

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 3. november 2008 i sag nr. 2008-0016416

De Samvirkende Købmænd
(juridisk konsulent Trine Busk-Jepsen)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Michael Riis)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet

Udviklingsselskabet By & Havn I/S (tidligere Arealudviklingsselskabet I/S)
(advokat Lotte Hummelshøj)

Ved klageskrift af 15. april 2008 har De Samvirkende Købmænd (DSK) påklaget Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2008 i en sag, hvor Konkurrencerådet fandt, at Arealudviklingsselskabet I/S' (AUS) tildeling af 10 års eneret på etablering og drift af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd ikke har til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Arealudviklingsselskabet I/S hedder nu Udviklingsselskabet By & Havn I/S.

Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2008 er sålydende:

”29. AUS’ tildeling gennem en koncessionsaftale af en 10-årig eneret på etablering og drift af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd har ikke til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

30. Der findes ikke tilstrækkelig anledning til at undersøge yderligere, om AUS' tildeling af en 10-årig eneret på etablering og drift af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd kan udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, hvorfor der ikke vil blive foretaget yderligere vedrørende dette forhold, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

31. Afgørelsen er truffet på baggrund af de oplysninger, som er forelagt Konkurrencerådet. Det er AUS' og den vindende tilbudsgivers ansvar, at koncessionen og eneretten implementeres og forvaltes i overensstemmelse med konkurrencereglerne."

1.0 Parternes påstande

De Samvirkende Købmænd har nedlagt påstand om, at Konkurrenceankenævnet skal ophæve og hjemvise Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2008 og i den forbindelse fastslå, at den 10-årige eneret til dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd har til afledt formål og direkte følge at begrænse konkurrencen i området mærkbart og derfor er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Udviklingsselskabet By & Havn I/S er indtrådt som biintervenient til støtte for Konkurrencerådet.

2.0 Sagens baggrund

I det notat, der ligger til grund for Konkurrencerådets afgørelse, hedder det bl.a.:

"3 Sagsfremstilling

3.1 Indledning

32. Sagen drejer sig om, at AUS [tidligere Ørestadsselskabet I/S nu Udviklingsselskabet By & Havn I/S] gennem en koncession tildeler én dagligvareaktør 10 års eneret på dagligvaredetailhandel i den nye bydel Ørestad Syd på Amager. Tildelingen af eneretten sker på baggrund af en prækvalifikationsrunde og et efterfølgende udbud mellem de prækvalificerede deltagere.

33. DSK har klaget over, at eneretten vil udelukke konkurrencen mellem butikkerne i området, og at prækvalifikationen udelukker flere butikskæder og købmænd fra at byde på koncessionen.

34. Konkurrencestyrelsen har undersøgt, om koncessionsaftalen om eneret mærkbart begrænser konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

35. Konkurrencestyrelsen har endvidere udarbejdet en selvstændig, vejledende udtalelse til AUS vedrørende den udbudsretlige vurdering, jf. afsnit 3.4 nedenfor. Nærværende afgørelse indeholder alene en konkurrenceretlig vurdering.

3.2 Ørestad Syd

36. Ørestad Syd er en ny bydel under opførelse, og bydelen bliver det kvarter i Ørestaden, der får flest beboere. Der bliver bygget boliger til ca. 10.000 mennesker, og herudover vil ca. 15.000 personer få deres daglige gang i bydelen (de såkaldte ”jobbere”).

37. Københavns Kommunes borgerrepræsentation vedtog den 1. december 2005 lokalplan nr. 398 ”Ørestad Syd”. Det fremgår af lokalplanens side 5, at lokalplanen skal muliggøre etableringen af en moderne bydel med ligelig fordeling af boligarealer og andre byfunktioner, herunder arbejdspladser og servicetilbud. Lokalplanens § 3, stk. 1, litra d, regulerer de tilladte butiksarealer:

”I randbebyggelsen langs Hovedstrøget ... kan der indrettes 6.000 m² butikker. Mindst 5.000 m² etageareal skal indrettes, så det kan anvendes til butikslokaler. Bruttoetagearealet i de enkelte butikker må ikke overstige 1.500 m² for dagligvarebutikker og 1.000 m² for udvalgswarebutikker. Langs Ørestads Boulevard på strækningen mellem Øresundsforbindelsen og Hannemanns Allé kan der indrettes 1.500 m² butikker. Bruttoetagearealet i de enkelte butikker må ikke overstige 1.000 m². I det øvrige lokalplanområde kan der - inden for en samlet ramme på op til 3.000 m² - indrettes mindre butikker, som betjener lokalområdet, i stueetagen i bebyggelse langs med vejarealer. Bruttoetagearealet i de enkelte butikker må ikke overstige 500 m² for dagligvarebutikker og 200 m² for udvalgswarebutikker.”

38. Der kan således i alt indrettes 10.500 m² til butik i Ørestad Syd, herunder dagligvaredetailbutik. Der stilles dog ikke i lokalplanen krav om etablering af dagligvaredetailhandel.

39. På nedenstående luftfoto, jf. figur 1, er indtegnet Ørestad Syd og bydelens projekterede bygninger. På luftfotoet er også indtegnet de nærmeste dagligvaredetailbutikker, dvs. inden for en radius af ca. 2 km. Det fremgår, at Bilka i Field's ligger ca. 1.780 m. fra det fjerneste punkt i Ørestad Syd. Der findes herudover tæt på Ørestad Syd Irma, Superbrugsen, Netto, SuperBest, Fakta og Merko.

40. I umiddelbar tilknytning til Ørestad Syd ligger dels metrostationerne Ørestad og Vestamager, dels Ørestad Station på Kastrupbanen. Endvidere kører buslinje 30 mellem Vesterport Station og Kastrup Lufthavn forbi Ørestad Syd.

Figur 1: Luftfoto over Ørestad og omegn



Note: Ørestad Syd ligger indenfor den blå prikkede linje mellem den sydligste metro-station og Bilka i Field's. Ejendommene som de forventes at blive opført er indtegnet i Ørestad Syd. Ørestad City ligger indenfor den orange prikkede linje.

Kilde: Lokalplan nr. 398 "Ørestad Syd" og Konkurrencestyrelsens egne markeringer ud fra oplysninger fra Købmandsstandens Oplysningsbureau og www.krak.dk samt AUS' data.

41. Ud over de på luftfotoet (figur 1) indtegnede dagligvaredetailbutikker findes der i Field's også Magasin Mad&Vin, og uden for Field's ligger Elmegårdens Minimarked, Minimarkedet Tutten, M. Afwedson Marketenderiet. [Note: Købmandsstandens Oplysningsbureau, <https://www.kob.dk/default.aspx>, WEB-DIRECT.] [...]

42. Ørestad Syds placering på Amager fremgår også af kortet nedenfor, jf. figur 2. På kortet er markeret de ca. 62 dagligvarebutikker, der er placeret inden for en radius af 5 km. fra Ørestad Syd. En del af butikkerne er placeret tæt på enten metrostationer eller togstationer på Kastrupbanen.

Figur 2: Dagligvarebutikker inden for 5 km. radius fra Ørestad Syd



Note: AUS' undersøgelse af beliggenheden af de 62 dagligvarebutikker omfatter postnumrene 2300 (København S), 2450 (København SV), 2770 (Kastrup) og 2791 (Dragør).

Kilde: AUS' data. AUS har undersøgt, at supermarkederne er beliggende på den fysiske adresse ved at køre rundt til supermarkederne i bil.

3.3 AUS og DSK

43. AUS er stiftet med selskabsretslig virkning fra den 26. oktober 2007, og AUS har pr. denne dato overtaget alle arealudviklingsaktiviteter under Ørestadsselskabet I/S og alle aktiviteter i Københavns Havn A/S. Ved stiftelsen af AUS er Ørestadsselskabet I/S, Frederiksbergbaneselskabet I/S og Københavns Havn A/S opløst.

44. AUS, der ejes af Københavns Kommune (55 pct.) og Staten (45 pct.), er oprettet ved lov nr. 551 af 6. juni 2007 om Metroselskabet I/S og Arealudviklingsselskabet I/S. AUS' formål fremgår af lovens § 15 og er bl.a.:

”§ 15. Arealudviklingsselskabet I/S' formål er at forestå udvikling af selskabets arealer samt forestå havnedrift i Københavns Havn.

...

Stk. 3. Selskabet kan tillige drive anden virksomhed, som har en forretningsmæssig sammenhæng med arealudvikling og havnedrift.

Stk. 4. Selskabet skal drives på et forretningsmæssigt grundlag.

...”

45. Formålsbestemmelsen i AUS' vedtægter har bl.a. følgende ordlyd [note: Vedtægterne og loven om oprettelse af AUS kan findes på AUS' hjemmeside: www.arealudvikling.dk/om_arealudviklingsselskabet/lovgrundlag.htm.]:

”Interessentskabets formål er at forestå udvikling af interessentskabets arealer samt forestå havnedrift i Københavns Havn. ...

Interessentskabet kan tillige drive anden virksomhed, som har forretningsmæssig sammenhæng med arealudvikling og havnedrift.

Interessentskabet skal drives på et forretningsmæssigt grundlag med størst mulig værdiskabelse og skal arbejde for at afvikle den gæld, som interessentskabet etableres med og for på sigt at kunne skabe grundlag for overskud til ejerne, som skal deles i overensstemmelse med ejerandelene i interessentskabet. Et overskud efter nødvendig konsolidering skal udloddes til ejerne.

...”

46. DSK er brancheorganisation for ca. 1.300 købmændsejede supermarkeder, nærbutikker, minimarkeder, og convenience-butikker i kæder som f.eks. Spar, SuperBest, Aktiv Super, Merko, Focus, Rema 1000, 7-Eleven, Løvbjerg Supermarked, Alta Discount, ABC Lavpris og Dagrofa S-Engros.

47. DSK's medlemmer har tilsammen en markedsandel på ca. 1/3 af dagligvaredetailsalget i Danmark. [Note: www.dsk.dk].

3.4 Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse om udbudsretlige forhold

48. Nærværende afgørelse angår som nævnt ikke udbudsretlige forhold. Konkurrencestyrelsen udtaler sig alene vejledende om forståelsen af udbudsreglerne, og Konkurrencestyrelsen har udarbejdet en selvstændig, vejledende udtalelse til AUS vedrørende den udbudsretlige vurdering.

49. Udbudsdirektivet [note: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, jf. også [bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004](#)] finder ikke anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser, jf. udbudsdirektivets artikel 17. Tjenesteydelseskoncessioner er i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 4, defineret som en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris. EF-Domstolen har udtalt, at der er tale om en tjenesteydelseskoncession, når tjenesteyderen påtager sig risikoen forbundet med driften af de omhandlede tjenesteydelser. [Note: Jf. EF-Domstolens dom af 18. juli 2007 i sag C-382/05, *Kommissionen mod Italien*, præmis 34, EF-Domstolens dom af 12. januar 2006 i sag C-410/04, *Bari Kommune*, præmis 16, samt EF-Domstolens dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, *Parking Brixen*, præmis 40.]

50. Det følger dog af fællesskabspraksis, at EF-Traktatens regler om etableringsretten og tjenesteydelsernes frie bevægelighed, jf. EF-Traktatens artikel 43 og 49, medfører, at tildeling af tjenesteydelseskoncessioner, der ikke er omfattet af udbudsreglerne, alligevel kan være undergivet EF-Traktatens generelle principper, herunder princippet om forbud mod forskelsbehandling som følge af nationalitet, jf. EF-traktatens artikel 12, og princippet om ligebehandling af tilbudsgivere.

51. Kravet om iagttagelse af EF-Traktatens principper indebærer, at der påhviler den ordregivende myndighed en gennemsigtighedsforpligtelse, som består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver. Heraf følger et krav om konkurrenceudsættelse af koncessionskontrakter, jf. i det følgende.

52. Af EF-Domstolens dom af 7. december 2000 i Telaustria-sagen fremgår, at

”60 ... selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.

*61 Som Domstolen fastslog i sin dom af 18. november 1999, sag C-275/98, *Unitron Scandinavia og 3-S (Sml. I, s. 8291, præmis 31)*, indebærer dette princip navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.*

62. Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.” [Note: EF-Domstolens dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, *Telaustria*, præmis 60-62.] [egen understregning]

53. Af EF-Domstolens dom af 13. oktober 2005 i *Parking Brixen*-sagen fremgår:

”49. Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelseskoncessioner for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i samme retning dommen i sagen *Telaustria* og *Telefonadress*, præmis 61 og 62).

50. Det tilkommer den ordregivende myndighed under de kompetente retsinstansers kontrol at tage stilling til, om der er et rimeligt forhold mellem de betingelser, hvorunder tildelingen er sket, og den pågældende offentlige tjenesteydelseskoncession. Det er dog ikke i overensstemmelse med de i artikel 43 EF og artikel 49 EF fastsatte krav samt principperne om ligebehandling, om forbud mod diskrimination og om gennemsigtighed slet ikke at afholde offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede.

51. I øvrigt bestemmer artikel 86, stk. 1, EF, at medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, hverken indfører eller opretholder foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, herunder navnlig artikel 12 EF, artikel 81 EF, og artikel 89 EF.

52. Heraf følger, at medlemsstaterne ikke må opretholde national lovgivning, der tillader tildeling af offentlige tjenesteydelseskoncessioner uden at afholde offentligt udbud, da en sådan tildeling er i strid med artikel 43 EF og artikel 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed.” [Note: Jf. EF-Domstolens dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, *Parking Brixen*, præmis 50-52.] [egen understregning]

54. Formuleringen ”slet ikke at afholde offentligt udbud” i den danske sprogversion af *Parking Brixen*-dommen skal ikke nødvendigvis forstås som afholdelse af udbud i udbudsdirektivets forstand. Der henvises til, at den engelske version anvender formuleringen ”a complete lack of any call for competition”. Der henvises endvidere til, at EF-Domstolens plenum i dom af 21. juli 2005 i *Coname*-sagen anførte, at

”herefter tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om *Cingia de’ Botti* kommunes tildeling af en koncessionsaftale til *Padania* opfylder de krav til gennemsigtighed, som – uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud – bl.a. skal gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat

end Den Italienske Republik at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede koncessionskontrakt, før denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten.” [Note: EF-Domstolens dom af 12. juli 2005 i sag C-231/03, *Coname*, præmis 21. Sml. endvidere afsnit 2.1.3 i Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, EU-Tidende nr. C 179 af 1/8/2006, side 2-7, der dog ikke behandler koncessioner.] [egen understregning]

55. Herudover kan henvises til Retten i Første Instans’ dom af 15. juni 2005 i Fred Olsen-sagen, hvor Retten bemærkede om EF-Traktatens artikel 86, stk. 2, vedrørende overdragelse af udførelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse:

”I øvrigt følger det hverken af ordlyden af artikel 86, stk. 2, EF eller af retspraksis om denne bestemmelse, at en opgave af almindelig interesse kun kan betros en erhvervsdrivende efter en udbudsprocedure. Under disse betingelser kan det i modsætning til det af sagsøgeren påberåbte ikke kræves, at den anfægtede beslutning indeholder en særlig begrundelse for, hvorfor der ikke foreligger en sådan procedure med henblik på at betro Trasmediterránea sejlads mellem De Kanariske Øer.” [Note: Retten i Første Instans’ dom af 15. juni 2005 i sag T-17/02, *Fred Olsen*, præmis 239.]

