

Advokat Jens Munk Plum
Kromann Reumert
Sundkrogsgade 5
2100 København Ø

Dato: 3. april 2017

Sag: 16/10582

Sagsbehandler: /kb

Konkurrenceklausulen i home kædens opsigelsesregler – annullation af tidligere afgørelse

I en afgørelse til home a/s af 4. september 2001 meddelte styrelsen bl.a., at en konkurrenceklausul i home kædens opsigelsesregler ikke sås at være i strid med reglerne i gruppefritagelsen for vertikale aftaler.¹

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen annullerer hermed den del af sin afgørelse fra 2001, der angik konkurrenceklausulens geografiske udstrækning.

Annullationen betyder, at home kædens konkurrenceklausul ikke som meddelt i afgørelsen fra 2001 opfylder betingelserne for at falde ind under gruppefritagelsen for vertikale aftaler.

Annullationen har virkning fra dags dato og gælder således fremadrettet. Styrelsen vil endvidere ikke tage initiativ til at gøre home kædens konkurrenceklausul til genstand for nærmere undersøgelser i en periode på mindst et år.

Afgørelsen af 4. september 2001

Styrelsen meddelte i afgørelse af 4. september 2001 til home a/s, at kædens franchiseaftaler ”ikke ses at indeholde bestemmelser, som er i strid med bestemmelserne i Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.”

Styrelsens afgørelse var bl.a. begrundet med følgende:

”For så vidt angår den anden betingelse, er spørgsmålet, om formuleringen ”er begrænset til den grund og det lokale, hvorfra køberen drev virksomhed i kontraktperioden” kan udstrækkes til at dække hele eksklusiv området. Det er styrelsens vurdering, at i og med, at konkurrenceklausulen ikke udstrækker sig til mere end det eksklusivområde, som franchiseaftalen gyldigt indeholdt, vil begrænsningen være i overensstemmelse med artikel 5, litra b, 2. betingelse. Efter

KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Tlf. 4171 5000

Fax 4171 5100

CVR-nr. 10 29 48 19

kfst@kfst.dk

www.kfst.dk

ERHVERVS- OG VÆKSTMINISTERIET

¹ Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, artikel 5, litra b). I dag videreført i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, artikel 5, stk. 3. Gruppefritagelsen finder ifølge bekendtgørelse nr. 739/2010 tilsvarende anvendelse på aftaler og samordnet praksis omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3.

den tidligere gruppefritagelses² artikel 3, stk. 1, litra c, ville en sådan konkurrenceklausul være lovlige, og der er ikke i retningslinierne til den vertikale gruppefritagelse angivet, at reglerne på dette punkt skal fortolkes indskrænkende i forhold til tidligere.”

Styrelsen fortolkede dermed ordlyden ”den grund og det lokale” i gruppefritagelsens artikel 5, litra b), således, at betingelsen kunne udstrækkes til hele det eksklusivområde, som home mægleren havde været tildelt, mens vedkommende var medlem af kæden.

Et resumé af denne afgørelse blev i 2001 offentliggjort på styrelsens hjemmeside.

Styrelsens begrundelse for at annullere 2001-afgørelsen

Styrelsens begrundelse for at annullere afgørelsen fra 2001 er en præjudiciel afgørelse fra EU Domstolen af 7. februar 2013 i sag C-117/12 – *La Retoucherie de Manuela*.

Den præjudicielle afgørelse vedrører rækkevidden af artikel 5, stk. 3, om konkurrenceklausuler med virkning efter ophør af kontraktperioden, i gruppefritagelsen for vertikale aftaler.³

Gruppefritagelsen for vertikale aftaler

Efter artikel 5, stk. 3, i gruppefritagelsen for vertikale aftaler er en konkurrenceklausul, der gælder efter aftalens ophør (fx efter, at en franchise-tager er udtrådt af et kædesamarbejde), kun omfattet af gruppefritagelsen, hvis følgende kumulative betingelser er opfyldt:

- a) forpligtelsen vedrører varer eller tjenester, som konkurrerer med aftalevarerne eller tjenesterne
- b) forpligtelsen er begrænset til den grund og det lokale, hvorfra køberens virksomhed i kontraktperioden
- c) forpligtelsen er uomgængeligt nødvendig for at beskytte know-how, som leverandøren har overført til køberen
- d) varigheden af en sådan forpligtelse er begrænset til en periode på et år efter aftalens ophør.

