, præmis 127 (**MS, s. 300**). En virksomhed, der deler strategiske oplysninger med en konkurrent, kan have en begrundet forventning om, at konkurrenten tilrettelægger sin adfærd under hensyn til oplysningerne. Virksomhederne har bevisbyrden for at gendrive denne formodning, jf. nærmere Konkurrencerådets afgørelse, punkt 471ff, og Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag C-8/08, T-Mobile, EU:C:2009:343, præmis 51 og 53 (**MS, s. 334f**).

Domstolen har ligeledes allerede fastslået, at en virksomheds passive deltagelse i en overtrædelse, uden at virksomheden klart tager afstand herfra, indebærer en medvirken, som er ansvarspådragende i henhold til TEUF artikel 101, jf. Domstolens dom af 21. januar 2016 i sag C-74/14, Eturas, EU:C:2016:42, præmis 28 (**MS, s. 274**). Dette fordi den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ virker som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelsen og hindrer, at den bliver opdaget.

At informationsudvekslingen kun gik den ene vej skal derudover ses i lyset af, at Kaufmann og Ginsborg *også* optræder i en vertikal kunderelation til Hugo Boss. Denne omstændighed medfører, at Hugo Boss har en interesse i at dele strategiske oplysninger om sin planlagte adfærd på detailmarkedet med Kaufmann og Ginsborg for at bevare dem som engroskunder, selv om Kaufmann og Ginsborg ikke deler egne oplysninger som modydelse. Dette

bekræftes også af Kaufmanns udsagn, hvorefter informationsudvekslingen skal ses i lyset af, at vertikalt integrerede virksomheder har påført de selvstændige forhandlere en øget priskonkurrence "og samtidig gerne vil gøre deres uafhængige detailhandlere glade", jf. referat af møde den 9. maj 2019 mellem Kaufmann og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (bilag 1(3) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 75 (**EKS HB 2, s. 597**), og bilag 2(3) i sag 30782/2021-SHR, s. 75 (**EKS K 2, s. 455**)). (vores understregning).

Det bemærkes herudover, at oplysningerne i flere tilfælde blev udvekslet efter anmodning fra Kaufmann henholdsvis Ginsborg.

Kaufmann gør gældende, at det ikke er bevist, at Kaufmann rent faktisk brugte eller kunne bruge oplysningerne, herunder til at justere sin prissætning. Udover det ovenfor anførte, skal det fremhæves, at det for en samordnet praksis, som har til formål at begrænse konkurrencen, ikke er nødvendigt at undersøge aftalens sandsynlige negative virkninger for konkurrencen nærmere (dvs. det er uden betydning, om en skade på konkurrencen faktisk indtræder, herunder omfanget af skaden), jf. punkt 5.3.1 ovenfor. Det er endvidere ikke nødvendigt, at der foretages en egentlig undersøgelse af de kontrafaktiske begivenheder, der ville være indtruffet uden den omtvistede den samordnede praksis (det kontrafaktiske scenarie), jf. Domstolens dom af 25. marts 2021 i sag C-591/16 P, Lundbeck, EU:C:2020:428, præmis 139ff (**MS, s. 241f**), og Domstolens dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, Budapest Bank, EU:C:2020:265, præmis 55 og 75 (**MS, s. 247 og 250**).

Kaufmann anfører videre, at det skal inddrages i vurderingen af informationsudvekslingen, at den samlet set havde konkurrencefremmende virkninger. Hertil bemærkes, at eventuelle konkurrencefremmende virkninger – om overhovedet – i al fald kun kan inddrages i vurderingen af, om en samordnet praksis må antages at have til formål at begrænse konkurrencen, hvis effekterne er (i) konstaterede, (ii) relevante, (iii) specifikke for den omhandlede aftale og (iv) tilstrækkeligt betydelige til at så reel tvivl om, at aftalebestemmelsen, som efter sin art er egnet til at begrænse konkurrencen, alligevel ikke er det, jf. Domstolens dom af 30. januar 2020 i sag C-307/18, Generics, EU:C:2020:52, præmis 105 og 107 (**MS, s. 267**). Der skal i den forbindelse ikke foretages en vurdering af den samordnede praksis' samlede virkning for konkurrencen, hvor eventuelle konkurrencefremmende virkninger afvejes mod eventuelle negative virkninger for konkurrencen.

Ingen af de angivne betingelser er konkret opfyldt, herunder idet der ikke er dokumenteret nogen form for gavnlige virkninger af den horisontale informationsudveksling. Østre Landsrets dom af 12. marts 2021 i sag BS-28455/2019-OLR (HMN Naturgas I/S-sagen) viser i den forbindelse, at eventuelle konkurrencefremmende virkninger i en vertikal relation, som det klare udgangspunkt, er uden betydning for, om en samtidig indgået konkurrencebegrænsende horisontal aftale har til formål at begrænse konkurrencen.

Endelig gør Kaufmann gældende, at konkurrencemyndighederne skal foretage en kontekstanalyse med henblik på at analysere den retlige og økonomiske kontekst, som informationsudvekslingen er foretaget i. Kaufmann anfører, at kontekstanalysen er mere vigtig i et scenarie, hvor informationsudvekslingen er sket i et parallelt distributionssystem, da parterne i et parallelt distributionssystem både har en horisontal og vertikal relation.