56. Det henvises endelig til afsnit 3.1.2 i Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen, [note: EF-Tidende nr. C 121 af 29/04/2000, side 2-13.] hvor bl.a. anføres:

”Gennemsigtighed kan sikres ved ethvert passende middel, herunder offentliggørelse, som funktion af og under hensyn til de berørte sektors specifikke karakter [note udeladt]. Hvordan det skal ske, overlades til de koncessionsgivende myndigheder. Disse former for offentliggørelse indeholder almindeligvis tilstrækkelige oplysninger til, at potentielle koncessionshavere kan afgøre, om de er interesserede i at deltage i proceduren (f.eks. udvælgelses- og tildelingskriterier mv.). Herudover anføres emnet for koncessionen samt arten og omfanget af de ydelser, der forventes af koncessionshaveren. Under sådanne omstændigheder anser Kommissionens gennemsigtighedspligten for overholdt.”

57. Det fremgår af Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse i nærværende sag, hvor AUS afholder udbud efter en offentlig prækvalifikationsrunde, at AUS er et offentligt organ, der som udgangspunkt er omfattet af udbudsdirektivet. I den vejledende udtalelse lægger Konkurrencestyrelsen til grund, at tildelingen af koncessionen er en kontrakt om en tjenesteydelseskoncession, dvs. at vinderen af koncessionen for egen risiko skal drive dagligvarebutikkerne.

58. Som anført i Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse, finder EF-Traktatens grundlæggende bestemmelser såsom forbud mod national forskelsbehandling mv. fortsat anvendelse, jf. den omtalte praksis ovenfor. Konkurrencestyrelsen anfører i den vejledende udtalelse, at en ordregivende myndighed navnlig skal overveje en forudgående annoncering/offentliggørelse af koncessionskontrakten, således at der skabes tilstræk-

kelig klarhed for enhver potentiel tilbudsgiver. I den vejledende udtalelse anføres herudover, at der ikke findes konkrete retningslinjer for, hvad en annonce-ring/offentliggørelse skal indeholde, herunder om det positivt skal fremgå, at udbuddet ikke er et EU-udbud.

59. Det følger endelig af den vejledende udtalelse, at undladelse af en oplysning om, at der ikke er tale om et EU-udbud, efter styrelsens opfattelse ikke er i strid med gennemsigthedsprincippet, og styrelsen finder efter en samlet vurdering ikke, at der er grundlag for at foretage sig mere i sagen, for så vidt angår den udbudsretlige del af klagen.

3.5 Prækvalifikationsmateriale, udbudsgrundlag og leje- og samarbejdsaftale

60. Som nævnt skal koncessionen tildeles gennem udbud, og AUS har foretaget en prækvalifikationsrunde. De prækvalificerede deltagere er Dagrofa A/S, Coop Danmark A/S og Dansk Supermarked A/S. [Note: Se nyhedsbrev på AUS' hjemmeside: www.orestad.dk/index/erhverv/dagligvareudbud.htm.] Prækvalifikationsmaterialet har været offentligt tilgængeligt på bl.a. AUS' hjemmeside, ligesom der også er indrykket en annonce i Dansk Handelsblad den 15. juni 2007.

61. Konkurrencestyrelsen har fra AUS modtaget udkast til udbudsgrundlag af 26. november 2007 samt udkast til leje- og samarbejdsaftale af 20. november 2007.

3.5.1 Prækvalifikationsmateriale

62. Det fremgår bl.a. af prækvalifikationsmaterialets side 1, at AUS

”ønsker at stimulere udviklingen og bylivet i Ørestad Syd, bl.a. ved at sikre, at der er det fornødne udbud af dagligvarebutikker i bydelen.

Ørestadsselskabet [i dag AUS] ønsker som led heri at tildele en koncession til en virksomhed med erfaring inden for dagligvarehandel, der får eneret til at etablere og udvikle dagligvarehandelen i Ørestad Syd i en kontraktperiode på 15 år med en eneretsperiode på 10 år.

Kun virksomheder, der opfylder visse mindstekrav til omsætning inden for dagligvarehandel, erfaring med dagligvarehandel og sortimentsbredde, kan komme i betragtning som tilbudsgivere.

Ørestadsselskabet ønsker at prækvalificere minimum tre og maksimum fem tilbudsgivere...

...”

63. Koncessionskontrakten vil ifølge prækvalifikationsmaterialets afsnit 6 omfatte etablering og drift af en dagligvaredetailbutik i et butikslokale på 1.000 m² i forbindelse med den primære detailhandelszone i Ørestad Syd, men omfanget af lejemålet kan reguleres efter forhandling. AUS bliver udlejer, og den vindende tilbudsgiver (koncessionshaver) bliver lejer. Kontrakten omfatter endvidere option på etablering af yderligere 1-3 dagligvaredetailbutikker, jf. nærmere nedenfor i punkt 69.

64. Eneretsperioden på 10 år regnes fra ikrafttrædelsestidspunktet for lejekontrakten for det første dagligvarebutiksljemål, jf. prækvalifikationsmaterialets afsnit 7 og omtalen af leje- og samarbejdsaftalen nedenfor.

65. AUS har i prækvalifikationsmaterialet opstillet en række minimumskrav til ansøgere, der ønsker at komme i betragtning ved udvælgelsen af tilbudsgivere, jf. prækvalifikationsmaterialets afsnit 8.1. Ansøgerne skal bl.a. kunne dokumentere mindst 5 års erfaring med dagligvarehandel, og ansøgerne skal kunne dokumentere en omsætning på minimum 10 mia. kr. i de seneste 3 regnskabsår, som hidrører fra dagligvarehandel.

66. Det var muligt at deltage i prækvalifikationen som konsortium/sammenslutning, jf. prækvalifikationsmaterialets afsnit 8.2.

3.5.2 Udbudsgrundlag

67. [...]

68. [...]

69. [...]

70. [...]

71. [...]

Tabel 1: [...]

72. [...]

3.5.3 Leje- og samarbejdsaftale

73. [...]

74. [...]

75. [...]

76. [...]

77. [...]

78. [...]

79. [...]

3.6 AUS' begrundelse for eneretten og afholdelse af udbud

80. AUS gør overordnet gældende, at formålet med eneretten er at udvikle Ørestad Syd og ikke at begrænse konkurrencen. AUS anfører, at tildeling af en koncession til dagligvaredetailhandel skal bidrage til at sikre en sammenhæng i udviklingen i Ørestad Syd.

81. AUS ønsker, at beboerne i Ørestad Syd på et tidligt tidspunkt under byudviklingen sikres adgang til et bredt udvalg af dagligvaredetailbutikker indenfor alle segmenter (lav-, mellem- og høj-pris/sortiment). Det er AUS' opfattelse, at et økonomisk incitament i form af eneretten er en nødvendig forudsætning for en tidlig etablering af dagligvaredetailhandel i den nye og endnu ikke opførte bydel.

82. Alternativet til eneretten vil således ifølge AUS være, at der først på et senere tidspunkt etableres dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd. AUS mener, at grundlaget for etablering af et rigt udbud af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd på et tidligt tidspunkt ikke er til stede uden et økonomisk incitament. Således mener AUS, at der i en periode kun er plads til én operatør.

83. AUS begrundet prækvalifikationen og udbuddet med, at eneretten ikke uden videre kan tildeles én privat aktør uden en forudgående gennemsigtig proces, hvor alle interesserede, eventuelt som sammenslutning eller konsortium, har kunnet konkurrere om koncessionen på lige og objektive vilkår.

84. AUS baserer sin vurdering af nødvendigheden af et økonomisk incitament, dvs. eneretten, på baggrund af erfaringer fra andre nyudviklede bydele i København, jf. afsnit 3.6.1 nedenfor, og på baggrund af 2 konsulentrapporter, jf. afsnit 3.6.2 nedenfor.

3.6.1 Udvikling i andre bydele i Hovedstadsområdet

85. AUS har til støtte for eneretten henvist til eksempler fra andre nyudviklede bydele, som AUS ikke ønsker en gentagelse af.

3.6.1.1 Havnestaden

86. Ét af de områder, som AUS har haft fokus på i forbindelse med planlægning for detailhandel og i særdeleshed dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd, er Havnestaden, som er opført på den tidligere sojakagegrund på Islands Brygge. Hele området, der blev udbygget i perioden 1999 til 2007, omfatter ca. 2.200 boliger og 30.000 m² erhverv. AUS henviser til, at der i lokalplanen for området er muliggjort detailhandel i stueetagerne langs Axel Heides Gade og langs havnefronten, men at dette kun i yderst begrænset omfang er blevet realiseret.

87. AUS henviser endvidere til en artikel af 8. september 2004 fra Bryggebladet, Islands Brygge lokalavis, med overskriften "Havnestad: Over 2000 boliger, men hvor er butikkerne?". I artiklen anføres bl.a. følgende:

"- Vi vil meget gerne have flere butikker i Havnestad, siger Marius Møller fra NCC til Bryggebladet, mens han påpeger, at NCC ikke ejer nogle af de byggefelter, som ligger ud til Axel Heides Gade.

Hos Sjælsø Gruppen, der står bag flere af ejendommene i Axel Heides Gade, er man i princippet enig. Alligevel har Sjælsø ikke inkluderet butikslokaler i deres projekter. Det kan ganske enkelt ikke betale sig.

- Vi har vurderet, at der ikke har været et tilstrækkeligt kundegrundlag til flere butikker end den nuværende Netto. Men i takt med at flere og flere beboelses-ejendomme åbner i de kommende år, vil behovet blive større, siger boligchef Kent Trauelsen.

Det ændrer ikke ved, at når alle lejligheder er færdigbyggede, og de mange nye bryggeboere er flyttet ind, så er der ingen ledige kvadratmeter i Axel Heides Gade, som kan indrettes til butikker.

Forsker: Butikslokaler kan ikke lejes ud

Men hvilke butikker er der brug for. Lektor i geografi Peter Skriver, der forsker i byplanlægning, peger på, at Havnestads nærhed til butikkerne i Indre By, på det traditionelle Bryggen, Field's og Fisketorvet vil betyde, at behovet for butikker ikke vil være så stort.

- På papiret har man udlagt et område til butikker. Men man må nok se i øjnene, at de aldrig kommer. Mennesker, der flytter ind i et sådant område, er vant til stor variation i butikkerne. Og det kan de jo allerede finde inde i Indre By samt på det gamle Islands Brygge. I virkeligheden er der ingen, der kunne drømme om at etablere mange butikslokaler i sådant et område. De kan jo ikke lejes ud, siger han og peger på erfaringer fra lignende områder i eksempelvis Amsterdam og London.”

3.6.1.2 Sdr. Frihavn, Ørestaden mv.

88. AUS nævner som et andet eksempel området omkring Langelinie, Midtermolen, Amerika Plads mv. (Sdr. Frihavn), der løbende er blevet ændret fra industriområde til bolig- og kontorområde i perioden 1992 til 2007. De første beboere flyttede ind i området i 1994, men det var ifølge AUS først i 2007 muligt at åbne en dagligvarebutik i området - i dette tilfælde en Netto, der åbnede på Dampfærgevej. Åbningen af butikken på dette sene tidspunkt skyldes efter AUS' opfattelse delvist, at der først nu var et tilstrækkeligt kundegrundlag. AUS anfører dog også, at der i forbindelse med udviklingen af et nyt delområde blev vedtaget en lokalplan, som gav mulighed for etablering af dagligvaredetailhandel.

89. AUS henviser endelig til den øvrige del af Ørestaden, hvor eneste mulighed for at handle dagligvarer er Bilka i indkøbscentret Field's. AUS oplyser, at Dansk Supermarked meget tidligt valgte at etablere en Bilka på ca. 12.000 m², men herudover er der ikke etableret dagligvaredetailhandel i Ørestaden. Bilka i Field's betjener ifølge AUS primært kunder uden for nærområdet, og derfor kunne Bilka i Field's etableres relativt tidligt.

90. AUS oplyser videre, at Ørestad City, som er det bykvarter, hvor Field's ligger, stort set er udbygget, [...] Det er AUS' opfattelse, at [...] vil Ørestad City i de potentielle forbrugeres øjne have været underforsynet med dagligvarebutikker i den afgørende

fase, hvor boligerne første gang blev sat til salg. Dette bekræftes ifølge AUS af en [...] undersøgelse blandt 526 personer, der har valgt at købe eller leje en bolig i Ørestaden. [...]

91. AUS har ud over undersøgelsen fra [...] også fremlagt en kvalitativ beboerundersøgelse blandt beboerne i Københavns nordlige havneområde samt i Ørestaden. [...]

92. [...]

93. [...]

94. Endelig har AUS fremlagt en række avisartikler fra Børsen den 6. september 2007, bl.a. artiklen "Byliv er Ørestads største udfordring". I denne artikel svarer Jens Kramer Mikkelsen bl.a. på spørgsmålet om, hvor mange butikker ud over Field's, de indbyggere, der allerede er flyttet ind i Ørestaden, har mulighed for at handle i:

"Ikke mange. Der kommer ikke nogen butikker, før der kommer kunder i butikken. Og jeg vil i øvrigt slå fast, at Fields ikke er og aldrig er blevet ment som en nærbutik. Fields er fra starten tænkt som et superregionalt center - et sted man kører til."

95. I en af de andre artikler fra Børsen kritiserer adjungeret professor i urban design ved Københavns Universitets fakultet for Life Science, Stig L. Andersson, at Ørestaden minder om et parcelhuskvarter uden byliv. AUS påpeger, at det netop er sådan en kritik man forsøger at imødekomme i planlægningen af Ørestad Syd, og at tidlig etablering af bl.a. dagligvaredetailhandel spiller en vigtig rolle heri.

3.6.2 Konsulentrappporter

96. AUS finder som nævnt, at eneretten er nødvendig for at tiltrække et attraktivt udvalg af dagligvarer til Ørestad Syd på et tidligt tidspunkt i forhold til beboerudviklingen og dermed på et tidspunkt, inden det reelt er profitabelt for en dagligvarevirksomhed at etablere sig i området.

97. AUS henviser i den forbindelse til en række analyser, som AUS har fået foretaget af en detailkonsulent. [...]

98. Konsulentrappporterne vurderer, at hvis der f.eks. kun åbnes [...], vil man få en lavere markedspenetrationsgrad, dvs. en lavere andel af beboere mv. der handler ind i Ørestad Syd. Dette vil ifølge konsulentrappporterne skade hele udviklingen af detailhandelen i Ørestad Syd og på sigt skade selve byudviklingen.

99. Konsulentrappporterne vurderer endvidere, at den samlede, forventede omsætning i Ørestad Syd, når bydelen er fuldt udviklet, vil være [...] kr. Konsulentrappporterne finder endvidere, at arealbehovet til dagligvaredetailhandel vil være [...] m². Det anføres dog andetsteds i rapporterne, at en omsætning på [...] kr. vil kunne understøtte ca. [...] m² dagligvaredetailhandel, hvilket ifølge konsulentrappporterne svarer til [...] supermarkeder.

100. [...]

101. [...]

Figur 3: [...]

102. [...]

103. [...]

104. [...]

105. AUS finder på baggrund af konsulentrapporterne, at den tiårige eneret er sagligt og objektivt begrundet og ikke går videre end nødvendigt for at sikre et rigt udbud af dagligvarer, som etableres på et tidligt tidspunkt i forhold til områdets udvikling.