Alle betingelser skal være opfyldt, for at gruppefritagelsen kan finde anvendelse, herunder også betingelsen om, at konkurrenceklausulen skal være begrænset til ”den grund og det lokale, hvorfra køberens virksomhed i kontraktperioden”.

² Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 1006 af 16. december 1997 om gruppefritagelse for kategorier af franchiseaftaler.

³ Artikel 5, stk. 3, i den nugældende gruppefritagelse nr. 330/2010 svarer nøje til artikel 5, litra b), i den tidligere gruppefritagelse nr. 2790/1999, der udgjorde vurderingsgrundlaget for EU Domstolens præjudicielle afgørelse.

EU Domstolens præjudicielle afgørelse

Den præjudicielle afgørelse fra EU Domstolen fastslår følgende i sin konklusion om rækkevidden af den anden betingelse i gruppefritagelsens artikel 5, litra b):⁴

*”El artículo 5, letra b), del Reglamento nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 [CE] a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, debe interpretarse en el sentido de que la expresión ”local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual” se refiere únicamente a los lugares desde los cuales se ponen a la venta los bienes o servicios contractuales y no a todo el territorio en el que tales bienes o servicios pueden venderse en virtud de un contrato de franquicia.”*⁵

*”Article 5(b) of Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) [EC] to categories of vertical agreements and concerted practices, must be interpreted as meaning that the words ‘premises and land from which the buyer has operated during the contract period’ refers only to the place from which the contract goods or services are offered for sale and not to the whole of the territory in which those goods or services may be sold under the franchise agreement.”*⁶

Det følger af det ovenstående citat, at EU Domstolen fastslår, at gruppefritagelsens betingelse om, at forpligtelsen skal være begrænset til *”den grund og det lokale, hvorfra køberen drev virksomhed i kontraktperioden”*, skal fortolkes helt bogstaveligt, således at der alene henvises til det sted, hvorfra de af kontrakten omfattede varer eller tjenester blev solgt, og ikke til hele det område, hvor varerne eller tjenesterne kunne sælges i henhold til franchiseaftalen.

Domstolen baserer sin konklusion på følgende præmisser:

Domstolen tilkendegiver for det første, at en gruppefritagelsesforordning som gruppefritagelsen for vertikale aftaler skal fortolkes indskrænkende med henblik på at undgå, at den får virkning for aftaler og adfærd, som ligger uden for dens område.⁷

For det andet fastslår Domstolen, at en restriktiv fortolkning er i overensstemmelse med tankerne bag gruppefritagelsen for vertikale aftaler, og at konkurrenceklausuler på grund af deres virkninger på markedet kun kan omfattes af en gruppefritagelse under forudsætning af de nævnte betingelser, ikke mindst betingelserne om begrænsning af sted (*”den grund og det lokale”*) og tid (*”en periode på et år”*).⁸

⁴ I dag artikel 5, stk. 3, litra b).

⁵ Hele EU Domstolens afgørelse, der kun findes i en officiel version på spansk og fransk, kan ses på www.curia.europa.eu.

⁶ Official Journal C 108/8 af 13-04-2013. Det bemærkes, at EU Domstolens konklusion også er offentliggjort i en uofficiel oversættelse til dansk i EU Tidende C 108/8 af 13-04-2013. Styrelsen har lagt den originale spanske ordlyd af Domstolens dom og den tilsvarende engelske ordlyd til grund.

⁷ Dommens præmis 31.