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har foretaget en sådan kontekstanalyse. Som beskrevet udførligt i nærværende punkt 5.3.4, punkt 4.3.3 i svarskriftet samt afgørelsens punkt 4.3.3.3.1, har konkurrencemyndighederne for det første vurderet og konkluderet, at den samordnede praksis angår parternes horisontale forhold som konkurrenter. For det andet har Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet foretaget en konkret og grundig vurdering af karakteren af de udvekslede oplysninger, og fundet, at de var strategiske, individualiserede og fremtidige. For det tredje har Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet i lyset af de disse forhold foretaget en samlet vurdering af den samordnede praksis' indhold og formål samt den retlige og økonomiske kontekst, som den samordnede praksis indgik i.

Konkurrencemyndighederne har i den forbindelse fuldt ud inddraget parternes synspunkter om betydningen af parallel distribution, men har fundet, at den vertikale relation ikke kan ændre på vurderingen af, at informationsudvekslingen har haft til formål at begrænse konkurrencen, idet oplysningerne om fremtidige priser, rabatter og mængder i Hugo Boss' detailbutikker ikke konkret efter deres objektive indhold og karakter angik parternes vertikale forhold, men derimod parternes horisontale forhold som indbyrdes konkurrenter, jf. nærmere punkt 5.3.2 ovenfor.

5.3.4.5 Skønserklæringerne ændrer ikke på, at informationsudvekslingen har til formål at begrænse konkurrencen

Hugo Boss og Kaufmann gør gældende, at skønserklæringerne understøtter, at de udvekslede oplysninger ikke konkret var egnede til at koordinere parternes adfærd og havde meget begrænset værdi for parterne. Som det allerede fremgår ovenfor, må udveksling mellem konkurrenter af den type oplysninger, der er omhandlet i sagen (dvs. priser og mængder) generelt set anses for så skadelig for konkurrencen, at udvekslingen vil have til formål at begrænse konkurrencen. En skønsmands udtalelser herom kan ikke ændre på dette, idet spørgsmålet udelukkende skal afgøres efter de i retspraksis fastlagte kriterier herfor.

Skønserklæringerne hviler endvidere på en række antagelser om, hvad der kan være interesse i at udveksle information om. Antagelserne er dog i klar modstrid med konkurrencereglerne.

Skønsmanden anfører f.eks. i svaret på spørgsmål 8-10 i Kaufmann-erklæringen (EKS HB 2, s. 510f og 514f, og EKS K 1, s. 342f og 346f), at det kan

have interesse at koordinere vareudbuddet og mark up på priserne, ligesom der i svaret på spørgsmål 13 henvises til en aftale ("*... den uskrevne (eller måske aftalte) kutyme [...]*") om ikke at nedsætte NOS-varer, hvilket som det klare udgangspunkt vil være i strid med konkurrencelovens § 6 (og TEUF artikel 101 ved samhandelspåvirkning). Dertil kommer, at de konkrete svar, som Hugo Boss og Kaufmann henviser til, ikke kan udlægges på den måde, som parterne gør.

Det kan således ikke, som ellers anført af Hugo Boss og Kaufmann, med henvisning til bl.a. svaret på spørgsmål 8 og 10 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 510f og 514f, og EKS K 1, s. 342f og 346f) og spørgsmål 5 i Hugo Boss' skønserklæring (EKS HB 2, s. 485, og EKS K 1, s. 369), ændre på informationsudvekslingens konkurrencebegrænsende formål, at forhandlerne måtte have en økonomisk interesse i at få indblik i leverandørens påtænkte ageren i rollen som konkurrent, da det kan påvirke markedsf forholdene – tværtimod underbygger dette det problematiske i informationsudvekslingen.

Det fremgår desuden ikke af svaret på ovennævnte spørgsmål eller svaret på spørgsmål 5 i Hugo Boss' skønserklæring (EKS HB 2, s. 485, og EKS K 1, s. 369), at det angiveligt er nødvendigt for den vertikale relation, at der udveksles strategiske oplysninger af den karakter, som parterne rent faktisk har udvekslet.

Skønsmanden anfører tværtimod i svaret på spørgsmål 9 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 512f, og EKS K 1, s. 344f), at en leverandør i et parallelt distributionssystem kan håndtere balancen mellem at være leverandør og konkurrent til sine forhandlere ved hjælp af bl.a. "*Løbende dialog mellem parterne, og herunder overordnet informationsudveksling vedrørende planlagte kampagner/temaer i leverandørens årshjul [...]*", herunder "*løbende korrespondance om planlagte aktiviteter, så som timing af udsalg [...]*", men ikke konkrete priser og mængder.

I samme retning peger skønsmandens svar på spørgsmål 10 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 514f, og EKS K 1, s. 346f) samt svar på spørgsmål 6 i Hugo Boss' skønserklæring (EKS HB 2, s. 486f, og EKS K 1, s. 370f), hvor der ifølge skønsmanden i forbindelse med indkøb af sæsonvarer 6-8 måneder før sæsonstart i forbindelse med planlagte marketingkampagner eventuelt oplyses om "*datoer for planlagte sæsonudsalg*", hvilket dog "*langt fra alle leverandører [...] vil/kan oplyse*". Igen nævner skønsmanden ikke konkrete priser og mængder.

Endelig er skønsmanden i spørgsmål 12-14 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 518ff, og EKS K 1, s. 350ff) blevet bedt om at forholde sig til værdien af informationsudvekslingen under flere specifikke forudsætninger om oplysningernes karakter og markedsf forholdene i øvrigt, herunder at der er begrænset overlap i de varer, som Hugo Boss og Kaufmann fører.