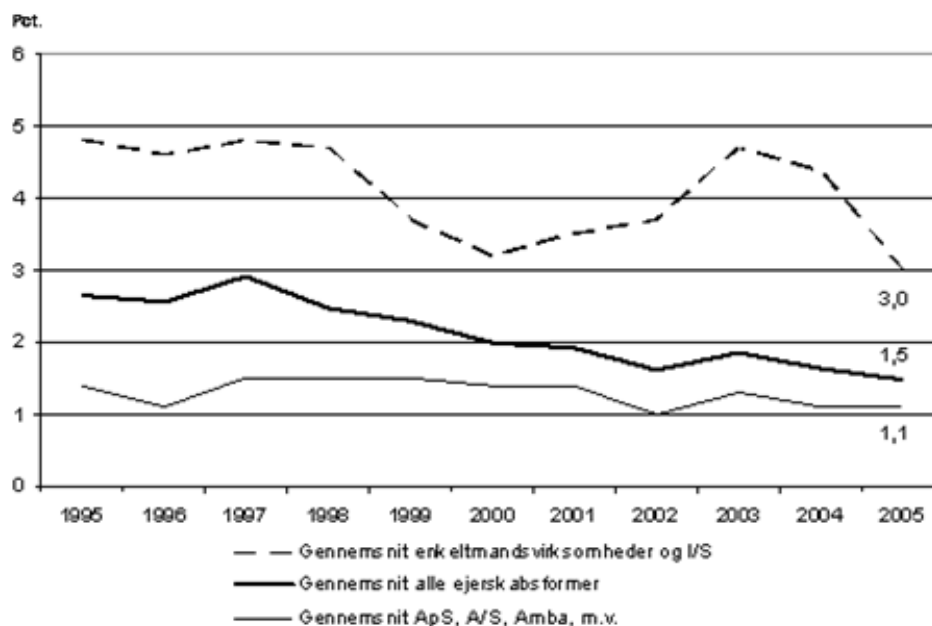
3.7 Konkurrencestyrelsens supplerende bemærkninger om overskudsgrad

106. Konkurrencestyrelsen har udover oplysningerne fra konsulentrapporterne indhentet oplysninger angående overskudsgrader fra Danmarks Statistik for dagligvaredeetailbranchen, jf. figur 4 nedenfor. Konkurrencestyrelsen har endvidere i forbindelse med den nedenfor i afsnit 3.9 omtalte markedsundersøgelse spurgt 9 dagligvarekoncerner om (i) deres gennemsnitlige overskudsgrad (på årsbasis) og (ii) hvor høj den forventede gennemsnitlige overskudsgrad over 10 henholdsvis 15 år (dvs. den akkumulerede overskudsgrad) skal være, før dagligvarekoncernerne uden økonomisk incitament (f.eks. i form af en eneret) vil åbne en dagligvarebutik i et område uden særlig strategisk betydning for dagligvarekædens udbredelse. Endelig har Konkurrencestyrelsen foretaget supplerende beregninger på baggrund af data, der ligger til grund for konsulentrapporternes beregninger.

107. Den gennemsnitlige overskudsgrad for dagligvaredeetailhandel for alle ejerskabsformer svinger ifølge Danmarks Statistik mellem ca. 1,5-3 pct. pr. år i perioden 1995-2005, [...].

108. Tendensen for overskudsgraden for alle ejerskabsformer – set over hele perioden – er nedadgående. Endvidere skal det bemærkes, at overskudsgraden for alle ejerskabsformer på 1,5-3 pct. efter Konkurrencestyrelsens opfattelse er overvurderet, idet overskudsgraden for enkeltmandsvirksomheder og I/S er opgjort før lønnen til ejerne er fratrasket.

Figur 4: Overskudsgrader ifølge Danmarks Statistik



Note 1: Ejeren af en enkeltmandsvirksomhed aflønnes af overskuddet. Den højere overskudsgrad i kategorien "enkeltpersonvirksomheder og I/S" i forhold til "gennemsnit af alle ejerskabsformer" og "gennemsnit ApS, A/S, Amba, mv." skyldes, at overskudsgraden er opgjort inden ejeren har trukket sin løn ud af virksomheden. Der er således et mindre overskud tilbage, når ejeren har trukket sin løn ud af overskuddet. Det vil sige, at overskudsgraden for så vidt angår "gennemsnit enkeltmandsvirksomheder og I/S" og "gennemsnit alle ejerskabsformer" – hvor "enkeltpersonvirksomheder og I/S" også indgår – ikke er direkte sammenlignelig med "gennemsnit ApS, A/S, Amba, mv.". Overskudsgraden er overvurderet for begge kategorier i forhold til "gennemsnit ApS, A/S, Amba, mv."

Note 2: Overskudsgraden er beregnet ved resultat af ordinær drift (overskud før finansielle og ekstraordinære poster og skat) udtrykt i pct. af summen af omsætning og andre driftsindtægter. Der er således tale om et vægtet gennemsnit for hver kategori.

Kilde: Danmarks Statistik, Statistikbanken, Generel Erhvervsstatistik REGN1 og REGN2, branche Supermarkeder, kolonialhandel, NACE 521100.

109. [...]

110. [...]

111. [...]

112. [...]

113. Der må i vurderingen af eneretten tages højde for ovennævnte forhold ved konsulentrapporterne. Konsulentrapporterne og de heri indeholdte fremtidsanalyser kan endvidere i sagens natur ikke give et fuldstændigt og udtømmende billede, men vil være behæftet med usikkerheder. Det er på denne baggrund nødvendigt at tage forbehold,

og konsulentrapporterne kan herefter ikke uden videre lægges til grund i vurderingen af eneretten.

3.8 Markedsbeskrivelse

114. Dagligvaresektoren kan opdeles i 3 forskellige markeder. Der er tale om (i) leverandørmarkedet, (ii) grossistmarkedet og (iii) detailmarkedet. Nærværende sag vedrører detailmarkedet, dvs. salg til den enkelte forbruger gennem dagligvarebutikker.

115. Dagligvaredetailmarkedet omfatter et stort antal varegrupper, der skal dække husholdningernes daglige forbrug. Det drejer sig f.eks. om fødevarer (friske, forarbejdede, frosne mv.), nærings- og nydelsesmidler, rengøringsartikler, vaskemidler, personlig pleje og toiletartikler, etc. (food og non-food).

116. Dagligvaredetailhandelen i Danmark er præget af kæder. Butikker ejet af kapitalkæder har ca. 66 pct. af den samlede detailomsætning, butikker, der er medlem af frivillige kæder, står for ca. 33 pct. af omsætningen, og uafhængige forretninger står kun for omkring 1 pct. af detailomsætningen på det danske marked. [Note: Jf. [Stockmanngruppen](#), *Kæder i dansk detailhandel 2007*, side 149, og Konkurrencestyrelsens egne beregninger.]

117. For kapitalkæderne er udgangspunktet central styring, dvs. at det er kædeledelsen, der træffer beslutning om oprettelse, placering og nedlæggelse af butikker samt beslutning om de enkelt butikkers drift, herunder hvilket sortiment der skal føres, hvor varerne skal købes, hvilke priser de skal sælges til osv., jf. endvidere afsnit 3.9 nedenfor. En kapitalkæde kan således i højere grad udnytte de stordriftsfordele, der ligger i centralt styrede indkøb, markedsføringsiltag, personaleuddannelse, IT-udvikling mv.

118. Ikke desto mindre har nogle kapitalkæder set en fordel i at give de enkelte butikschefen et vist råderum til at træffe selvstændige beslutninger ud fra en vurdering af, at butikschefen har de bedste forudsætninger for at afgøre, hvordan butikken kan konkurrere i lokalområdet. I forbindelse med Konkurrencestyrelsens analyse af de frivillige kæders konkurrenceforhold [note: Jf. Konkurrencestyrelsen, [Rapport om frivillige kæder](#) (maj 2005), jf. særligt side 74. Rapporten, der ikke kun angår dagligvarer, er tilgængelig på www.ks.dk.] har enkelte af de store kapitalkæder indenfor dagligvarer, optik og hårde hvidevarer oplyst, at de i varierende omfang giver deres butikschefer mulighed for selv at fastsætte priser, f.eks. for at imødegå lokal konkurrence eller for at få realiseret store varepartier. Kæderne har ikke nøjagtigt opgjort omfanget heraf. Nogle oplyste, at det har et omfang af et par procent, mens andre oplyste, at det udgør 10-20 pct.

119. Der er 3 store dagligvarekoncerner på det danske dagligvaredetailmarked. Det drejer sig om Coop Danmark A/S, [note: Jf. www.coop.dk] Dansk Supermarked A/S [note: Jf. www.dansksupermarked.dk] og Dagrofa A/S [note: Jf. www.dagrofa.dk]. Coop Danmark omfatter bl.a. kæderne Kvickly, Kvickly Xtra, SuperBrugsen, LokalBrugsen, Dagli' Brugsen, Irma, Irma City og Fakta. Coop Danmark ejer [...] pct. butikkerne i kæderne Kvickly, Kvickly Xtra, SuperBrugsen, LokalBrugsen og Dagli' Brugsen. De resterende [...] pct. er selvstændige brugsforeninger organiseret som franchise, der benytter Coop Danmark som fuldsortimentsgrossist. Coop Danmark ejer 100 pct. af kæderne Irma og Fakta.

120. Dansk Supermarked omfatter bl.a. kæderne Bilka, Føtex og Netto. I Dagrofa-koncernens organisation indgår bl.a. grossisten Supergros A/S, detailkæden SuperBest med i alt 224 butikker samt Alta Discount med 56 butikker. De 3 dagligvarekoncerners kæder er som udgangspunkt landsdækkende, men Irma er indtil videre kun til stede på Sjælland.

121. Ud over de store koncerner kan f.eks. nævnes discountkæden Rema 1000, der har ca. 300 franchisebutikker på landsplan, [note: Jf. www.rema1000.dk/] og den frivillige købmandskæde Spar, der - inkl. Super Spar og Kwik Spar - har ca. 450 butikker på landsplan [note: Jf. www.spar.dk/]. Herudover kan også nævnes Merko, der ligesom f.eks. Rema 1000, Focus og 7-Eleven, indgår i Edeka-koncernen. Merko har knap 100 minimarkeder og mindre supermarkeder fordelt over hele landet [note: Jf. www.merko.dk/index.html]. Endvidere kan nævnes de tyske kæder Aldi med mere end 200 butikker på landsplan [note: Jf. www.aldi.dk/] samt Lidl. Endelig kan nævnes Løvbjerg Supermarked, der ejer 12 supermarkeder i Jylland og på Fyn. [Note: Jf. Løvbjerg Supermarkeds besvarelse på Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse]

122. Omsætningen af dagligvarer i detailledet sker gennem forskellige typer af butikker, der sigter mod at kunne præsentere forbrugerne for et samlet udvalg af produkter inkl. friske fødevarer (mejeriprodukter, frugt og grønt og normalt ofte fersk kød). De forskellige butikstyper varierer fra discount(lavpris-)markeder med et begrænset sortiment på omkring 1.000 varenumre til henholdsvis supermarkeder (8-12.000 varenumre) og varehuse (f.eks. Bilka, Føtex, Kvickly Xtra mv.) med endnu større vareudvalg.

123. I Danmark omsatte discountbutikkerne, supermarkederne og varehusene i 2006 samlet for ca. 92,5 mia. kr. ekskl. moms. [Note: Jf. Stockmanngruppen *Supermarkedshåndbogen 2007*, side 34 og 54-55] Antallet af discountbutikker, supermarkeder og varehusene udgjorde på landsplan primo 2007 i alt ca. 2.300. [Note: Jf. Stockmanngruppen *Supermarkedshåndbogen 2007*, side 16 og 47] Det samlede butiksareal for discountbutikkerne, supermarkederne og varehusene udgjorde primo 2007 ca. 2 mio. m². [Note: Jf. Stockmanngruppen *Supermarkedshåndbogen 2007*, side 23 og 53] Gennemsnitssalgsarealet for supermarkeder og varehuse, ekskl. Kvickly og Bilka, er 788 m², og gennemsnitssalgsarealet for discountbutikkerne er 518 m². [Note: Jf. Stockmanngruppen *Supermarkedshåndbogen 2007*, side 26-27 og 52]

Tabel 2: Omsætning og markedsandele på dagligvaredetailmarkedet (2006)

	Omsætning (mio. kr. ekskl. moms)	Markedsandele (pct.)
Coop	32.957	35,6
Dansk Supermarked	32.947	35,6
Dagrofa	3530	3,9
De selvstændige købmænd	15.431	16,7

Købmandskæder:		
Dreisler	852	0,9
ABC Lavpris	472	0,5
Aktiv Super	326	0,4
Strandberg	284	0,3
Løvbjerg	732	0,8
Aldi	3.463	3,7
Lidl	1.076	1,2
Stormagasiner	416	0,4
I alt	92.486	100

Note 1: Købmandskæderne omfatter Aktiv Super, Merko, Edeka SuperBest, Super Spar, Spar, Kwik Spar og Rema 1000.

Note 2: Coop Danmark omfatter bl.a. kæderne Kvickly, Kvickly Xtra, SuperBrugsen, Dagli' Brugsen, Irma, Irma City og Fakta. Dansk Supermarked omfatter bl.a. kæderne Bilka, Føtex og Netto. I Dagrofa-koncernens organisation indgår bl.a. grossisten Supergros A/S og detailkædene SuperBest og Alta Discount. Supergros er grossist for de selvstændige købmænd.

Kilde: Stockmanngruppen, *Supermarkedshåndbogen 2007*, side 34 og 55, og Konkurrencestyrelsens egne beregninger.

124. De landsdækkende kæder annoncerer i landsdækkende medier, og de har endvidere elektroniske tilbudsaviser på deres respektive hjemmesider. Konkurrenceparametrene i dagligvaredetailhandelen såsom pris, sortimentsbredde, sortimentsdybde, kampagneperioder mv. fastsættes således i vidt omfang centralt og gældende for hele landet. [Note: Jf. endvidere afsnit 3.9 nedenfor og sml. *Carrefour/Promodes*, Case No Comp/M.1684 punkt 23-27]

125. Dagligvaredetailbutikkerne har en relativ høj omsætningshastighed og skal derfor være sikret leverancer af alle typer af dagligvarer mindst et par gange ugentligt. Alle supermarkeder er tilknyttet et samarbejde, som forhandler indkøbsaftaler med leverandører, som tilrettelægger den nødvendige logistik med lagerføring, og som sørger for distribution til butikkerne inden for snævre tidsrammer. [Note: Jf. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 29. september 2004, *Dagrofas overtagelse af ISO-ICA*]

126. Ud over supermarkederne, discountbutikkerne og varehusene findes forskellige typer af dagligvarebutikker som kiosker, købmænd, servicestationer, "foodservice"/convenience stores og nærbutikker. Disse butikker har et mere snævert sortiment

målrettet mod et bestemt kundesegment og f.eks. kun et meget begrænset udvalg af friske fødevarer.

127. Endvidere findes der specialvarebutikker med et snævert dagligvaresortiment. Disse forretninger har som regel et dybt sortiment inden for den enkelte varegruppe. Eksempler på specialvareforretninger er slagtere, bagere, fiskeforretninger, ostehandlere og delikatessforretninger.

3.9 Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse

...

3.10 Høringssvar

201. Et udkast til rådsafgørelse blev sendt i høring hos AUS den 29. februar 2008. AUS har ved e-mail af 12. marts 2008 meddelt, at AUS ikke har "umiddelbare bemærkninger" til høringsudkastet.

202. Som led i oplysningen af sagen har Konkurrencestyrelsen fundet det mest hensigtsmæssigt at gennemføre en høring af klager. Konkurrencestyrelsen har derfor fremsendt udkast til rådsafgørelse i høring hos DSK den 4. marts 2008. Herudover har DSK også tidligere - ud over DSK's oprindelige klage - indsendt bemærkninger til Konkurrencestyrelsen.

203. DSK anfører i sit høringssvar af 10. marts 2008 bl.a., at

"begrænsningen af konkurrencen i den konkrete situation må vurderes at være væsentlig for de butikker, som etableres, eftersom en lokalt betydelig begrænsning er en forudsætning for nødvendigheden af overhovedet at vælge at tildele et monopol. Hvis begrænsningen ikke er konkret væsentlig i lokalområdet for de butikker, som forventes etableret, ville udbuddet være uden betydning – og butikkerne kunne lige så vel etablere sig i fri konkurrence.