⁸ Dommens præmis 32.

For det tredje angiver Domstolen, at det forhold, at fritagelse er udelukket, hvis klausulen udstrækkes til andre lokaler, herunder nabolokaler, hverken er paradoksal eller ulogisk, men at dette er i overensstemmelse med forordningens formål, der er at begrænse gruppefritagelsens anvendelsesområde til kun at omfatte sådanne konkurrenceklausuler, som EU's lovgivere har vurderet kan opfylde betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3).⁹

Endelig understreger Domstolen, at det er irrelevant for vurderingen af konkurrenceklausuler, der er indeholdt i en franchiseaftale, at den tidligere gruppefritagelse for kategorier af franchiseaftaler indbefattede konkurrenceklausuler, som gjaldt hele aftaleområdet. Domstolen påpeger i den forbindelse, at gruppefritagelsen for kategorier af franchiseaftaler ophørte samtidig med ikrafttrædelsen af gruppefritagelsen for vertikale aftaler, og at gruppefritagelsen for vertikale aftaler ikke indeholder bestemmelser, der specifikt er rettet mod franchiseaftaler.¹⁰

Domstolen fastslår på den baggrund, at der ikke er grundlag for, ved fortolkningen af artikel 5, litra b),¹¹ at tage særligt hensyn til denne type aftaler eller at foretage en sontring, som der ikke er lagt op til i forordning nr. 2790/1999.¹²

EU Domstolen har således fastslået, at artikel 5, stk. 3, litra b), i gruppefritagelsen for vertikale skal fortolkes indskrænkende i forhold til bestemmelsen i den tidligere gruppefritagelse til franchiseaftaler.

Det vil sige, at gruppefritagelsen også skal fortolkes indskrænkende i forhold til styrelsens tidligere afgørelse til home fra 2001, og at homes konkurrenceklausul, der gælder hele det område, der var tildelt mægleren i kontraktperioden, ikke opfylder betingelsen i gruppefritagelsens artikel 5, stk. 3, litra b).

Forvaltningsretlige forhold

Styrelsen har overvejet, om den ændrede fortolkning af gruppefritagelsen er gældende uden videre for home, eller om den tidligere afgørelse fra 2001 skal annulleres.

Som det fremgår nedenfor, er det styrelsens vurdering, at den ændrede fortolkning er gældende uden videre for home. Styrelsen har dog samtidig vurderet, at betingelserne for en annulation også er opfyldt.

Home har i 2001 modtaget en afgørelse med bl.a. følgende indhold:

"Under forudsætning af, at ovennævnte bestemmelser vedrørende konkurrenceklausulerne efter kontraktens ophør (pkt. 22.1. i bilag 1 og 2) geografisk begrænses som oplyst af Dem, skal styrelsen herved meddele,

⁹ Dommens præmis 35.

¹⁰ Dommens præmis 36.

¹¹ Nu artikel 5, stk. 3.

¹² Nu forordning nr. 330/2010.

at franchiseaftalerne ikke ses at indeholde bestemmelser, som er i strid med bestemmelserne i Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.”

Afgørelsen fra 2001 indeholder en vurdering af, om home kædens konkurrenceklausul faldt ind under den dagældende bekendtgørelse. Der er således tale om en fortolkning af en gruppefritagelse og ikke en individuel fritagelse.

Retstilstanden har efterfølgende ændret sig, og den bekendtgørelse, som afgørelsen fra 2001 henviser til, er ikke længere gældende. Afgørelsen fra 2001 henviser således til en bekendtgørelse, der nu er ophævet.¹³ Afgørelsen er derfor efter sin ordlyd ikke længere relevant.

Det er på denne baggrund styrelsens vurdering, at afgørelsen fra 2001 hverken efter sin karakter eller sit indhold giver home en berettiget forventning om, at retstilstanden på konkurrenceområdet ikke kan ændre sig.