Forudsætningerne er ikke retvisende for karakteren af den udvekslede information, ligesom de bygger på en forkert opfattelse af, hvad der er konkurrenceretligt relevant. Som anført ovenfor, er det uden betydning for den konkurrenceretlige vurdering af, om oplysningerne er egnet til at begrænse konkurrencen, at der *viste sig* at være begrænset overlap eller var begrænset påvirkning. Afgørende er alene om oplysningerne rent faktisk muliggjorde en koordinering af parternes adfærd som konkurrenter og dermed var egnet til at begrænse konkurrencen. Det er ikke afgørende, om konkurrenterne faktisk anvendte oplysningerne.

Det forhold, at Kaufmann eller Ginsborg angiveligt allerede inden informationsudvekslingen måtte have fastlagt en pris- og udsalgsstrategi om at deltage i mange eller få tilbudskampagner, er af samme grund irrelevant for vurderingen af, om en adfærd har til formål at begrænse konkurrencen. Det er ikke en del af kontekstanalysen, som kan føre til, at en aftale/samordnet praksis ikke har til formål at begrænse konkurrencen, men tværtimod et udslag af den adfærd, som virksomheder selv skal fastlægge på markedet.

Kaufmanns bemærkninger, om, at Kaufmann ikke *brugte* oplysningerne, idet deres strategi for deltagelse i udsalg og tilbudskampagner lå fast, er allerede af den grund uden betydning for sagen. De udvekslede oplysninger var omfattende og angik konkret planlagte priser, rabatter og mængder. Disse oplysninger er efter fast retspraksis egnede til at reducere den strategiske usikkerhed, som Kaufmann og Ginsborg under normale konkurrencevilkår ville være underlagt. Informationsudvekslingen angik altså utvivlsomt flere væsentlige konkurrenceparametre vedrørende en konkurrent, og oplysningerne medførte, at Kaufmann og Ginsborg *kunne* tilrettelægge deres markedsadfærd under hensyn til disse oplysninger.

De udvekslede oplysninger var nyttige for Kaufmann og Ginsborg, og gav virksomhederne en konkurrencemæssig fordel, uanset hvad Kaufmanns og Ginsborgs strategi aktuelt måtte have været, før de modtog oplysningerne, og uanset om de efterfølgende valgte at ændre denne strategi. Kaufmann og Ginsborg *kunne* således bruge oplysningerne til at vurdere, om Kaufmann og Ginsborg skulle holde fast i sin hidtidige pris- og udsalgsstrategi, eller om det ville være en fordel at ændre strategi eller adfærd, herunder ved f.eks. at holde færre udsalg, sætte færre varer på udsalg, have lavere udsalgsrabatter eller i stedet give gratis varer med i købet til kunderne.

Konkurrencerådet bemærker, at detailforhandlernes pris- og udsalgsstrategier i sagens natur kan forandres over tid, hvilket konkret også er sket for Kaufmann, der siden 2013 har deltaget i Black Friday tilbudskampagner, jf. Kaufmanns replik, punkt. 2.1.3, og svaret på spørgsmål 7 i skønserklæringen til Kaufmann (EKS HB 2, s. 488, og EKS K 1, s. 372). Her fremgår det, at tendensen helt overordnet går i retning af, at det bliver sværere for forhandlerne at holde fast i få tilbudskampagner, da markedsudviklingen går mod mere dynamisk prissætning og løbende prisjusteringer i et mere og mere transparent marked.

Som det allerede fremgår ovenfor, er der i bl.a. spørgsmål 12 og 14 i Kaufmanns skønserklæring (**EKS HB 2, s. 518f og 521f, og EKS K 1, s. 350f og 353f**) en indlagt forudsætning for skønsmandens besvarelse, at der alene var et meget begrænset overlap mellem varerne omfattet af Hugo Boss' tilbudskampagne og Kaufmanns aktuelle beholdning af Hugo Boss-varer. Oplysningen om det begrænsede overlap kendte Kaufmann ikke på forhånd. Således kunne Kaufmann eksempelvis ikke på forhånd vide, at Kaufmann havde blot 7 af de ca. 562 vareartikler i Hugo Boss' Black Friday 2017 tilbudskampagne i sit eget sortiment, men Kaufmann fik derimod gennem modtagelsen af den specifikke liste over rabatterede varer vished for, at der var et yderst begrænset overlap og dermed, at en lang række af Kaufmanns varer netop *ikke behøvede* at blive omfattet af Kaufmanns Black Friday tilbudskampagne med henblik på at matche Hugo Boss' priser i Magasin. Derved ligger der en forkert faktisk forudsætning til grund for skønsmandens vurdering ifølge hvilken, visse af de udvekslede oplysninger blot havde en "ubetydelig" eller "meget begrænset" værdi for Kaufmann. Desuden bemærkes, at de i spørgsmål 14 omhandlede oplysninger i Hugo Boss' Black Friday 2017 kampagne blev fremsendt "som lovet", hvilket kunne indikere, at Kaufmann havde efterspurgt de pågældende oplysninger.