204. Herudover gør DSK gældende, at den 10-årige eneretsperiode er "langt mere end det nødvendige for at opnå de stipulerede mål", og DSK finder, at der bør fastsættes en kortere eneretsperiode

"– også set i lyset af, at der ikke tidligere har været lavet sådanne konstruktioner, og at de umiddelbare konsekvenser samt virkninger på længere sigt for den lokale butiksstruktur derfor ikke kendes."

205. DSK har i sit brev af 12. november 2007 overordnet gjort gældende, at der allerede som en konsekvens af udbuddets udformning sker en indskrænkning af den fremtidige frie konkurrence. DSK finder, at udbudsmaterialet i realiteten alene giver 3 virksomheder i Danmark mulighed for at byde på koncessionen. DSK anfører, at det som sådan ikke er udbudsformen, DSK opponerer mod, men derimod at der etableres en monopolsituation efter udbuddets afholdelse. DSK anfører videre, at det ikke i en storby kan forventes, at kunderne transporterer sig over større afstande for at foretage de daglige indkøb, og at den kommende dagligvarebutik i Ørestad Syd må forventes at få en central funktion.

206. DSK gør i forlængelse heraf opmærksom på, at såfremt Dansk Supermarked byder på og vinder koncessionen, vil denne virksomhed, både for så vidt angår antal kvadratmeter og omsætning, have monopol på en betydelig del af markedet i Ørestaden, idet Bilka i Field's med sine mange kvadratmeter og betydelige omsætning allerede i dag har en stor del af dagligvaredetailmarkedet i området.

207. DSK finder herudover, at en konstruktion med etablering af et monopol med en eneretsperiode på 10 år er ganske enestående i dansk byudviklingshistorie og ikke tidligere er set inden for detailhandelsverdenen. DSK anfører, at selvom der aldrig tidligere er tildelt eneret, kan det samtidig konstateres, at der på trods heraf faktisk sker etablering af dagligvarebutikker mange steder i landet. DSK mener, at der ikke er tvivl om, at der er flere dagligvarebutikker beliggende i byer med 10.000 – 15.000 indbyggere, som ville værdsætte eneretsperioder, hvor etablering af f.eks. en konkurrerende discount-butik kunne undgås.

208. DSK finder også, at eneretsperioden bør forkortes, så der skabes sammenhæng mellem ønsket om at tiltrække en aktør til området og det forhold, at der foreligger en vedtaget lokalplan for området, og det derfor må forventes, at udbygningen af området færdiggøres inden for en overskuelig årrække.

209. DSK har herudover bemærkninger til konkrete punkter, der er indarbejdet i notatet.

4 Vurdering

210. I det følgende undersøges, om AUS overtræder konkurrencelovens § 6 ved gennem en koncession at tildele én kontrahent 10 års eneret på dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd.

4.1 Udbudsretlige forhold

211. Konkurrence- og udbudsreglerne er som udgangspunkt 2 uafhængige regelsæt. En vurdering efter konkurrencelovens § 6 omfatter således ikke spørgsmålet om udbudsretlige forhold ifm. AUS' tildeling af koncessionen gennem udbud. [Note: Sml. Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2006, *Anmeldelse af aftale om ophør af R98's koncession*, punkt 200]

212. Konkurrenceloven finder anvendelse i de tilfælde, hvor en virksomhed agerer i forbindelse med et udbud. I Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2005, *DBC medier as* (herefter 'DBC'), [note: Sml. endvidere den vejledende udtalelse fra Konkurrencerådets møde den 30. januar 2002, *Indkøbsforeningers brug af udbud*.] fandt rådet, at DBC havde misbrugt sin dominerende stilling i forbindelse med deltagelse i EU-udbud om kommunebibliotekers indkøb af AV-materialer (film, multimedia og lydbøger). Konkurrencerådet konkluderede, at det var i strid med konkurrencelovens § 11 og EF-Traktatens artikel 82, at DBC i sine tilbud i udbudsrunderne gjorde opnåelse af rabat betinget af, at bibliotekerne købte alle deres AV-materialer hos DBC. Det var Konkurrencerådets opfattelse, at DBC's rabatordning gjorde det vanskeligt for andre leverandører af AV-materialer end DBC at vinde udbuddene.

4.2 Konkurrencebegrænsende aftaler, konkurrencelovens § 6 og artikel 81

213. For at vurdere om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, er det nødvendigt at definere det relevante marked. Det relevante marked består af en afgrænsning af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.

214. Det følger af konkurrencelovens § 5 a, der suppleres af Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked, [note: Jf. Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsningen af det relevante marked (97/ 372/03)] at det relevante marked skal afgrænses på baggrund af undersøgelser af efterspørgsels- og udbuds-substitutionen og evt. den potentielle konkurrence.

4.2.1 Det relevante produktmarked

215. Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som indbyrdes substituerbare på grund af produkternes eller tjenesteydelsernes egenskaber, pris eller anvendelsesformål.

216. Der kan afgrænses et relevant produktmarked i nærværende sag. Det drejer sig om dagligvaredetailmarkedet, der efter Konkurrencestyrelsens opfattelse omfatter discountbutikker, supermarkeder og varehuses salg af dagligvarer (food og non-food) til forbrugerne, men ikke omfatter kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. eller specialvarebutikker.

Dagligvaredetailmarkedet

217. Konkurrencemyndighederne har i en række afgørelser afgrænset det relevante produktmarked vedrørende dagligvarebranchen. [Note: Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2005, *DSK' koordinerende adfærd - undersøgelse af dankortgebyret*, Konkurrencestyrelsens afgørelse af 29. september 2004, *Dagrofas overtagelse af ISO-ICA*, Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2001, *Netto A/S' overtagelse af SUMA Dagligvarer A/S*, Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2001, *Fusion mellem Dagrofa A/S og KC Storkøb, Korup A/S*, samt *Rewe/Meinl*, Case No Comp/M.1221 punkt 10-17, og *Kesko/Tuko*, Case No Comp/M.784 punkt 18-20]

218. I sagen *Netto A/S' overtagelse af SUMA Dagligvarer A/S*, 28. marts 2001 og sagen *Dagrofas overtagelse af ISO-ICA*, 29. september 2004, fandt Konkurrencerådet, at der kunne afgrænses et dagligvaredetailproduktmarked. Det nævnte produktmarked omfattede discountbutikkers, supermarketers og varehuses salg af dagligvarer (samtlige food/non-food dagligvareprodukttyper) til forbrugerne. I sagen *Netto A/S' overtagelse af SUMA Dagligvarer A/S* udtalte rådet endvidere, at kiosksektoren adskilte sig fra de øvrige butikskoncepter i forhold til varesortiment, størrelse af salgsarealet, prisniveauet samt åbningstiderne.

219. I sagen *Fusion mellem Dagrofa A/S og KC Storkøb, Korup A/S*, Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2001, fandt Konkurrencerådet, at det relevante produktmarked var dagligvaredetailhandelen minus kiosksektoren. Rådet valgte en markedsafgrænsning, der ikke omfattede kiosker og servicestationer, fordi det blev skønnet, at disse butikker på væsentlige parametre

”endnu afviger fra den øvrige dagligvarehandel i et omfang, der bevirker, at de ikke tilbyder en service, der direkte konkurrerer med den øvrige dagligvarehandel. Der er således stor forskel i bredden på varesortimentet, salgsarealets størrelse, åbningstiden og det generelle prisniveau. Disse salgssteder yder derimod en service, der supplerer dagligvarebutikkerne”.

220. I sagen *Rewe/Meinl*, Case No Comp/M.1221, Kommissionens beslutning af 3. februar 1999, fremgår det af beslutningens punkt 10, at Kommissionen “ligesom i sine tidligere beslutninger” lægger til grund, at det relevante produktmarked består af ét samlet dagligvaredetailmarked,

“som omfatter alle detailbutikker, navnlig supermarkeder og lavprisvarehuse, der fører et for dagligvarehandel typisk sortiment bestående af fødevarer og non-food-varer (men som altså ikke omfatter specialbutikker som f.eks. slagtere og bagere)”.

221. I sagen *Kesko/Tuko*, Case No Comp/M.784, Kommissionens beslutning af 20. november 1996, konkluderede Kommissionen i punkt 20, at det relevante marked bestod af tilvejebringelse af et samlet udvalg af frisk- og tørvarer samt non-food husholdningsforbrugsvarer solgt i supermarkedsomgivelser. Kommissionen konkluderede endvidere, at salg fra specialvarebutikker, kiosker og servicestationer ikke var en del af det relevante marked, idet disse udsalgssteder tilbød ydelser, som var komplementære til supermarkeder og andre dagligvaredetailbutikker.

222. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked i den foreliggende sag skal det først vurderes, om dagligvaredetailproduktmarkedet omfatter kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. For så vidt angår efterspørgselssubstitution, er det netop ovenstående konkurrenceparametre (sortiment, åbningstider mv.), der bevirker, at en varig prisstigning på supermarkederne og andre dagligvaredetailbutikkers varesortimenter i forhold til kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. ikke i nævneværdig grad kan antages at påvirke efterspørgslen i kiosker, conveniencebutikkerne, servicestationer mv.

223. Der henvises til, at det begrænsede vareudbud hos kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. ikke kan sidestilles med det bredere anlagte indkøb i supermarkeder og andre dagligvaredetailbutikker (“one-stop-shopping”), hvor man kan finde alle de varer (food og non-food) på ét sted, som man har behov for.

224. Endvidere indikerer det forhold, at prisen generelt set er højere i kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv., [note: Sml. *Rewe/Meinl*, Case No Comp/M.1221, Kommissionens afgørelse af 3. februar 1999, punkt 15, hvor det anføres, at prisforskellen mellem kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. var 25-30 pct. højere (for drikkevarer op til 50 pct. højere) end i supermarkederne] at supermarkederne og de andre dagligvaredetailbutikker befinder sig på et andet produktmarked end dagligvarer i kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. Der er dog varer, hvor der ikke er prisforskelle mellem supermarkeder og kiosker mv. Som eksempel kan nævnes cigaretter, hvor prisen fremgår af banderolen.

225. For så vidt angår udbudssubstitution kan det ikke antages, at en varig prisstigning på 5-10 pct. blandt supermarkederne og andre dagligvaredetailbutikker vil medføre, at

udbydere af dagligvarer i kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. i stedet vil udbyde et supermarkedskoncept. For det første kræver det en helt anden logistik at drive et fuldsortiments supermarked og andre dagligvaredetailbutikker end en mindre kiosk, conveniencebutik, servicestation mv. For det andet kræver et fuldsortiment supermarked og de andre dagligvaredetailbutikker flere kvadratmeter, end hvad der normalt er knyttet til en kiosk, conveniencebutik, servicestation mv.

226. Det vurderes på baggrund af ovenstående forhold, at der ikke i nærværende sag er grundlag for at fravige hidtidig praksis. Der er derfor ikke tale om, at kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. tilhører samme relevante produktmarked som supermarkeder og andre dagligvaredetailbutikker.

227. Ud over kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. findes der en række specialvarebutikker, der dækker enkelte områder indenfor dagligvaredetailhandelen. Det kan f.eks. dreje sig om slagtere, bagere, ostehandlere, fiskebutikker og delikatessforretninger. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked skal det derfor for det andet vurderes, om dagligvaredetailproduktmarkedet omfatter sådanne specialvarebutikker.

228. Som anført af Kommissionen i *Rewe/Meinl*-sagen forventer forbrugerne at møde et bestemt udbud i dagligvaredetailhandelen, jf. beslutningens punkt 13. Som det er tilfældet med kiosker mv., jf. ovenfor, kan specialbutikkernes begrænsede udbud ved en vurdering af efterspørgselssubstitutionen ikke sidestilles med det bredere anlagte indkøb i supermarkeder og andre dagligvarebutikker ("one-stop-shopping"), hvor man kan finde alle de varer på ét sted, som man har behov for.

229. For så vidt angår udbudssubstitution, kan det ikke antages, at en varig prisstigning på 5-10 pct. blandt supermarkederne og de andre dagligvaredetailbutikker vil medføre, at udbydere af specialvarebutikkerne i stedet vil begynde at udbyde et supermarkedskoncept. For det første kræver det en helt anden logistik at drive et fuldsortiments supermarked og andre dagligvaredetailbutikker end en mindre specialvarebutik. For det andet kræver et fuldsortiment supermarked og andre dagligvaredetailbutikker flere kvadratmeter, end hvad der normalt er knyttet til en specialvarebutik, hvorfor det ikke umiddelbart er muligt for en specialvarebutik at skifte koncept.

230. Det vurderes på baggrund af disse forhold ikke, at der i nærværende sag er grundlag for at fravige hidtidig praksis. Der er derfor ikke tale om, at specialvarebutikker udgør samme relevante produktmarked som supermarkeder og andre dagligvarebutikker.

231. Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked skal det for det trede vurderes, om der skal sondres mellem discountbutikker/lavprisbutikker og mellem-/high-end butikker.

232. Lavprisbutikkerne tilbyder også "one-stop-shopping" inden for samme åbningstider som supermarkeder og andre dagligvaredetailbutikker, og selvom priserne ofte er en anelse lavere, kan lavprisbutikkerne i udpræget grad substituere indkøb i supermarkeder og andre dagligvaredetailbutikker. Dette understøttes af, at samtlige food/non-food dagligvareprodukttyper, der forefindes i lavprisbutikker, ligeledes udbydes i su-

permarkeder og varehuse, jf. ligeledes Konkurrencerådets afgørelse i sagen *Netto A/S' overtagelse af SUMA Dagligvarer A/S*.

233. Ændringen af konkurrenceloven i 2000 medførte en særlig dansk regel – den såkaldte designregel. I forarbejderne til loven [note: Betænkning afgivet af Erhvervsudvalget den 18. maj 2000 til lovforslag L 242, FT 1999-2000, tillæg B, side 1288] fremgår, at et produkt, der alene adskiller sig fra andre produkter med samme funktionalitet ved eksklusivt design eller prestige tilknyttet produktet, ikke udgør et særskilt marked. I forarbejderne er det anført, at sådanne konkurrencefordele er mulige at overvinde for konkurrerende virksomheder gennem deres egen designudvikling, markedsføring mv. Forskelle mellem supermarkeder og lavpris-/discountbutikker angående produktkvalitet, indretning o. lign. er således ikke i sig selv tilstrækkeligt til at anse supermarkeder og lavpris-/discountbutikker for 2 forskellige produktmarkeder.

234. Hertil kommer, at der på dagligvaredetailmarkedet via argumentet om substitutionskæder mellem discountsegmentet til mellemsegmentet og fra mellemsegmentet til high end-segmentet er en forbindelse mellem discountsegmentet og high end-segmentet. Substitutionskæder er nærmere behandlet nedenfor i forbindelse med afgrænsningen af det geografiske marked.

235. For så vidt angår udbudssubstitution, vurderes det, at en discountbutik ved en varig prisændring på 5-10 pct. i supermarkederne vil kunne ændre koncept væk fra discountkonceptet og over til et almindeligt supermarkedskoncept. Det skyldes for det første, at discountbutikker råder over den fornødne logistik og et butiksareal af en sammenlignelig størrelse i forhold til supermarkeder. For det andet er markedet i høj grad præget af dagligvarekoncerner, som er bredt funderet med forskellige butikskæder inden for low end-, mellem-, og high end-segment (f.eks. Coop der ejer henholdsvis Fakta, Brugsen og Irma). Således vil dagligvarekoncernernes knowhow inden for disse forskellige markedssegmenter gøre det nemmere at udvide deres markedsandele på tværs af segmenter.

236. Det vurderes, at der i nærværende sag ikke er grundlag for at fravige hidtidig praksis. Det vurderes, at lavpris-/discountbutikker tilhører samme produktmarked som supermarkederne.