Imidlertid vedrører afgørelsen fra 2001 fortolkningen af en bestemmelse i gruppefritagelse nr. 2790/1999, der er videreført uændret i den gældende gruppefritagelse nr. 330/2010.

Retstilstanden i forhold til denne bestemmelse i gruppefritagelsen har imidlertid også ændret sig som følge af Domstolens præjudicielle afgørelse fra 7. februar 2013.

Styrelsen har derfor også fundet det relevant at vurdere, om betingelserne for annullation af afgørelsen fra 2001 er opfyldt.

Annullation af afgørelsen af 4. september 2001 til home A/S

I henhold til forvaltningsretten kan der være grundlag for at annullere en forvaltningsakt, hvis en dom eller en afgørelse fra en overordnet myndighed viser, at afgørelsen er baseret på en fejlagtig fortolkning af reglerne og dermed må anses for ugyldig.¹⁴

Vurderingen af, om ugyldighedsvirkningen skal indtræde, foretages herefter under hensyn til, om der foreligger en retlig mangel (ulovlighed), om manglen er væsentlig, og om der foreligger særlige forhold (såkaldte tertiære momenter), som afgørende taler imod ugyldighed.¹⁵

Højesteret har om hjemmelsmangler og begunstigende forvaltningsakter udtalt følgende: *”Manglende lovhjemmel må som udgangspunkt medføre, at også en begunstigende forvaltningsakt annulleres. I nærværende sag*

¹³ Bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000, jf. som fastsatte, at Kommissionens forordning nr. 2790/1999 fandt anvendelse på vertikale aftaler og samordnet praksis omfattet af konkurrencelovens § 6, er ophævet. Den er blevet erstattet af bekendtgørelse nr. 739 af 23. juni 2010, som fastsætter, at Kommissionens forordning nr. 330/2010 finder anvendelse på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis omfattet af konkurrencelovens § 6.

¹⁴ Forvaltningsret, almindelige emner, 6. udg. 2016, v/Karsten Revsbech mfl., side 534 f.

¹⁵ Forvaltningsret, almindelige emner, 6. udg. 2016, v/Karsten Revsbech mfl., side 445.

*foreligger der ikke omstændigheder, som giver grund til at fravige dette udgangspunkt.*¹⁶

EU Domstolen har i den nævnte præjudicielle afgørelse fastslået, at betingelsen i gruppefritagelsen om, at forpligtelsen skal være begrænset til ”den grund og det lokale” skal fortolkes bogstaveligt. homes konkurrenceklausul opfylder ikke denne betingelse. For at en konkurrenceklausul kan være omfattet af gruppefritagelsen, skal alle fire betingelser være opfyldt. homes konkurrenceklausul er derfor ikke omfattet af gruppefritagelsen.

Styrelsen vurderer på den baggrund, at EU Domstolens præjudicielle afgørelse indebærer, at styrelsens afgørelse fra 2001 var forkert. Styrelsen finder derfor, at afgørelsen fra 2001 har en væsentlig retlig mangel. Det skal herefter vurderes, om der foreligger særlige forhold, som afgørende taler imod ugyldighed.

Hvis der er tale om annullation af en begunstigende forvaltningsakt, skal der foretages en proportionalitetsafvejning. Det vil sige en afvejning af hensynet til lighed og konsekvens ved administration af konkurrenceloven over for partens (i dette tilfælde homes) forventning om fortsat at kunne agere efter den tidligere truffe afgørelse.¹⁷

Styrelsens afgørelse fra 2001 indebar, at home kunne indrette sig i tillid til, at kædens udtrædelsesregler, herunder konkurrenceklausulen, var omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler. Afgørelsen til home fra 2001 udgør dermed en begunstigende forvaltningsakt.