Konkurrencerådet bemærker, at den udvekslede information om, hvad Hugo Boss rent faktisk *ville* gøre, også indirekte giver information om, hvad Hugo Boss *ikke* ville gøre, jf. også punkt 446 i afgørelsen af 24. juni 2020 vedr. Hugo Boss og Kaufmann (bilag 1 i sag BS-30903/2021-SHR (**EKS HB 1, s. 177**), og bilag 2 i sag BS-30782/2021-SHR (**EKS K 1, s. 133**)). Det er herved ubestridt, at Hugo Boss direkte og indirekte har oplyst Kaufmann om planlagte priser, rabatter og i nogle tilfælde også mængder ved fremtidige udsalg i Hugo Boss' detailbutikker. Kaufmann har dermed også fået indsigt i hvilke varer/kollektioner, Hugo Boss *ikke* ville reducere prisen på i kommende udsalg og dermed sælge til fuld pris, samt hvornår Hugo Boss *ikke* ville holde udsalg og dermed sælge sine varer til fuld pris. Kaufmann kan dermed bruge informationen til at vurdere, hvilke varer Kaufmann kan sælge til fuld pris, uden at skulle bekymre sig om at blive mødt af (frustrerede) kunder, som ønsker at returnere varen, fordi varen kan købes til nedsat pris i Hugo Boss' detailbutikker. Dermed er den strategiske usikkerhed angående prissætningen, som Kaufmann ellers normalt ville skulle agere under ved fastlæggelsen af sin adfærd på markedet, blevet fjernet eller reduceret.

Hvad angår den i skønsmandens svar på spørgsmål 12 i Kaufmanns skønserklæring (**EKS HB 2, s. 519, og EKS K 1, s. 351**) af skønsmanden indlagte forudsætning om, at det meste af informationen var "offentlig kendt" eller "kom relativt sent" (formentlig i relation til den af skønsmanden i svaret på spørgsmål 6 opstillede "frist"), skal det for det første fremhæves, at det, som anført gentagne gange af Konkurrencerådet, er faktisk forkert, at det meste af informationen var offentligt kendt, jf. også punkt 5.3.3.4 ovenfor.

Konkurrencerådet bestrider endvidere for det andet, at oplysningerne kom så sent, at de ikke kunne anvendes af forhandlerne i den horisontale relation. Kaufmann *har* i langt de fleste tilfælde af informationsudveksling *kunne* bruge oplysningerne i *den horisontale relation*, da oplysningerne var fremsendt tidnok hertil, jf. støttebilag A og B. Dette gælder også selv ift. den af skønsmanden konkurrenceretligt irrelevante og uden nærmere begrundelse opstillede "frist" på 5-14 dage før kampagnestart nævnt i svaret på spørgsmål 6 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 507, og EKS K 1, s. 339). I øvrigt kunne Kaufmann *ikke nødvendigvis* bruge oplysningerne i *den vertikale relation* med henblik på at indrette sine indkøb af varer for den kommende sæson, da oplysningerne var fremsendt for sent ift. beslutningen om indkøb af sæson-varer, der træffes 6-8 måneder før sæsonstart, jf. svaret på spørgsmål 10 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 514f, og EKS K 1, s. 346f).

Kun i nogle få tilfælde af informationsudveksling kom oplysningerne senere end 5 dage før de omfattede tilbudskampagner, men i langt de fleste tilfælde stadig på tidspunkter, hvor Kaufmann og Ginsborg havde mulighed for at planlægge deres eventuelle udsalg, herunder udsalgsvarer og udsalgspriser, under hensyntagen til oplysningerne. For så vidt angår disse tilfælde, anfører skønsmanden i øvrigt, at "fristen" er noget kortere i forhold til en forhandlers beslutning om, hvilke varer der skal sælges med samme rabat som Hugo Boss, jf. skønsmandens svar på spørgsmål 6 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 507, og EKS K 1, s. 339), hvoraf fremgår at "[s]åfremt budskabet er mere generelt såsom 30% rabat på udvalgte produkter, kan forhandleren i princip vente til dagen før, da varerne jo således blot skal præsentere rabatten i butik [...]". (vores understregning).

Selv under de angivne forkerte forudsætninger i skønstemaet viser skønsmandens svar på flere af spørgsmålene derudover konkret, at informationsudvekslingen var egnet til at påvirke konkurrencen.

Eksempelvis hedder det i skønsmandens svar på spørgsmål 12 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 519, og EKS K 1, s. 351), hvori skønsmanden skal vurdere, om information om konkurrenters fremtidige tilbudskampagner kan have værdi for en forhandler, at jo mere detaljeret og jo tidligere informationen er, jo mere velegnet er informationen som en del af beslutningsgrundlaget. Skønsmanden fortsætter: "*hvis oplysningerne desuden er specifikke på produktniveau, giver det naturligvis forhandleren mulighed for at tilpasse sine priser til konkurrenten*".

Skønsmanden henviser i svaret på spørgsmål 14 i Kaufmanns skønserklæring (EKS HB 2, s. 521f, og EKS K 1, s. 353f) til det ad spørgsmål 12 anførte og svarer derefter i til relation Black Friday i 2016 og 2017 (og under de tidligere omtalte specifikke forudsætninger), at:

"[...] det kunne potentielt have en vis værdi at kende til "niveau" på rabatterne og hvor mange varer som er inkluderet, da det kan indikere, hvor stærk og hermed trafikskabende kampagnen er. Hermed kunne informationen potentielt være en del af beslutningsgrundlaget til, hvilket rabatniveau og hvilke varer Kaufmann selv skulle have på Black Friday kampagnen.

[...]

Den specifikke liste med rabatterede varer giver Kaufmann mulighed for at justere priser, så de matcher Hugo Boss priserne i Magasin, men da der blot er 7 overlappende produkter, er værdien af denne information meget begrænset.

[...]