237. I forlængelse af det ovenfor anførte om lavpris-/discountbutikker skal det for det fjerde vurderes, om dagligvaredetailmarkedet omfatter varehuse. For så vidt angår efterspørgselssubstitution, er det et sammenligneligt sortiment ("one-stop-shopping"), sammenlignelige åbningstider og priser, som vil kunne få forbrugerne til at handle i et varehus i stedet for i supermarkeder.

238. For så vidt angår udbudssubstitution, er det muligt, at varehuse ved en varig pristigning i supermarkederne vil skifte om til et supermarkedskoncept, idet varehusene allerede har lignende logistik, butikslokaler, markedsføring mv. Hertil skal lægges, at de 3 store dagligvarekoncerner i Danmark allerede har den fornødne knowhow, idet de alle har varehuse, supermarkeder og discountbutikker i deres portefølje.

239. Det vurderes derfor, at varehuse tilhører samme produktmarked som supermarkederne.

240. I overensstemmelse med hidtidig praksis vurderes det samlet, at det relevante produktmarked i den foreliggende sag kan afgrænses til dagligvaredetailmarkedet. Dette marked omfatter supermarkeder, lavpris-/discountbutikker og varehuse med "one-stop-shopping", men omfatter ikke kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. eller specialvarebutikker.

4.2.2 Geografisk markedsafgrænsning

241. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor den involverede virksomhed afsætter eller efterspørger produkter eller tjenesteydelser, som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes.

242. I Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked [note: Jf. punkt 57 i Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsningen af det relevante marked (97/ 372/03)] anføres i punkt 17, at det afgørende spørgsmål ved vurdering af efterspørgselssubstitutionen er,

"om parternes kunder ville skifte til lettilgængelige substitutionsprodukter eller leverandører andre steder på grund af en hypotetisk, lille (i størrelsesordenen 5-10 %) varig stigning i den relative pris på de pågældende produkter og i de pågældende områder.

Hvis substitutionen er tilstrækkelig til at gøre prisstigningen urentabel på grund af den omsætningsnedgang, den medfører, medtages yderligere substitutionsprodukter og områder i det relevante marked, indtil man opnår en bestemt række produkter og geografiske områder, hvor små, varige stigninger i de relative priser ville være rentable. ..."

243. I Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked anføres i punkt 20 om udbudssubstitutionen:

"Udbudssubstitution kan også tages i betragtning ved markedsafgrænsning i de situationer, hvor den har de samme effektive og direkte virkninger som efterspørgselssubstitution. Dette forudsætter, at leverandørerne som reaktion på små, varige ændringer i de relative priser omgående kan omstille produktionen til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sigt [note udeladt], uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger eller ricisi. Når disse betingelser er opfyldt, vil den yderligere produktion, der markedsføres, få en disciplinerende virkning på de involverede virksomheders konkurrencemæssige adfærd. Sådanne effektive og direkte virkninger svarer til virkningerne af efterspørgselssubstitution."

244. Det anføres endvidere i Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked, at substitutionskæder kan medføre en afgrænsning af et relevant marked, hvor produkter eller markedets yderområder ikke er direkte substituerbare. Kommissionen anfører i forlængelse heraf bl.a. i punkt 57-58:

"57. ...Som eksempel kan nævnes det geografiske marked for et produkt med betydelige transportomkostninger. I sådanne tilfælde er leverancer fra et bestemt

anlæg begrænset til et bestemt område omkring hvert anlæg på grund af transportomkostningerne. I princippet kan et sådant område udgøre det relevante geografiske marked, men hvis anlæggene er fordelt således, at der er betydelige overlapninger mellem områderne omkring de forskellige anlæg, vil prissætningen på disse produkter muligvis blive begrænset af en kædesubstitutionseffekt og føre til afgrænsning af et bredere geografisk marked.

58. Ud fra et praktisk synspunkt skal begrebet substitutionskæder bekræftes af de faktiske forhold, f.eks. den indbyrdes prisafhængighed ved substitutionskædernes ydergrænser, for at der i et konkret tilfælde kan afgrænses et større relevant marked. Prisniveauerne ved kædernes ydergrænser skal også være af samme størrelsesorden.”

245. Forhold, der generelt set kan have betydning ved afgrænsningen af det geografiske marked, er eksempelvis prisniveau og -udsving, forbrugerpræferencer, markedsandele og transportomkostninger. I mange tidligere sager for Konkurrencerådet er det geografiske marked afgrænset til Danmark. Dette er bl.a. en naturlig følge af, at Danmark som nationalstat udgør én enhed med eget sprog, lovgivning, myndigheder mv. Der er endvidere virksomheder indenfor flere brancher, som har opbygget et landsdækkende markedsførings- og distributionsnet, herunder dagligvarebranchen, jf. i det følgende. [Note: Jf. Konkurrenceredegørelse 2003, kapitel 8, *Afgrænsning af det relevante marked*]

Dagligvaredetailmarkedet

246. Konkurrencemyndighederne har i en række sager afgrænset det relevante geografiske dagligvaredetailmarked. Konkurrencemyndighederne har imidlertid haft en lidt varierende praksis vedrørende dette spørgsmål. Det geografiske marked ifølge praksis varierer således fra et landsdækkende marked som det bredeste til 20 minutter i bil regnet fra den enkelte dagligvaredetailhandel (20 minutters kørselsradius) som det snævrere geografiske marked.

247. Konkurrencerådet fandt i sagen om De Samvirkende Købmænds (DSK's) tilkendegivelser til medlemmerne om at opkræve et Dankortgebyr på 50 øre, [note: Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2005, *DSK's koordinerende adfærd - undersøgelse af dankortgebyret*] at det relevante geografiske dagligvaredetailmarked kunne afgrænses nationalt til Danmark. I afgørelsens punkt 47 anføres:

”Konkurrencestyrelsen finder med henvisning til Kommissionens betragtninger, at de lokalmarkeder inden for dagligvarehandlen, som der måtte være i nærværende sag, overlapper hinanden ud over hele Danmark. Endvidere er DSK's medlemmer spredt ud over hele Danmark. Der kan derfor ikke efter Konkurrencestyrelsens opfattelse umiddelbart afgrænses nogle lokalmarkeder, som er snævrere end Danmark, og som kan sondres fra hinanden.”

248. Konkurrencerådet fandt derfor, at det geografiske marked, uanset de lokale dagligvaremarkeder der måtte være, var nationalt. Som anført i citatet fandt rådet, at de lokale markeder overlappede hinanden, jf. Kommissionens omtale af substitutionskæder ovenfor i punkt 244.

249. I fusionssagen *Dagrofas overtagelse af ISO-ICA* [note: Jf. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 29. september 2004, *Dagrofas overtagelse af ISO-ICA*] blev det relevante geografiske dagligvaredetailmarked afgrænset regionalt til Storkøbenhavn og Nordsjælland. Det skete med den begrundelse, at de overtagne forretninger var beliggende i disse områder. I fusionssagen *Netto A/S' overtagelse af SUMA* [note: Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2001, *Netto A/S' overtagelse af SUMA Dagligvarer A/S*] blev der ikke endeligt afgrænset et geografisk marked. Det blev imidlertid bl.a. anført i afgørelsen, at markedet muligvis kunne afgrænses til Sjælland eller alternativt nationalt til Danmark.

250. I sagen *SuperGros' samhandelsbetingelser*, der vedrørte dagligvaregrossistmarkedet, fandt Konkurrencerådet, at det geografiske marked skulle afgrænses til Danmark, hvilket SuperGros var enig i. [Note: Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2007, *SuperGros' samhandelsbetingelser*, punkt 114-117]

251. Fra fællesskabspraksis om dagligvaredetailmarkedet kan nævnes, at Kommissionen i fusionssagen *Carrefour/Promodes* [note: Jf. *Carrefour/Promodes*, Case No Comp/M.1684 punkt 23-27] fandt, at det relevante geografiske marked kunne afgrænses lokalt til "catchment-området" omkring et supermarked, der af forbrugerne kan nå inden for ca. 20 minutter i bil. Kommissionen bemærkede dog samtidig, at butikker, hvis "catchment-område" overlapper hinanden, kan medføre en "knock-on"- eller "chain reaction"-effekt og således påvirke dagligvaredetailkonkurrencen længere væk end det nævnte lokalområde. Kommissionen lod imidlertid den endelige markedsafgrænsning stå åben i sagen, da markedsafgrænsningen ikke var afgørende for fusionsbehandlingen.

252. I sagen *Spar/Dansk Supermarked* [note: Jf. Kommissionens beslutning af 3. februar 1992 i sag M.179, *Spar/Dansk Supermarked*, pkt. 11] om etableringen af et fællesejet selskab, der skulle drive discountsupermarked i Brandenburg og Mecklenburg-Vorpommern, udtalte Kommissionen, at de geografiske markeder som udgangspunkt kunne afgrænses til de enkelte supermarkeder med tillæg af områder af en vis størrelse omkring forretningerne (svarende til 20 minutters kørselsradius omkring hvert supermarked). Det anføres dog samtidig i beslutningens punkt 11, at da de enkelte lokale markeder hænger sammen, må de ses i en sammenhæng.

253. I *Kesko/Tuko* [note: Jf. Kommissionens beslutning af 20. november 1996 i sag M.784, *Kesko/Tuko*, pkt. 21. Se endvidere Kommissionens beslutning af 26. juni 1997 i sag M.890 *Blokker/Toys R' Us*, pkt. 38-42] blev markedet ikke endeligt afgrænset, men Kommissionen anførte om substitutionskæder:

"Desuden vil den grad af overlapning, der kan findes mellem supermarkedernes oplande, og fordelingen af såvel forbrugerbefolkningen ikke alene være afgørende for konkurrencesamspillet mellem supermarkeder inden for geografisk tilstødende områder, men vil også til en vis grad have en afsmitnings- eller kædereaktionseffekt på supermarkeder, der ligger længere væk. Endvidere er der mange vigtige konkurrenceparametre, såsom produktudbud, leverandører, kvalitet, service (åbningstider osv.), reklame, tilbudskampagner og priser (f.eks. tilbudspriser), der ikke bestemmes på lokalt plan, men derimod på regionalt eller nationalt plan. Sådanne beslutninger iværksættes ofte i flere detailbutikker i et område. På

baggrund heraf er det både rimeligt og nødvendigt at tage udgangspunkt i en samlet helhed af, hvad der set med den enkelte forbrugers øjne kan være et meget lokalt marked.”

254. I en nyere fusionssag indenfor dagligvaredetailhandel i Tjekkiet, REWE/Delvita, [note: Jf. Kommissionens beslutning af 25. april 2007 i sag M.4590] er anført om det geografiske marked:

“2. Geographic market

Retail market for daily consumer goods

16. In the absence of other statistical tools at hand, the parties have delineated the local markets at the level of the Local Administrative Units 1 (LAU 1, in the past: NUTS 4), which correspond to 77 subdivisions of the Czech territory (the number of inhabitants in one subdivision is, roughly speaking, about 100,000 to 200,000). The parties submit that LAU 1 are, in most cases, equalling catchments’ areas of about 20-30 km around the respective outlets which are, in most cases located in the geographical centres of the LAU 1.

17. Moreover, the parties argue that they offer a nationwide identical assortment of products, address marketing activities to a nationwide audience and pursue an investment and pricing strategy at national level. To the parties’ knowledge, other main stakeholders in the Czech market (Metro, Ahold, Schwarz, Tesco, Lidl, Tengelmann, Globus etc.) do not operate the market significantly differently, but compete with REWE/Delvita by means of strategies and competitive measures at national level. The parties submit that the Czech Office for Protection of Economic Competition defined the product market for retail sale of daily consumer goods to be national in scope in the case Ahold/Julius Meinl of 2 September 2005.

18. In previous Commission cases the geographic market for the retail sale of daily consumer goods has been delineated, according to demand side arguments, by the boundaries of a territory where the outlets can be reached easily by consumers (radius of approximately 20 to 30 minutes driving time) [note udeladt]. This territory may also be larger (e.g. regional or national) if different local areas are connected in such a way that they result in overlapping circles [note udeladt]. The delineation of each local area can only be undertaken on a case by case basis by taking into account specific local circumstances.

19. The market investigation has confirmed that the radius of a 20 to 30 minutes drive for customers to reach their outlets is appropriate for the Czech Republic. Furthermore, according to the parties’ competitors, the local markets at the level of the LAU 1 as proposed by the parties are a sufficient approximation to the relevant radius for the assessment of this transaction.

20. At the same time, the parties’ competitors confirmed that they are active at national level and their strategic decisions like product range, assortment and advertising are decided at national level. However, it does not seem appropriate

to define the retail market for daily consumer goods to be national in scope, as from demand side perspective, these markets are local.

Procurement

21. The Commission has in previous cases defined the markets for procurement of daily consumer goods to be national in scope.

22. For the purposes of this case, the exact product and geographical market definitions may be left open since under all alternative definitions considered, effective competition is not significantly impeded.”

255. Konkurrencerådet har i visse tilfælde uden for dagligvaredetailmarkedet afgrænset det geografiske marked mere snævert end Danmark. I Lokalbanksagen fandt Konkurrencerådet, at det relevante geografiske marked for detailbankprodukter skulle afgrænses til regionale eller måske endda lokale områder, jf. nedenfor. [Note: Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2007, *Lokalbanksamarbejdet*]

256. Afgrænsningen af det relevante geografiske marked i Lokalbanksagen blev foretaget på baggrund af flere forskellige markedsundersøgelser. *For det første* havde man for 8 udvalgte bankgebyrers vedkommende undersøgt prisforskelle mellem 56 pengeinstitutter. *For det andet* have man ved hjælp af et analyseinstitut interviewet knap 1.000 private bankkunder om deres adfærd, herunder om kunderne ville vælge en bank på den modsatte side af Storebælt i forhold til bopæl eller arbejde, og om hvor lang en afstand til bankfilial fra bopæl eller arbejde, kunderne ville acceptere. *For det tredje* havde man i Lokalbanksagen spurgt 64 udvalgte bankfilialer blandt 11 banker om privatkunders og små og mellemstore erhvervskunders placering fordelt på postnumre i forhold til de pågældende filialer. *For det fjerde* havde man bedt 12 banker vurdere konkurrencepresset fra henholdsvis en række landsdækkende og en række lokale banker. Endelig havde man for det *femte* fremlagt dokumentation for, at landets største bank, Danske Bank, ved fastsættelsen af udlånsrenten tog hensyn til de lokale konkurrenceforhold.

257. Undersøgelserne i Lokalbanksagen viste bl.a.,

- at cirka 90 procent af bankkunderne havde valgt en bank mindre end 50 km. væk fra deres arbejde eller bopæl,
- at bankkunderne i høj grad boede eller arbejdede inden for samme postnummer som deres bankfilial,
- at 80 procent af kunderne - i tilfælde af bankskift - ikke ville vælge en bank på den anden side af Storebælt,
- at bankfilialer havde mindre end 5 procent af deres kunder på den anden side af Storebælt,
- at kunderne lagde vægt på at kunne mødes personligt med deres bankrådgiver,
- at der blandt bankkunderne var betydelige lokale præferencer, og

- at Storebælt var en så betydelig barriere for valg af bank, at der ikke forelå substitutionskæder mellem Øst- og Vestdanmark.

258. Konkurrencerådet fandt på den baggrund, at det relevante geografiske marked for detailbankprodukter kunne afgrænses til i hvert fald Øst- henholdsvis Vestdanmark, og at markedet muligvis kunne afgrænses endnu mere snævert til lokale eller (mindre) regionale områder.