Styrelsen har imidlertid vurderet, at afgørelsen fra 2001 efter sin karakter og sin ordlyd ikke har givet home en berettiget forventning om, at gruppefritagelsen ikke kunne blive ændret, og at der ikke fremadrettet ville kunne anlægges en anden fortolkning af gruppefritagelsen end den, styrelsen lagde til grund i 2001 – således som det nu er sket med den præjudicielle afgørelse fra EU Domstolen.

Hertil kommer, at styrelsen konkret har valgt alene at lade annullation ske med virkning fra afgørelsestidspunktet.

Styrelsen finder samlet set, at der i den konkrete sag ikke foreligger særlige omstændigheder af en sådan vægt, at det kan begrunde, at annullation af 2001-afgørelsen ikke kan ske. Styrelsen finder således, at annullation af afgørelsen hverken er uproportional eller urimeligt bebyrdende for home.

Den umiddelbare virkning for home er alene, at home fremover ikke kan bruge gruppefritagelsen som ”safe harbour”. Annullation af afgørelsen

¹⁶ Jf. UfR 1995.495/2 H samt Berettigede forventninger i forvaltningsretten 2005 v/Søren H. Mørup, side 273.

¹⁷ Jf. fx Østre Landsrets dom af 21-05-2001 om tilbagekaldelse af afgørelse efter momsloven (U2001.1941 Ø).

betyder omvendt ikke i sig selv, at home nødvendigvis skal indrette sig anderledes.

Annulatio af afgørelsen betyder kun, at det for fremtiden vil bero på en individuel vurdering, om konkurrenceklausulerne begrænser konkurrencen på markedet. Skulle det vise sig, at konkurrenceklausulerne indebærer en konkurrencebegrænsning skal det desuden tages i betragtning, om klausulerne fører til forbrugergavnige effektivitetsgevinster, og om de i øvrigt er nødvendige for at beskytte kædens forretningskoncept, goodwill, knowhow, investeringer osv.

Styrelsen har i den forbindelse også lagt vægt på, at homes forventninger skal vejes op imod et helt grundlæggende princip om lighed for loven, det vil sige hensynet til den fremadrettede lighed og konsekvens ved administration af konkurrenceloven.¹⁸

Styrelsen har på den baggrund valgt at annullere afgørelsen af 4. september 2001 med virkning fra dags dato.

Afsluttende bemærkninger

På baggrund af den fortolkning af gruppefritagelsen, der nu følger af EU Domstolens præjudicielle afgørelse, har styrelsen med virkning fra dags dato besluttet at annullere den del af afgørelsen til home af 4. september 2001, der vedrørte en konkurrenceklausul i home kædens opsigelsesregler.

Konkurrence- og Forbrugestyrelsen skal i den forbindelse bemærke, at det forhold, at et aftalevilkår – i dette tilfælde en konkurrenceklausul – ikke er omfattet af en gruppefritagelse, ikke i sig selv betyder, at klausulen er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mv. i konkurrencelovens § 6.

Styrelsens annullation af afgørelsen over for home indebærer således ikke samtidig en konkret stillingtagen til, om homes (eller andre franchise-mæglerkæders) konkurrenceklausuler udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6.

Styrelsen vil endvidere ikke tage initiativ til at gøre homes konkurrenceklausul til genstand for nærmere undersøgelser i en periode på mindst et år.

Det er som udgangspunkt op til virksomhederne selv at sikre sig, at de overholder loven. Styrelsen skal dog tillige vejlede om muligheden for at søge en individuel fritagelse eller en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens §§ 8 og 9.

¹⁸ Jf. fx Østre Landsrets dom af 21-05-2001 om tilbagekaldelse af afgørelse efter momsloven (U2001.1941 Ø).

Afslutningsvist kan styrelsen oplyse, at denne afgørelse om at annullere afgørelsen til home af 4. september 2001 vil være offentligt tilgængelig på styrelsens hjemmeside.

Denne afgørelse er truffet efter almindelige forvaltningsretlige principper og kan ikke påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1, modsætningsvis.

Med venlig hilsen

Karen Berg
fuldmægtig