Så min konklusion på spørgsmål 14 er, at den type information som Hugo Boss har givet til Kaufmann i forbindelse med Black Friday 2016 og 2017 potentielt kunne have en vis værdi for Kaufmann i forhold til at fastlægge tilbudsstrategi for Black Friday." (vores understregning).

Skønsmandens erklæringer understøtter dermed, at informationsudvekslingen potentielt var egnet til at koordinere parternes adfærd.

For så vidt angår de "blot 7 overlappende produkter", hvor skønsmanden vurderer, at værdien er meget begrænset, bemærker Konkurrencerådet, at skønsmanden tilsyneladende ikke har forholdt sig til værdien af, at Kaufmann fik *vished for*, at en lang række af Kaufmanns varer ikke behøvede at blive omfattet af Kaufmanns Black Friday tilbudskampagne med henblik på at matche Hugo Boss' priser i Magasin.

I forlængelse heraf kan der i øvrigt henvises til en mailkorrespondance af 9. oktober 2017-12. oktober 2017 mellem Kaufmann og Hugo Boss, hvori Hugo Boss anmoder om oplysninger vedrørende Black Friday hos Kaufmann:

"Hej [Kædedirektør i Kaufmann]

Håber alt er super of varerne flyver ud af butikken, havde et spørgsmål ang black Friday, hvad kommer I at gøre ? , skal nok komme tilbage med vores planer så snart jeg har fået det confirmeret fra [F] . / ha en super dag mvh

*[Senior sales manager i HUGO BOSS]". (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 48 (**EKS HB 2, s. 578**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 48 (**EKS K 2, s. 428**)).*

Kædedirektør i Kaufmann videresendte samme dag, den 9. oktober 2017, mailen til Administrerende direktør i Kaufmann og skrev:

*"HA HA DE BLIVER VED MED AT SPØRGE". (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 48 (**EKS HB 2, s. 578**), og bilag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 48 (**EKS K 2, s. 428**)).*

Af mail den 12. oktober 2017 svarede Kædedirektør i Kaufmann Senior sales manager i Hugo Boss følgende:

*"HEY [Senior sales manager i HUGO BOSS].
DET ER VI IKKE FÆRDIGE MED AT SNAKKE OM, DET ER EN JUNGLE,
ALLE I BRANCHEN ER I VILDREDE---INCL OS.
VI VIL HELST LADE VÆRE, SOM FLERE ANDRE OGSÅ UDTRYKKER
DET, TROR VI TAGER MÅSKE FØRST STILLING TIL DET I UGEN OP-
TIL..."* (bilag 1(1) i sag BS-30903/2021-SHR, s. 49 (**EKS HB 2, s. 579**), og bi-
lag 2(1) i sag BS-30782/2021-SHR, s. 49 (**EKS K 2, s. 429**)).

Dette viser, at Kaufmann ikke havde taget endelig stilling til sin adfærd inden udvekslingen af oplysningerne, idet Kaufmann først vil tage stilling til Black Friday i ugen op til. Korrespondancen bekræfter også, at de faktiske omstændigheder i sagen adskiller sig fra skønsmandens svar på spørgsmål 14 i Kaufmanns skønserklæring (**EKS HB 2, s. 521f, og EKS K 1, s. 353f**), hvor skønsmanden udtaler, at det i hans øjne ikke er sandsynligt at justere kampagnen 3 henholdsvis 5 dage før afholdelsen. Yderligere kan det af korrespondancen udledes, at det er muligt for Kaufmann endeligt at fastlægge udsalgsstrategien meget tæt på selve afholdelsen af udsalget.

5.4 Informationsudvekslingen er ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse og opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse

Hugo Boss og Kaufmann gør gældende, at parterne lovligt har udvekslet oplysninger som led i et parallelt distributionssystem omfattet af artikel 2, stk. 4, litra a, i den vertikale gruppefritagelse.

Konkurrencerådet bestrider ikke, at parterne har indgået i et vertikalt forhold (parallel distribution), der kan være omfattet af den vertikale gruppefritagelses anvendelsesområde, og at der efter omstændighederne kan være et vist behov for at udveksle informationer til brug for håndteringen af denne lovlige vertikale relation som leverandør og forhandler. Dette forhold bevirker imidlertid ikke, at Hugo Boss' og Kaufmanns udveksling af oplysninger, om det indbyrdes horisontale konkurrentforhold, er omfattet af den vertikale gruppefritagelse.

Det skal for en ordens skyld bemærkes, at sagen skal vurderes efter den vertikale gruppefritagelse fra 2010, og de dertil knyttede retningslinjer, også fra 2010. Dette gælder uanset, at der den 1. juni 2022 trådte en ny gruppefritagelsesforordning og dertil hørende nye retningslinjer for vertikale begrænsninger i kraft, som bl.a. konkret forholder sig nærmere til parallelle distributionssystemer. Hverken den dagældende gruppefritagelsesforordning eller den nye "lovliggør" imidlertid direkte informationsudveksling mellem konkurrenter i deres horisontale forhold.

Det klare udgangspunkt efter artikel 2, stk. 4, i den vertikale gruppefritagelse, er, at vertikale aftaler mellem konkurrenter er udelukket fra gruppefritagelses anvendelsesområde, jf. bl.a. retningslinjerne for vertikale begrænsninger, punkt 212, fodnote 1, hvorefter følgende fremgår:

"Direkte informationsudveksling mellem konkurrenter er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen, jf. forordningens artikel 2, stk. 4, og disse retningslinjers afsnit [(punkt)] (27) og (28)". (MS, s. 99)

Dette klare udgangspunkt underbygges af punkt 12 i Kommissionens horisontale retningslinjer.