259. Konkurrenceankenævnet tilsidesatte imidlertid Konkurrencerådets afgrænsning af det relevante geografiske marked. [Note: Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007, *Møns Bank m.fl. mod Konkurrencerådet*] Ankenævnet anførte:

”Der er omkring 5 pengeinstitutter med et landsdækkende filialnet (bl.a. Danske Bank og Nordea).

...

De landsdækkende banker må på det af Konkurrencerådet i den påklagede afgørelse definerede produktmarked – detailbankmarkedet – antages at have en markedsandel på omkring 80%.

...

Fastlæggelsen af det relevante marked i geografisk henseende til Østdanmark med Storebælt som grænse er i strid med hidtidig praksis, hvorefter detailbankmarkedet har været nationalt afgrænset. Det må da også have formodningen mod sig, at Danmark, hvor hovedparten af kunderne betjenes af nogle få banker med et landsdækkende filialnet, kan opdeles i selvstændige markeder for henholdsvis Østdanmark og Vestdanmark. Der er ikke i det, som Konkurrencestyrelsen er fremkommet med til brug for nærværende sag, fornødent faktisk belæg for i strid med hidtidig praksis og den nævnte formodning at fastlægge det relevante detailbankmarked i geografisk henseende som sket i den påklagede afgørelse.” [Note: Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007, afsnit 6.3 og 6.5.]

260. Konkurrenceankenævnet anførte således, at det havde formodningen mod sig, at det geografiske marked var mindre end Danmark, når kunderne blev betjent af få virksomheder med et landsdækkende net af forretningssteder. Det var ikke tilstrækkeligt for at imødegå denne formodning, at undersøgelserne i Lokalbanksagen entydigt pegede på, at kunderne valgte en lokalbeliggende bankfilial.

261. I en sag på markedet for VHS- og DVD-produkter, fjernsyn mv. fandt Konkurrencerådet med følgende begrundelse, at det geografiske marked var nationalt: [Note: Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. april 2002, *B&O*, punkt 84]

”Derudover må det geografiske marked set fra de enkelte forbrugeres synsvinkel udgøre Danmark eller endda ofte kun et lokalområde i Danmark, fordi den installationsservice, der er knyttet til salget af produktet, kun ydes, hvis produktet sælges i forhandlerens sædvanlige område. Det relevante geografiske marked er dog ikke lokalt, men hele Danmark, idet de lokale markeder er overlappende, og listepriiserne på stort set alle B&O's produkter er ens i hele Danmark. Til gengæld er der visse prisforskelle mellem landene, ligesom forbrugernes grænseoverskridende handel er ubetydelig.”

Vurdering

262. På baggrund af praksis er der både argumenter for at afgrænse et nationalt geografisk marked og et lokalt geografisk marked defineret som 20 minutters kørselsradius i bil. Der er derimod ikke belæg for at afgrænse det relevante, geografiske marked mere snævert end 20 minutters kørselsradius i bil. Det anslås, at 20 minutters kørselsradius i bil i Hovedstadsområdet ud fra et konservativt skøn svarer til ca. 10 km. [Note: Sml. opslag på ruteplanen på www.krak.dk, hvor det fremgår, at man fra Ørestad Syd på 20 minutter eller derunder bl.a. kan køre til Hundige Station (19,8 km / 16 min.), Ballerup Station (26,6 km / 20 min.), Buddinge Station (27,1 km / 19 min) og Gentofte Station (18,1 km / 18 min).]

263. I vurderingen af det geografiske markedes afgrænsning i nærværende sag er der en række forhold, der alle taler for, at det relevante marked omfatter hele landet, jf. i det følgende.

264. *For det første* er både dagligvaredetail- og dagligvaregrossistmarkedet nationalt ifølge den seneste praksis fra Konkurrencerådet. [Note: Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2005, *DSK' koordinerende adfærd - undersøgelse af dankortgebyret*, og Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2007, *SuperGros' samhandelsbetingelser*, punkt 114-117] Konkurrencerådet fandt i sagen om DSK's tilkendegivelse til medlemmerne om Dankortgebyret, [note: Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2005, *DSK' koordinerende adfærd - undersøgelse af dankortgebyret*, punkt 47] at dagligvaredetailmarkedet bestod af lokale, overlappende markeder, der ikke kunne sondres fra hinanden, og som tilsammen førte til, at markedet var nationalt.

265. Herudover fandt Konkurrencerådet i B&O-sagen, at det geografiske marked for VHS- og DVD-produkter, fjernsyn mv. var nationalt. Selvom markedet set fra forbrugernes side udgjorde et lokalområde i Danmark, var der således tale om overlappende markeder, og listepriiserne var ens i hele Danmark. [Note: Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. april 2002, *B&O*, punkt 84]

266. Kommissionen har endvidere i flere sager om dagligvarehandel udtalt, at der er overlapning mellem dagligvarebutikkernes oplande, og at en afsmitnings- eller kædereaktionseffekt kan påvirke konkurrencen længere væk, hvorfor de lokale markeder efter Kommissionens opfattelse skal ses i en sammenhæng. [Note: Jf. *Carrefour/Promodes*, Case No Comp/M.1684, punkt 23-27, Kommissionens beslutning af 3. februar 1992 i sag M.179, *Spar/Dansk Supermarked*, pkt. 11, samt Kommissionens beslutning af 20. november 1996 i sag M.784, *Kesko/Tuko*, pkt. 21. Se endvidere Kommissionens beslutning af 26. juni 1997 i sag M.890 *Blokker/Toys R' Us*, pkt. 38-42]

267. Dagligvaredetailmarkedet er *for det andet* kendetegnet ved få store dagligvarekoncerner med et landsdækkende net af dagligvarebutikker. Dansk Supermarked og Coop, der bl.a. er repræsenteret på landsplan med Netto, Fakta, Føtex, SuperBrugsen, Bilka mv., har hver især en markedsandel på 35,6 pct. [Note: Jf. tabel 2 ovenfor med omsætning og markedsandele] De danske forbrugere betjenes med andre ord af to landsdækkende dagligvarekoncerner, der tilsammen har en markedsandel over 70 pct. Hertil kommer en række mindre købsmandskæder, f.eks. Dagrofas SuperBest, der er spredt ud over hele Danmark. [Note: Sml. det ovenfor citerede punkt 47 i Konkurrence-

rådets afgørelse af 25. maj 2005, *DSK's koordinerende adfærd - undersøgelse af dansk kortgebyret*]

268. Konkurrenceankenævnet udtalte i Lokalbanksagen, at det må have formodningen mod sig, at det geografiske marked er mindre end Danmark, når kunderne betjenes af få virksomheder med et landsdækkende net af forretningssteder. [Note: Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007, *Møns Bank m.fl. mod Konkurrencerådet*] Der var i Lokalbanksagen tale om, at 5 landsdækkende banker havde en markedsandel på 80 pct.

269. Det fremgår for det tredje af Konkurrencestyrelsens undersøgelse af de frivillige kæder [note: Jf. Konkurrencestyrelsen, [Rapport om frivillige kæder](#) (maj 2005), jf. særligt side 74. Rapporten er tilgængelig på www.ks.dk og omtalt ovenfor i afsnit 3.8 om markedsbeskrivelsen] og af styrelsens markedsundersøgelse i forbindelse med denne sag, jf. afsnit 3.9 ovenfor, at [...]

270. Således viste Konkurrencestyrelsens undersøgelse, ..., at [...], jf. tabel 15 a – 15 d samt tabel 16 nedenfor. Endvidere finder annoncering og markedsføring sted nationalt gennem Internettet og på tv, jf. for eksempel dagligvaredetailkoncernernes Internet-tilbudssaviser.

Tabel 15 a: Andel af varerne der prisfastsættes af den enkelte dagligvarebutik i forhold til antallet af varenumre

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Danmark	[...]	[...]	[...]
Storkøbenhavn	[...]	[...]	[...]

Note 1: Dagligvarekoncernerne blev bedt om at tælle en vare med som prisfastsat af den enkelte dagligvarebutik, uanset i hvor lang tid varen har været prisfastsat af den enkelte dagligvarebutik.

Note 2: De angivne gennemsnit i tabellen er uvægtede.

Note 3: [...]

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008.

Tabel 15 b: Andel af varerne der prisfastsættes af den enkelte dagligvarebutik i forhold til omsætning

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Danmark	[...]	[...]	[...]
Storkøbenhavn	[...]	[...]	[...]

Note 1: Dagligvarekoncernerne blev bedt om at tælle en vare med som prisfastsat af den enkelte dagligvarebutik, uanset i hvor lang tid varen har været prisfastsat af den

enkelte dagligvarebutik.

Note 2: De angivne gennemsnit i tabellen er uvægtede.

Note 3: [...]

Note 4: [...]

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008.

Tabel 15 c: Andel af sortimentet der fastsættes af den enkelte dagligvarebutik i forhold til antallet af varenumre

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Danmark	[...]	[...]	[...]
Storkøbenhavn	[...]	[...]	[...]

Note 1: De angivne gennemsnit i tabellen er uvægtede.

Note 2: [...]

Note 3: [...]

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008.

Tabel 15 d: Andel af markedsføring der fastsættes af den enkelte dagligvarebutik i forhold til samlede markedsføringsomkostninger

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Danmark	[...]	[...]	[...]
Storkøbenhavn	[...]	[...]	[...]

Note: De angivne gennemsnit i tabellen er uvægtede.

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008.

Tabel 16: Andel af varerne der prisfastsættes af den enkelte dagligvarebutik i forhold til omsætning (gennemsnit vægtet efter de adspurgte dagligvarekoncerners omsætning i 2006)

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Danmark	[...]	[...]	[...]
Storkøbenhavn	[...]	[...]	[...]

Note 1: Dagligvarekoncernerne blev bedt om at tælle en vare med som prisfastsat af den enkelte dagligvarebutik, uanset i hvor lang tid varen har været prisfastsat af den enkelte dagligvarebutik.

Note 2: De angivne gennemsnit i tabellen er vægtede efter de adspurgte dagligvarekoncerners omsætning i 2006.

Note 3: [...]

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008.

271. [...]

Tabel 17 a: Andel af varerne der prisfastsættes centralt i forhold til antal varenumre og under hensyntagen til lokal, regional eller landsdækkende konkurrence

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Inden for 2 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Inden for 5 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Inden for 10 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
10-50 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Landsdækkende	[...]	[...]	[...]
I alt	100	100	100

Note 1: De angivne gennemsnit i tabellen er uvægtede.

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008

Tabel 17 b: Andel af varerne der prisfastsættes centralt i forhold til omsætning og under hensyntagen til lokal, regional eller landsdækkende konkurrence

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Inden for 2 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Inden for 5 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Inden for 10 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
10-50 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Landsdækkende	[...]	[...]	[...]
I alt	100	100	100

Note 1: De angivne gennemsnit i tabellen er uvægtede.

Note 2: [...]

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008.

Tabel 17 c: Andel af sortiment der fastsættes centralt i forhold til antal varenumre og under hensyntagen til lokal, regional eller landsdækkende konkurrence

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Inden for 2 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Inden for 5 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Inden for 10 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
10-50 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Landsdækkende	[...]	[...]	[...]
I alt	100	100	100

Note 1: De angivne gennemsnit i tabellen er uvægtede.

Note 2: [...]

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008.

Tabel 17 d: Andel af markedsføring der fastsættes centralt i forhold til samlede markedsføringsomkostninger og under hensyntagen til lokal, regional eller landsdækkende konkurrence

	Low end market (pct.)	Mid market (pct.)	Upper market (pct.)
Inden for 2 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Inden for 5 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Inden for 10 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
10-50 km. fra en butik	[...]	[...]	[...]
Landsdækkende	[...]	[...]	[...]
I alt	100	100	100

Note 1: De angivne gennemsnit i tabellen er uvægtede.

Kilde: Konkurrencestyrelsens spørgeskema af 15. januar 2008.

272. Det vurderes på dette grundlag, at det relevante geografiske marked er nationalt. [...] På grundlag af de foreliggende oplysninger er det ikke muligt at afgrænse markeder, der er snævrere end Danmark, og hvor konkurrencevilkårene er meget forskellige.

273. Der er endvidere overlap mellem områderne omkring dagligvarebutikkerne. Overlapningen fører til en kædereaktionseffekt, der påvirker dagligvaredetailkonkurrencen længere væk end de enkelte lokalområder, og som indskrænker dagligvareaktørernes adfærd og begrænser dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres. Selvom dagligvaredetailbutikker beliggende i hver sin ende af Danmark ikke er direkte substituerbare, fører de overlappende markeder til en samlet påvirkning og ensretning af priser, sortiment mv. på landsplan, der indebærer, at de enkelte butikkers konkurrencevilkår ikke er væsentligt forskellige.

274. På grundlag af de foreliggende oplysninger er det ikke muligt at opdele Danmark i selvstændige markeder for dagligvaredetailhandel. Dagligvaredetailmarkedet må ses i en helhed og ikke blot ud fra det, der i den enkelte forbrugers øjne er meget lokale markeder. På det danske dagligvaredetailmarked er der to landsdækkende koncerner med en samlet markedsandel på mere end 70 pct., og der må - med Konkurrenceankenævnets ord - foreligge særlige holdepunkter for at fravige formodningen om et nationalt marked, selvom den enkelte forbruger f.eks. ikke krydser Storebælt for at købe dagligvarer.

275. Til sammenligning var det også de færreste forbrugere, der krydsede Storebælt for at gå i banken, men Konkurrenceankenævnet fandt alligevel i Lokalbanksagen, at detailbankmarkedet var nationalt, bl.a. henset til at markedet var kendetegnet ved 5 landsdækkende banker med en markedsandel på 80 pct., jf. ovenfor punkt 259.

276. Det konkluderes samlet set, at konkurrencevilkårene på dagligvaredetailmarkedet i Danmark er ens eller i det mindste tilstrækkeligt ensartede til, at der i geografisk henseende kan afgrænses et nationalt marked.

277. I vurderingen efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, af, om eneretten har til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. nedenfor, er der for en god ordens skyld også foretaget en vurdering på baggrund af det efter fællesskabspraksis mest snævre geografiske marked, dvs. 20 minutters kørselsradius fra en dagligvarebutik. Der henvises til Kommissionens afgørelse i *REWE/Delvita*, [note: Jf. Kommissionens beslutning af 25. april 2007 i sag M.4590] hvor det geografiske marked blev defineret til at omfatte en kørselsradius på 20-30 minutter i bil fra dagligvarebutikken, men hvor Kommissionen i øvrigt lod den endelige markedsafgrænsning stå åben.

Markedsafgrænsning – konklusion

278. Det vurderes i overensstemmelse med praksis, at det relevante produktmarked i den foreliggende sag kan afgrænses til dagligvaredetailmarkedet, der er salg af dagligvarer (food og non-food) til forbrugerne. Dette marked omfatter supermarkeder, lavpris-/discountbutikker og varehuse med "one-stop-shopping", men omfatter ikke kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. eller specialvarebutikker.

279. Det vurderes i overensstemmelse med bl.a. Konkurrencerådets seneste praksis om dagligvaredetailmarkedet, at det relevante geografiske marked er nationalt. Det bemærkes dog for en god ordens skyld, at selv hvis den ifølge fællesskabspraksis mest snævre geografiske markedsafgrænsning måtte blive lagt til grund, dvs. et område inden for ca. 20 minutter i bil fra dagligvarebutikken (ca. 10 km.), får dette ikke betydning for vurderingen i nærværende afgørelse.

4.3 Samhandelspåvirkning

280. Efter forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002, [note: Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002, om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82] som trådte i kraft den 1. maj 2004, skal det undersøges, om en aftale eller et misbrug mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Såfremt dette er tilfældet, er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende EF-Traktatens konkurrenceregler.

281. Udtrykket ”samhandelen mellem medlemsstater” er neutralt. Det er ikke en betingelse, at handelen begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når en aftale eller et misbrug fører til en stigning i handelen. Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart.