Artikel 2, stk. 4, litra a, indeholder en undtagelse til dette udgangspunkt for så vidt angår tilfælde, hvor konkurrenter indgår i et parallelt distributions-system og indgår i en ikke-gensidig vertikal aftale. Det fremgår i den forbindelse af den vertikale gruppefritagelses artikel 1, stk. 1, litra a, at gruppefritagelsen alene omfatter de dele af et parallelt distributionssystem, der relaterer sig til det vertikale forhold mellem parterne, og at to betingelser skal være opfyldt for, at en aftale anses for at være vertikal:

"aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester". (MS, s. 23).
(vores understregning).

Der er tale om kumulative betingelser. Den første betingelse indebærer, at det ikke er tilstrækkeligt, at parterne generelt opererer i forskellige omsætningsled. De skal operere i forskellige omsætningsled i forhold til den konkrete samordnede praksis.

Den anden betingelse angår indholdet af den pågældende praksis. Denne betingelse indebærer, at en aftale ikke automatisk anses som en vertikal aftale omfattet af gruppefritagelsen, blot fordi den er indgået mellem virksomheder, der (også) opererer i forskellige omsætningsled, og i den forbindelse har indgået en vertikal aftale. Betingelsen er uddybet i Kommissionens vertikale retningslinjer, punkt 25, litra d, der lyder, som følger:

"Der er her tale om aftaler, som vedrører betingelserne for køb, salg eller videresalg af varer eller tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og/eller betingelserne for køberens salg af de varer eller tjenesteydelser, hvori ovennævnte varer eller tjenesteydelser indgår." (MS, s. 93) (vores understregning)

Ingen af de to betingelser i artikel 1, stk. 1, litra a, er opfyldt i relation til de udvekslinger af oplysninger, der er sket mellem Hugo Boss og Kaufmann henholdsvis Ginsborg. Informationsudvekslingen angår, som det fremgår af punkt 5.3.2 ovenfor, det horisontale konkurrentforhold mellem parterne. Den samordnede praksis er derfor ikke omfattet af gruppefritagelsen, men skal vurderes som en horisontal samordnet praksis efter konkurrencelovens § 6, og TEUF artikel 101, jf. nærmere punkt 5.3.

I forlængelse heraf kan det fremhæves, at en ekspertgruppe nedsat af Kommissionen i forbindelse med evalueringen af gruppefritagelsen har tilsluttet

sig Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets konklusion om, at den vertikale gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse på informationsudvekslingen i denne sag, jf. Stephanie Pautke og Jörg-Martin Schultze, Expert Report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation, Information exchange in dual distribution, Final report, European Commission, Directorate-General for Competition, side 14, hvor følgende fremgår (citatet findes kun på engelsk):

“In our view, the decisions in Hugo Boss are in line with the VBER exemption mechanism. As explained above, for dual distribution scenarios within the scope of the VBER, the current rule is that all restrictions of competition other than hard-core restrictions are exempted. However, if restrictions are not restrictions in a vertical agreement and thus not vertical restraints but are being implemented only with respect to the competing activities on the (horizontal) retail level between (i) the supplier and its distributors or (ii) between distributors, the exemption mechanism of the VBER is not available as the VBER fails to apply. This general principle is also outlined in par. 212 Vertical Guidelines, Footnote 1, albeit not in connection with dual distribution scenarios (see under 3.1, below).” (MS, s. 111) (vores understregninger)

Den samordnede praksis vil i øvrigt heller ikke være omfattet af den nugældende vertikale gruppefritagelse, idet denne ifølge de nye retningslinjers punkt 96 kun omfatter informationsudveksling i parallel distribution, der er (i) direkte forbundet med gennemførelsen af den vertikale aftale, og (ii) nødvendig for at forbedre produktionen eller distributionen af aftaleprodukterne:

“Udveksling af oplysninger kan bidrage til vertikale aftalers konkurrencefremmende virkninger, herunder optimering af produktions- og distributionsprocesserne. Dette gælder også i tilfælde af parallel distribution. Det er imidlertid ikke al udveksling af oplysninger mellem en leverandør og en køber i tilfælde af parallel distribution, der skaber effektivitetsgevinster. Derfor fastsættes det i artikel 2, stk. 5, i forordning (EU) 2022/720, at fritagelserne i artikel 2, stk. 4, litra a) og b), ikke finder anvendelse på udveksling af oplysninger mellem en leverandør og en køber, når denne udveksling enten ikke er direkte forbundet med gennemførelsen af den vertikale aftale eller ikke er nødvendig for at forbedre produktionen eller distributionen af aftalevarerne eller -tjenesterne, eller når den ikke opfylder nogen af disse betingelser. Forordningens artikel 2, stk. 5, og vejledningen i punkt (96)-(103) vedrører alene udveksling af oplysninger i situationer med parallel distribution, dvs. udveksling af oplysninger mellem parterne i en vertikal aftale, som opfylder betingelserne i forordningens artikel 2, stk. 4, litra a) eller b).” (MS, s. 64) (vores understregning)

Af retningslinjernes punkt 100 fremgår en liste over de former for information, der efter Kommissionens opfattelse normalt ikke opfylder de to betingelser (jf. ovenfor), når de udveksles mellem en leverandør og en køber i en situation med parallel distribution, og som dermed ikke omfattes af den nugældende vertikale gruppefritagelsesforordning. Listen omfatter bl.a.:

“(a) Oplysninger vedrørende de fremtidige priser, som leverandøren eller køberen agter at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne til i efterfølgende led. [...]” (MS, s. 66)

Informationsudveksling om fremtidige priser falder dermed i den kategori af oplysninger, som ifølge Kommissionen generelt set ikke er direkte forbundet med gennemførelsen af den vertikale aftale og/eller nødvendige at udveksle for at forbedre produktionen eller distributionen af aftalevarerne.