282. Der er tale om et geografisk område på ca. 1 km² med 10.000 indbyggere og 15.000 ”jobbere” og et samlet, forventet dagligvaredetailbutiksareal på [...] m². Det samlede dagligvarebutiksareal i Danmark var ca. 2 mio. m² primo 2007, jf. markedsbeskrivelsen ovenfor i afsnit 3.7. Der gives således eneret på ca. [0,0-0,5] pct. af det samlede dagligvaredetailhandelsareal i supermarkeder i Danmark i et nærmere afgrænset geografisk område. Den samlede dagligvaredetailomsætning for discountbutikker, supermarkeder og varehuse i Danmark var 92,5 mia. kr. ekskl. moms i 2006. Det er endvidere vurderet i konsulentrapporterne, at den forventede omsætning i dagligvarebutikkerne i Ørestad Syd vil være ca. [...] kr., [note: Det fremgår ikke, om dette er inkl. eller ekskl. moms. Af forsigtighedshensyn lægger Konkurrencestyrelsen lægger til grund, at beløbet er ekskl. moms] svarende til [0,0-0,5] pct. af den samlede omsætning i Danmark.

283. Endvidere har udenlandske dagligvarekoncerner på lige vilkår haft mulighed for at kvalificere sig og deltage i udbuddet.

284. Det vurderes på den baggrund samlet, at nærværende sag ikke påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart. Sagen skal derfor behandles efter konkurrencelovens § 6 og ikke efter EF-Traktatens artikel 81. Fællesskabspraksis er dog vejledende for fortolkningen af konkurrencelovens § 6. [Note: Jf. FT 1996-1997, tillæg A, side 3649]

285. EF-Traktatens artikel 86 pålægger medlemsstaterne, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, at afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger i strid med traktatens bestemmelser, navnlig de i artikel 12 og 81-89 nævnte.

286. Konkurrencerådet har mulighed for at vurdere artikel 86 i sammenhæng med EF-Traktatens artikel 81 og 82, der er umiddelbart anvendelige, jf. konkurrencelovens § 24. Artikel 86 finder ikke anvendelse, når der ikke foreligger en mærkbar samhandelspåvirkning. [Note: Jf. Andreas Christensen m.fl., Konkurrenceretten i EU, (2. udgave, 2005), side 818, og Faull, J. & Nikpay, A., The EC Law of Competition (2nd. ed., 2007), side 615-616; begge dog ifm. gennemgangen af artikel 86 og artikel 82] Artikel 86 kan endvidere ikke påberåbes som selvstændigt retsgrundlag uden inddragelse af andre traktatbestemmelser. [Note: Jf. EU-Karnovs introduktion til artikel 86's anven-

delsesområde] Artikel 86 finder dermed ikke anvendelse i nærværende sag, hvor artikel 81 og 82 ikke finder anvendelse.

4.4 Offentlig regulering

287. Forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, gælder ikke, hvis konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2. Ved "direkte eller nødvendig" forstås, at hjemmelen enten skal fremtræde klar og åbenbar, eller at den offentlige regulering ikke kan gennemføres uden den omhandlede konkurrencebegrænsning. Ved "offentlig regulering" forstås bl.a. lovgivning og bekendtgørelser. [Note: Jf. f.eks. Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Konkurrenceret, (6. udgave, 2005), side 147]

288. Efter fællesskabspraksis er det en forudsætning for, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse, at national lovgivning mv. enten påtvinger virksomhederne en konkurrencestridig adfærd eller berøver virksomhederne enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt. [Note: EF-Domstolens dom af 11. november 1997 i forenede sager C-359/95 og C-379/95, *Ladbroke Racing*, præmis 33. Sml. endvidere i Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2005, *DSK' koordinerende adfærd - undersøgelse af dankortgebyret*, punkt 29-32]

289. AUS er ikke forpligtet til at tildele eneret på dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd, og der er ikke offentlig regulering, der på anden måde forhindrer, at der i Ørestad Syd konkurreres på markedet for dagligvaredetailhandel. AUS' tildeling af en koncession med eneret på dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd er ikke en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Eventuelle konkurrencebegrænsninger kan derfor ikke med henvisning til konkurrencelovens § 2, stk. 2, undtages fra forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, om ulovlige aftaler. Det bemærkes, at AUS ikke har gjort gældende, at koncessionen eller vilkåret om eneretten er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

4.5 Konkurrencelovens § 6

290. Konkurrencelovens § 6 vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

291. Det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

292. Der er som udgangspunkt 4 betingelser, der skal være opfyldt for, at konkurrencelovens § 6 finder anvendelse. Der skal være tale om (i) erhvervsvirksomheder, der (ii) indgår en aftale/indgår en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder/udøver samordnet praksis, som (iii) har til formål eller følge at begrænse konkurrencen (iv) mærkbart. Ved vurderingen af, om disse 4 betingelser er opfyldt, er fællesskabspraksis som nævnt vejledende.

4.5.1 Virksomhedsbegrebet

293. Konkurrenceloven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 1. Begrebet erhvervsvirksomhed skal forstås bredt, således at enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester, er omfattet af loven.

294. AUS driver erhvervsvirksomhed ved bl.a. at udvikle den nye bydel Ørestad Syd, sælge byggegrunde i bydelen samt ved at tildele koncession. AUS er derfor omfattet af begrebet erhvervsvirksomhed i konkurrencelovens forstand. De 3 prækvalificerede virksomheder og dermed vinderen af udbuddet driver virksomhed inden for dagligvare-detailhandel og vil derfor også være omfattet af begrebet erhvervsvirksomhed i konkurrencelovens forstand.

4.5.2 Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

295. Konkurrencelovens aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb, og det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt f.eks. 'gentlemen's agreements'. Det afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en fælles vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Der stilles indenfor konkurrenceretten ikke krav om, at en aftale antager en juridisk bindende form, at der er fastsat sanktioner mellem aftaleparterne, eller at aftalen kan tvangsfuldbyrdes. Det er endvidere ikke afgørende, om virksomhederne har følt sig forpligtet - juridisk, faktisk eller moralsk - til at udvise den aftalte adfærd. [Note: Jf. eksempelvis Retten i Første Instans' dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, *Rørkartel*, præmis 199-200]

296. Der er i det foreliggende tilfælde tale om indgåelse af en koncessionsaftale med eneret til dagligvare-detailhandel i Ørestad Syd mellem AUS og vinderen af udbuddet, dvs. 1 af de 3 prækvalificerede aktører. Det vurderes på den baggrund, at der er tale om en aftale i konkurrencelovens forstand.

4.5.3 Til formål eller følge at begrænse konkurrencen

297. En aftale omfattes kun af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis aftalen direkte eller indirekte enten har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Det er endvidere en betingelse, at konkurrencebegrænsningen skal være mærkbar, jf. afsnit 4.5.4 nedenfor.

298. Konkurrenceloven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence. Begrebet virksom konkurrence sigter ifølge konkurrencelovens forarbejder både til strukturelle og adfærdsmæssige forhold. Ved strukturelle forhold forstås, at antallet af aktører på markedet er tilstrækkeligt stort under hensyntagen til stordriftsfordele, og at adgangen til markedet ikke er begrænset. Ved adfærdsmæssige forhold forstås bl.a. en forudsætning om uafhængige beslutninger taget af virksomhederne på markedet. [Note: Jf. afsnit 3a i de almindelige bemærkninger til hovedloven, FT 1996-1997, tillæg A, side 3648]

299. Forbrugerhensyn indgår også ved administrationen af konkurrenceloven, og varetagelsen af forbrugerhensyn kan f.eks. ske gennem et højere service- eller kvalitetsni-

veau, forbedringer af distributionen, omkostningsreduktioner og mere varieret udbud af varer og tjenesteydelser samt øget innovation. [Note: Jf. bemærkninger til ændringen af konkurrencelovens § 1, FT 2004-2005 (1. samling), tillæg A, side 1622 ff]

300. Retten i Første Instans har i en nyere sag om begrænsning af parallelhandelen med lægemidler udtalt, at en anvendelse af EF-Traktatens artikel 81, stk. 1, kræver en undersøgelse af, hvorvidt aftalen har til formål eller følge, at handelen på de berørte markeder hindres, begrænses eller fordrejes til skade for den endelige forbruger: [Note: Jf. Retten i Første Instans' dom af 27. september 2008 i sag T-168/01, GSK, præmis 119. Rettens dom i GSK-sagen er appelleret til EF-Domstolen, jf. verserende sag C-501/06 P]

”En anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF i den foreliggende sag kan følgelig ikke alene afhænge af, om den omhandlede aftale tilsigter en begrænsning af parallelhandelen med lægemidler eller en opdeling af fællesmarkedet, hvilke omstændigheder kan begrunde antagelsen af, at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes, men kræver endvidere en undersøgelse af, hvorvidt den har til formål eller følge, at handelen på det berørte marked hindres, begrænses eller fordrejes til skade for den endelige forbruger.” [egen understregning]

301. Retten i Første Instans har endvidere udtalt, at for at vurdere, om en aftale er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, er det nødvendigt at gennemgå den økonomiske og juridiske sammenhæng, som aftalen befinder sig i, samt aftalens formål og dens virkninger. Der skal i den forbindelse særligt tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, som de pågældende virksomheder opererer i, de varer og tjenesteydelser, som aftalen omhandler, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer. Denne analysemetode finder generel anvendelse og er ikke forbeholdt én form for aftaler. [Note: Sml. Retten i Første Instans' dom af 18. september 2001 i sag T-112/99, *Métropole télévision (M6)*, præmis 76, og Retten i Første Instans' dom af 2. maj 2006 i sag T-328/03, *O2 (Germany)*, præmis 66-67]

4.5.3.1 Har eneretten til formål at begrænse konkurrencen?

302. Kommissionen anfører i punkt 22 i meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-Traktatens artikel 81, stk. 3, [note: Jf. EU-Tidende nr. C 101 af 27/04/2004, side 97-118] at vurderingen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål eller ej, må foretages på grundlag af flere forskellige faktorer. Ifølge Kommissionen omfatter disse faktorer navnlig aftalens indhold og dens objektive formål, ligesom det kan være nødvendigt at se på, hvilken sammenhæng aftalen gælder eller skal gælde i samt parternes faktiske adfærd på markedet. Ifølge Kommissionen kan et konkurrencebegrænsende formål efter omstændighederne udledes af den måde, hvorpå en aftale rent faktisk gennemføres, også selv om den formelle aftale ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse herom. Kan der påvises en hensigt fra parternes side om at begrænse konkurrencen, kan det være en relevant faktor, men er ifølge Kommissionen ikke nogen forudsætning.

Praksis

303. En aftale kan ifølge fællesskabspraksis have til formål at begrænse konkurrencen, uanset den også har andre formål, f.eks. beskyttelse af den offentlige sundhed eller begrænsning af administrative omkostninger, og uanset om samtlige parter havde til hensigt at begrænse konkurrencen. [Note: Jf. Domstolens dom af 8. november 1983 i forenede sager 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, *Ansau-Naweta*, præmis 25]

304. Det følger endvidere af den ovenfor nævnte GSK-sag om begrænsningen af parallelhandel med lægemidler, at når det fremgår af en gennemgang af bestemmelserne i en aftale inden for dens retlige og økonomiske sammenhæng, at aftalen som sådan ændrer konkurrencevilkårene, er der en formodning for, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. [Note: Jf. Retten i Første Instans' dom af 27. september 2008 i sag T-168/01, *GSK*, præmis 111-112] Retten i Første Instans konkluderede imidlertid i GSK-sagen, at begrænsningen af parallelhandelen - der i sagen var ubestridt - ikke havde til formål at begrænse konkurrencen. Retten fandt, at

”da de pågældende lægemiddelpriser i vidt omfang unddrages samspil mellem udbud og efterspørgsel som følge af de bestemmelser, der finder anvendelse, og priserne fastsættes eller kontrolleres af offentlige instanser, kan det ikke uden videre anses for sikkert, at parallelhandel bidrager til lavere priser og dermed øger de endelige forbrugeres velfærd. En undersøgelse af ordlyden af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kan følgelig ikke, når henses til dens sammenhæng, give grundlag for at antage, at denne bestemmelse, der tilsigter at begrænse parallelhandelen, bidrager til at mindske de endelige forbrugeres velfærd. På denne baggrund, der for en stor dels vedkommende er ny, kan det ikke udledes af selve aftalens ordlyd, betragtet i den sammenhæng, den indgår i, at den er konkurrencebegrænsende, og der skal nødvendigvis tages hensyn til virkningerne af aftalen, om ikke andet for at bekræfte, hvad tilsynsmyndigheden antog på grundlag heraf.” [Note: Jf. Retten i Første Instans' dom af 27. september 2008 i sag T-168/01, *GSK*, præmis 147] [egen understregning]

305. EF-Domstolen har i den præjudicielle afgørelse i sagen om Sydhavnens Sten & Grus [note: Jf. EF-Domstolens dom af 23. maj 2000 i sag C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*] udtalt, at det kan være berettiget at anvende en tidsbegrænset eneret for at gøre det interessant for virksomheder at deltage i driften af et anlæg. Den pågældende sag vedrørte indsamling og modtagelse af ikke-miljøfarligt byggeaffald til nyttiggørelse. Problemstillingen handlede - til forskel fra nærværende sag - om misbrug af dominerende stilling og opgaver af almindelig økonomisk interesse. Nærmere bestemt havde Københavns Kommune begrænset antallet af behandlingsanlæg til genanvendelse til byggeaffald med den begrundelse, at fremstilling af de bedste genbrugskvaliteter kun kunne opnås ved brug af passende store anlæg, og at antallet af behandlingsanlæg af investerings- og rentabilitetsårsager derfor burde begrænses til et minimum.

306. EF-Domstolen udtalte, at en medlemsstat uden at overtræde EF-Traktatens artikel 86 kan tildele eksklusive rettigheder til bestemte virksomheder, såfremt disse virksomheder ikke misbruger deres dominerende stilling og ikke nødvendigvis foranlediges til at begå et sådant misbrug. [Note: Jf. EF-Domstolens dom af 23. maj 2000 i sag C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, præmis 67] EF-domstolen anførte endvidere bl.a.:

”79 Eneretten medfører ganske vist, at andre virksomheder, der ønsker at træde ind på markedet, som f.eks. Sydhavnens Sten & Grus, afskæres herfra, selv om de er miljøgodkendte, men da der ikke var nogen virksomheder, der kunne behandle det i hovedsagen omhandlede affald, kunne Københavns Kommune med rette anse det for nødvendigt at oprette et anlæg med stor kapacitet. Det var også berettiget, at der med henblik på at gøre det interessant for virksomhederne at deltage i driften af et anlæg med stor kapacitet fandtes at være behov for en eneret, der tidsmæssigt var begrænset til en normal afskrivningsperiode for investeringerne, og som geografisk var begrænset til kommunens område.

80 En mindre konkurrencebegrænsende foranstaltning, som f.eks. en forskrift, der blot pålagde virksomhederne at lade deres affald genanvende, ville nemlig ikke nødvendigvis have sikret, at størstedelen af affaldet fra kommunen blev genanvendt, da kapaciteten til behandling af det pågældende affald netop var utilstrækkelig.