Informationsudvekslingen opfylder heller ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3. Der henvises i det hele taget til afgørelsernes afsnit 4.4.2 (bilag 1 i sag BS-30903/2021-SHR (EKS HB 1, s. 188ff) og bilag 2 i sag BS-30782/2021-SHR (EKS K 1, s. 144ff), samt bilag 2 i sag BS-30903/2021-SHR (EKS HB 1, s. 292ff)).

5.5 Om konkurrencemyndighedernes sagsoplysning

Kaufmann gør gældende, at konkurrencemyndighederne har forsømt at belyse sagen tilstrækkeligt, herunder relation til oplysningernes egnethed til at begrænse konkurrencen og betydningen af parternes vertikale relation. Indsigelsen er reelt sammenfaldende med det materielle anbringende om, at vurderingen af den samordnede praksis ikke har taget fornødent hensyn til den retlige og økonomiske kontekst, som samordningen er foretaget i, idet Hugo Boss og Kaufmann har indgået lovlige aftaler om parallel distribution, og at den udvekslede information har været relateret til dette lovlige samarbejde.

Der henvises derfor til det ovenfor anførte, hvoraf fremgår, at konkurrencemyndighederne fuldt ud har inddraget synspunkterne om betydningen af parallel distribution, men har fundet, at den vertikale relation ikke kan føre til en ændret vurdering af, at informationsudvekslingen har haft til formål at begrænse konkurrencen.

...

Rettens begrundelse og resultat

Sagen er en prøvelse af kendelse af 23. juni 2021 fra Konkurrenceankenævnet, hvorved ankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2020 om, at Hugo Boss og Kaufmann havde overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved i perioden fra den 28. januar 2014 til den 30. november 2017 at have indgået en samordnet praksis om udveksling af informationer om priser, rabatter og/eller mængder i forbindelse med fremtidige udsalg.

Af de nævnte bestemmelser fremgår, at det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Forbuddet gælder også for samordnet praksis mellem virksomheder.

Rettens prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse og Konkurrencerådets underliggende afgørelse omfatter efter retspraksis fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen, mens tilsidesættelse af vurderinger, der i det væsentlige bygger på et konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag.

Hugo Boss og Kaufmann indgår i et parallelt distributionssystem, idet Hugo Boss både er producent og leverandør af beklædningsgenstande af mærket Hugo Boss til Kaufmann i et vertikalt samarbejdsforhold og samtidig har salg fra egne butikker af samme beklædningsgenstande, således at de også er konkurrenter i detailhandlen på et horisontalt niveau.

For Sø- og Handelsretten drejer sagen sig navnlig om, hvorvidt den omtvistede informationsudveksling mellem Hugo Boss og Kaufmann var en samordnet praksis af horisontal eller vertikal karakter, og om den samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen. Desuden er der spørgsmål om, hvorvidt Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har begået sagsbehandlingsfejl.

Det første spørgsmål i sagen er herefter, om den omtvistede informationsudveksling mellem Hugo Boss og Kaufmann er en samordnet praksis af vertikal eller horisontal karakter, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, og i forhold til reglerne om gruppefritagelse i den dagældende artikel 2, stk. 4, litra a, jf. artikel 1, stk. 1, litra a, i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010, om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.

Den omtvistede informationsudveksling i perioden 28. januar 2014 til 30. november 2017, som er gengivet i konkurrencemyndighedernes afgørelser, ses at angå priser, størrelse af rabatter, tidspunkter for udsalg, mængder og specifikke varer på udsalg i Hugo Boss' egne butikker. Af oplysningerne kunne også udledes, hvilke varer der ikke kom på udsalg. Det er således oplysninger om Hugo Boss' detailvirksomhed og dermed oplysninger af horisontal karakter. At Hugo Boss og Kaufmann havde et vertikalt samarbejdsforhold fratager ikke de udvekslede oplysninger deres altovervejende horisontale karakter. De udvekslede oplysninger ses i vidt omfang at være oplysninger, der ikke var offentlige på tidspunktet for udvekslingen, hvilket f.eks. også fremgår af forespørgslen i informationsudvekslingens indledende e-mail af 28. januar 2014 fra Kaufmann til

Hugo Boss. Det kan således lægges til grund, at det var fortrolige oplysninger om priser, størrelse af rabatter, tidspunkter for udsalg, mængder og specifikke varer, der blev udvekslet mellem Hugo Boss og Kaufmann på horisontalt niveau. Den indhentede skønserklæring kan ikke føre til en anden vurdering.

Allerede som følge heraf er den samordnede praksis ikke en vertikal aftale omfattet af reglerne om gruppefritagelse i den dagældende artikel 2, stk. 4, litra a, jf. artikel 1, stk. 1, litra a, i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010, om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.

Det næste spørgsmål i sagen er, om den omstridte informationsudveksling havde til formål at begrænse konkurrencen, hvorved bemærkes, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet alene har taget stilling til, om den samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen, og ikke om den har haft konkurrencebegrænsende følger, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

Af retspraksis fremgår, at for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal der 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.

Den omstridte informationsudveksling var ikke offentlig og angår priser, størrelse af rabatter, tidspunkter for udsalg, mængder og specifikke varer på udsalg i Hugo Boss' egne butikker. Efter deres karakter er det strategiske, individualiserede og fremtidige oplysninger af væsentlig betydning for, hvordan Kaufmann kunne indrette sin egen tilbudsstrategi, herunder hvilke varer der skulle på tilbud, og hvilke varer Kaufmann kunne undlade at yde rabat på, samt hvornår der skulle holdes udsalg, hvilket ikke svarede til de normale konkurrencevilkår på markedet. Det fremgår således eksempelvis af den indledende e-mail af 28. januar 2014 fra Kaufmann til Hugo Boss om baggrunden for ønsket om de senere udvekslede oplysninger om tilbud bl.a., at "... de har betydelig indflydelse på vore muligheder for at generere omsætning og for at realisere en tilfredsstillende bruttoavance...". Hertil kommer skønsmandens forklaring om, at konkret viden om, at sæsonvarer ikke kom på udsalg hos andre forhandlere, ville have værdi for Kaufmann.

Det er på dette grundlag godtgjort, at informationsudvekslingen i den foreliggende markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt havde et sådant potentiale til at påvirke Kaufmanns prissætning på Hugo Boss varer til skade for forbrugerne, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger. Den samordnede praksis mellem Hugo Boss og Kaufmann må således anses for

at have haft til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

Endelig er der spørgsmål om, hvorvidt Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har begået sagsbehandlingsfejl. Kaufmann har anført, at konkurrencemyndighederne burde have foretaget en egentlig vurdering af, om informationsudvekslingen havde til følge at begrænse konkurrencen.

Henset til at det som anført oven for ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger, er det berettiget, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet ikke har taget stilling til, om den samordnede praksis har haft konkurrencebegrænsende følger, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, og ikke har oplyst sagen med henblik på stillingtagen hertil.

Desuden ses det, at Konkurrencerådet i sin afgørelse på behørig vis har inddraget, at Hugo Boss og Kaufmann også indgår i et vertikalt samarbejdsforhold.

Der er således ikke påvist sagsbehandlingsfejl som anført af Kaufmann.

Samlet er der således ikke grundlag for at ophæve eller hjemvise Konkurrenceankenævnets afgørelse.

Som følge heraf frifindes Konkurrencerådet.

Henset til sagens udfald, omfang og karakter skal Kaufmann betale 75.000 kr. inkl. moms i sagsomkostninger til Konkurrencerådet til dækning af udgifter til advokatbistand. Der er herved lagt vægt på, at der har været afholdt syn og skøn i sagen, og at sagen er sambehandlet med BS-30903/2021-SHR, hvor Konkurrencerådet er repræsenteret af samme advokat som i den foreliggende sag, og at sagerne i det væsentligste har vedrørt samme spørgsmål.

Kaufmann og Hugo Boss skal hver især endeligt betale halvdelen af udgifterne til syn og skøn i de to samhandlede sager BS-30782/2021-SHR og BS-30903/2021-SHR.

THI KENDES FOR RET:

Konkurrencerådet frifindes.

Axel Kaufmann ApS skal inden 14 dage betale 75.000 kr. i sagsomkostninger til Konkurrencerådet.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.



Vejledning

Retten har afsagt dom i sagen.

Hvis du er utilfreds med afgørelsen, kan du som udgangspunkt anke (klage over) dommen til landsretten. Hvis du kun er utilfreds med dommens afgørelse om sagsomkostninger, kan du kære (klage over) denne del af afgørelsen til landsretten.

Ikke alle afgørelser kan ankes eller kæres

Du kan kun anke dommen, hvis forskellen mellem byrettens dom og det resultat, du ønsker at opnå i landsretten, er over 20.000 kr. Hvis forskellen er mindre, skal du have tilladelse fra Procesbevillingsnævnet for at anke.

Landsretten kan afvise at behandle en ankesag, hvis landsretten vurderer, at der ikke er udsigt til, at sagen vil få et andet udfald i landsretten.

Du kan kun kære afgørelser om sagsomkostninger, hvis omkostningsbeløbet er fastsat til mere end 20.000 kr., eller hvis retten har bestemt, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger, og du kræver, at modparten skal betale mere end 20.000 kr. I andre situationer kan du kun kære omkostningsafgørelsen, hvis du får tilladelse fra Procesbevillingsnævnet.

Frister for at anke og kære

Fristen for at anke er **4 uger** fra dommens dato. Hvis du ikke kan anke uden en tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere en ansøgning til Procesbevillingsnævnet inden **4 uger**.

Fristen for at kære omkostningsafgørelsen er **2 uger** fra dommens dato. Hvis du ikke kan kære afgørelsen uden tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere en ansøgning til Procesbevillingsnævnet inden **2 uger**.

Sådan gør du, hvis du vil anke eller kære

Du kan anke dommen på minretssag.dk ved at trykke på knappen "Opret appel" og derefter vælge "Anke" og følge vejledningen. Hvis du vil kære omkostningsafgørelsen, skal du vælge "Kære" og følge vejledningen.

Hvis du søger om tilladelse til anke eller kære hos Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere din ansøgning til Procesbevillingsnævnet. Du kan ikke indlevere

ansøgningen på minretssag.dk.

Du kan læse mere på domstol.dk.