81 Under disse omstændigheder finder Domstolen, at selv om tildelingen af eneretten måtte antages at medføre en begrænsning af konkurrencen på en væsentlig del af fællesmarkedet, kunne den anses for nødvendig med henblik på udførelsen af en opgave af almindelig økonomisk interesse.” [note: Jf. EF-Domstolens dom af 23. maj 2000 i sag C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, præmis 79-81][egen understregning]

307. Fra dansk praksis henvises til Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. december 1998, *Københavns Havn ctr. Konkurrencerådet*. Sagen omhandlede en konkurrenceklausul i en aftale indgået mellem Københavns Havn og A. Henriksen Shipping om Københavns Havns salg af en containerkran til A. Henriksen Shipping. Ifølge konkurrenceklausulen kunne den solgte kran ikke bruges til ekspedition af skibstrafikker, der var i konkurrence med Københavns Havn. Konkurrencerådet definerede det relevante marked som markedet for losning af skibscontainere med containerkraner fra sjællandske havne, og rådet fandt, at konkurrenceklausulen var konkurrencebegrænsende og havde til formål eller følge at opdele markedet.

308. Konkurrenceankenævnet ophævede Konkurrencerådets afgørelse med følgende begrundelse:

”Som følge af Københavns Havns salg af containerkranen til A. Henriksen Shipping med henblik på opstilling i Hundested er der etableret et alternativ til Københavns Havn på markedet for ekspedition af containerskibe fra sjællandske havne. Gennem det aftalte vilkår er A. Henriksen Shippings adgang til at benytte netop denne maskine begrænset, men ikke A. Henriksen Shippings adgang til markedet. Vilkåret må ses på baggrund af aftalen som helhed, og der er herefter ikke grundlag for at antage, at der foreligger en sådan markedspåvirkning, at der er tale om en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Ankenævnet ophæver derfor Konkurrencerådets afgørelse.” [egen understregning]

309. I Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 1999, *Café Garibaldi ctr. Konkurrencerådet*, havde Konkurrencestyrelsen truffet afgørelse om, at en prisbestem-

melse i en lejekontrakt mellem Herning Kommune og Café Garibaldi skulle ophæves. Kommunen havde som udlejer indgået en 20-årig lejekontrakt med Café Garibaldi om udeservering på en del af Herning Torv. Herning Kommune havde i lejekontrakten forpligtet sig til – når kommunen gav tredjemand tilladelse til udeservering på et areal omfattende ca. halvdelen af Herning Torv (den såkaldte gule zone) - at oplyse om, at der i den gule zone ikke måtte sælges varer til lavere priser end dem, der samtidigt var gældende for andre restauratører i området, herunder Café Garibaldi. Prisbestemmelsen var flere gange blevet påtalt og håndhævet.

310. [...] Konkurrenceankenævnet var imidlertid ikke enig med Konkurrencestyrelsen og ophævede styrelsens afgørelse med følgende begrundelse:

”Herning Kommune har som ejer af Herning Torv udlejet retten til udeservering på en del af torvet til Café Garibaldi. Dette er – i overensstemmelse med, hvad der er almindeligt i aftaler om erhvervslejemål vedrørende en del af en fast ejendom – sket på aftalte vilkår, hvorefter kommunen som udlejer er begrænset i sin adgang til at disponere over en nærliggende del af torvet til skade for den udeservering, som Cafe Garibaldi mod betaling har lejet ret til at udøve.

Ved den konkurrenceretlige bedømmelse af, om et sådant aftalevilkår er konkurrencebegrænsende, er det ikke afgørende, at der er tale om en offentlig plads ejet af en offentlig myndighed underkastet særlige offentligretlige regler.

Efter det oplyste må det antages, at der til Herning Torv er knyttet en vis beliggenhedsfordel for så vidt angår udeservering. Kommunen ville – når bortses fra særlige kommunalretlige begrænsninger i adgangen hertil – som ejer have kunnet udnyttet denne fordel ved selv at forestå udeserveringsvirksomhed på torvet og ved ikke at udleje de omliggende dele af torvet til tilsvarende virksomhed.

Om kommunen som ejer af arealet selv driver virksomhed fra en del af arealet under udelukkelse af andre fra at drive tilsvarende virksomhed fra andre dele af arealet, eller om kommunen ved en lejekontrakt overlader retten til at drive virksomhed til en anden og samtidig afskærer sig fra at udleje ejendommens omliggende arealer til tredjemand med henblik på tilsvarende anvendelse af disse arealer, har ikke i sig selv nogen afgørende indflydelse på markedet for udeservering i Herning. Et vilkår i en lejekontrakt vedrørende en del af torvet, som afskærer tredjemand fra at leje en anden del af torvet til udøvelse af virksomhed af samme art, som lejer ved lejekontrakten får ret til at udøve, kan således ikke i sig selv anses for konkurrencebegrænsende.

Det samme gælder for så vidt angår et vilkår som det foreliggende, hvorefter lejekontrakten ikke udelukker, at kommunen accepterer tredjemands udeservering på arealet op til det udlejede, men alene stiller det krav, at kommunen skal forpligte tredjemand til at opretholde et nærmere angivet minimums prisniveau. Vilkåret kan således ikke i sig selv anses som en aftale, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Der er ikke oplyst omstændigheder, som i øvrigt giver grundlag for at anse vilkåret for konkurrencebegrænsende.” [egen understregning]

311. I Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. maj 2000, *Aalborg Stiftstidende ctr. Konkurrencerådet*, havde Konkurrencerådet truffet afgørelse om, at det var diskriminerende og i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, at Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds havde aftalt, at foreningens medlemmers boligannoncer blev placeret samlet og forrest i Aalborg Stiftstidendes boligtillæg. Klager, der ikke var medlem af Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds, betalte det samme for boligannoncerne som ejendomsmæglerforeningens medlemmer, men som konsekvens af aftalen mellem Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds fik klager sine boligannoncer placeret i boligtillægget efter medlemmernes annoncer.

312. Konkurrencerådet gjorde overfor Konkurrenceankenævnet bl.a. gældende, at placeringen af annoncer i boligtillægget havde betydning. Rådet anførte endvidere, at da aftalen begunstigede medlemmerne af Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds, var aftalen konkurrencebegrænsende. Konkurrenceankenævnet ophævede imidlertid rådets afgørelse og anførte:

”Den påklagede afgørelse angår en aftale mellem Aalborg Stiftstidende og Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds om placering af annoncer i avisens søndagssektion ”BoGodt”. Afgørelsen er begrundet med, at der er fordele ved den placering, som medlemmer af Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds opnår i kraft af aftalen, og at aftalen derfor indebærer en diskrimination, som alene er begrundet i medlemskab af en bestemt brancheorganisation, hvilket ikke er tilladt efter konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 4.

Der er ikke af Konkurrencerådet anført noget til støtte for, at aftalen efter sit formål må anses for omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Om aftalens virkninger på markedet er alene anført, at det følger af, at Dansk Ejendomsmæglerforenings 5. kreds har ønsket en bestemt placering, at der er fordele ved den placering, som aftalen indebærer. Der er ingen redegørelse for, hvorledes konkurrencen ville forme sig, hvis aftalen ikke fandtes, og hvilke konkurrenceforstyrrelser aftalen om placering har til følge.

Ankenævnet finder, at det herefter ikke kan anses for godtgjort, at aftalen medfører en sådan mærkbar indvirkning på konkurrencen, at den er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.”

313. I Konkurrenceankenævnets kendelse af 17. maj 2001, *Interflora-Danmark mod Konkurrencerådet*, havde Konkurrencerådet truffet afgørelse om, at bestemmelser i Interfloras medlemsinstruks om distancelevering af blomster var i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6 mod bindende mindstepriser. De pågældende bestemmelser fastsatte minimumsordrestørrelser, dvs. angivelse af et mindstebeløb for bestilling af forskellige blomstertyper, og bestemmelserne dikterede, at ordrer under mindsteprisen skulle forhøjes til mindsteprisen.

314. Interflora gjorde gældende, at prisangivelserne angav standarder for kundernes ønsker og således beskrev kvaliteten af en ønsket blomsterleverance. Konkurrencerådet fandt derimod, at der forelå bindende mindstepriser, og at formålet var at begrænse konkurrencen. Konkurrenceankenævnet ophævede rådets afgørelse og anførte:

”Det må antages at være af afgørende betydning for tilliden til Interflora - og dermed for Interflora - at systemet med fjernlevering af blomsterydelser sikrer en rimelig kvalitet i forhold til prisen.

Systemet giver mulighed for bestilling og levering af ydelser som "Buket", "Plante" og "Krans" fra enhver tilsluttet butik året rundt. Sådanne ydelser er ikke entydigt definerbare, og Ankenævnet ser ikke i det, som Konkurrencerådet har anført, en imødegåelse af Interfloras synspunkt, hvorefter kvaliteten af en ydelse med en betegnelse som nævnt må fastlægges under hensyn til prisen og Interfloras retningslinier for forholdet mellem pris og kvalitet samt branchens faglige standarder. Ankenævnet må derfor være enig med Interflora i, at en prisangivelse er en nødvendig del af ydelsesbeskrivelsen, og at de angivne mindsteleverings-priser er af afgørende betydning for Interflora som middel til at sikre, at alle Interflora-leveringer fra enhver butik året rundt har en vis minimumskvalitet.

På denne baggrund finder Ankenævnet, at Interfloras minimumsleveringspriser adskiller sig således fra de aftaler om bindende mindstepriser, som i sig selv – ud fra deres objektive formål – er konkurrencebegrænsende. Interfloras minimumsleveringspriser kan herefter ikke anses for omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, ud fra den bedømmelse, at instruksen har til formål at begrænse konkurrencen. Da det ikke er godtgjort, at instruksens konkurrencebegrænsende virkninger, tager Ankenævnet Interfloras påstand til følge.” [Note: Sml. endvidere Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. august 2001, *BILLETnet A/S og Scandinavia On-line A/S mod Konkurrencerådet*] [egen understregning]

315. Fra praksis henvises endelig til Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. juni 2007, *Danmarks Apotekerforening m.fl. mod Konkurrencerådet*. Konkurrencerådet havde truffet afgørelse om, at 3 medicinalgrossister og Danmarks Apotekerforening i perioden 1998-2004 ved et net af horisontale og vertikale aftaler vedrørende en gruppe insolvente apoteker havde overtrådt konkurrencelovens § 6. Ifølge aftalerne leverede grossisterne på usikret kredit til de insolvente apoteker samt gav tilsagn om gældseftergivelse i tilfælde af de insolvente apotekers ophør, typisk ved apotekerens pensionering. Til gengæld fastlåstes de insolvente apotekers samhandelsmønster med grossisterne, hvilket ifølge Konkurrencerådet udgjorde en ulovlig horisontal markedsdeling.

316. Konkurrenceankenævnet ophævede rådets afgørelse med bl.a. følgende bemærkninger:

***”8.10** Ankenævnet tiltræder som nævnt, at aftalen om fastlåsning af samhandelsmønstret må anses for at indeholde en aftale om markedsdeling. Når imidlertid henses til, at den er indgået som led i en af Apotekerforeningen initieret insolvensordning for en beskeden del af et marked, som er langt mere reguleret end konkurrencepræget, kan den ikke anses for at være af en tilsvarende grovhed som en klassisk kartelaftale. Aftalen må anses for pånødet grossisterne af Apotekerforeningen, hvis formål dermed ikke var konkurrencebegrænsning.*

***8.11** Ankenævnet tiltræder som nævnt, at hverken konkurslovens omstødsesregler eller det forhold, at en virksomhedsledelse ved fortsat drift under insolvens kan ifalde erstatningsansvar over for kreditorerne ved illoyal eller uforsvarlig*

adfærd, kan begrunde den med insolvensordningen aftalte fastlåsning af samhandelsmønstret. Selve det forhold, at aftalen må anses for at indeholde en aftale om markedsdeling, er efter ankenævnets opfattelse tilstrækkelig anledning for konkurrencemyndigheden til at søge forholdet bragt til ophør, men der er ikke fornødent grundlag for at karakterisere forholdet som en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6. Der er endvidere ikke i den påklagede afgørelse dokumenteret nogen mærkbar konkurrencebegrænsning i perioden 1998 til 2004 i strid med konkurrencelovens § 6. Da det er dette, som afgørelsen går ud på, ophæver ankenævnet afgørelsen.” [egen understregning]

Vurdering

317. Det kan i nærværende sag på den ene side anføres, at eftersom AUS’ tildeling af en eneret på dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd ud fra en almindelig sproglig fortolkning skaber et monopol, vil eneretten i sig selv have til formål at begrænse konkurrencen. Eneretten afskærer adgangen til Ørestad Syd for alle andre end indehaveren af eneretten, og eneretten sikrer koncessionshaver en vis omsætning. Eneretten må endvidere antages at have en økonomisk værdi, og AUS har da også anvendt eneretten som et økonomisk incitament. Ud fra denne betragtning må eneretten - i et vist omfang - som sådan umiddelbart have til formål at påvirke konkurrencevilkårene i det helt nære område i Ørestad Syd.

318. På den anden side følger det af den ovenfor refererede praksis, at en aftale må ses i sin helhed. Der er eksempler på, at selv forhold, der normalt anses for alvorlige overtrædelser af konkurrenceloven, i det konkrete tilfælde ikke fandtes at have til formål at begrænse konkurrencen. Der henvises bl.a. til sagen om Københavns Havn, hvor en konkurrenceklausul ifølge Konkurrenceankenævnet dels skulle ses i sin helhed, dels ikke begrænsede adgangen til markedet. Der henvises videre til sagen om Interflora, hvor Konkurrenceankenævnet bemærkede, at Konkurrencerådet ikke havde imødegået Interfloras begrundelse for prisangivelsen. I sagen om Sydhavnens Sten & Grus fandt EF-Domstolen på linje hermed, at det efter omstændighederne var berettiget, at der med henblik på at gøre det interessant for virksomhederne at deltage i driften af et behandlingsanlæg fandtes at være behov for en tidsbegrænset eneret.

319. Der henvises herudover til, at Konkurrenceankenævnet i sagen om Café Garibaldi udtalte, at et vilkår i en 20-årig lejekontrakt vedrørende en del af et område, som afskærer tredjemand fra at leje en anden del af området til udøvelse af virksomhed af samme art, som lejer mod betaling har ret til at udøve, er almindeligt og ikke i sig selv kan anses for konkurrencebegrænsende. [...]

320. På baggrund af praksis må AUS’ tildeling af eneretten vurderes i dens sammenhæng. Heri må indgå de faktiske omstændigheder, der i nærværende sag er særegne i den forstand, at det drejer sig om etableringen af en helt ny bydel i Hovedstadsområdet, som udvikles fra bunden i et ubebygget område, og som skal danne ramme for 10.000 beboere og 15.000 andre personer (”jobbere”) med daglig gang i bydelen.

321. I vurderingen af, om AUS’ tildeling af eneretten har til formål at begrænse konkurrencen, lægges herefter *for det første* vægt på, at AUS må antages at have en interesse i at tiltrække detailbutikker, herunder dagligvaredetailbutikker, til Ørestad Syd.

AUS skal ifølge sit lov- og vedtægtsbestemte grundlag varetage arealudvikling, og tidlig etablering af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd må antages at have betydning for en sammenhængende udvikling af bydelen til gavn for beboerne, erhvervslejere, ”jobbere” mv., ligesom det er rimeligt at antage, at etablering af dagligvaredetailhandel må tænkes ind i byplanlægningen i god tid. Der er således ikke faktisk belæg for at afvise det af AUS anførte om, at der er en forbindelse mellem tidlig etablering af detailhandel, herunder dagligvaredetailhandel, og byudvikling.

322. Dette understøttes af erfaringerne fra Havnestaden ved Islands Brygge og Frihavnen mv., der indikerer, at byudvikling med et bredt og varieret udbud af varer ikke uden videre sker af sig selv. I Havnestaden blev det vurderet, at det pga. utilstrækkeligt kundegrundlag ikke kunne betale sig at inkludere butikslokaler i projekterne, og der i dag en enkelt dagligvarebutik i udkanten af området. [...]

323. Det anførte understøttes endvidere af, at AUS i det offentliggjorte prækvalifikationsmateriale og [...] eksplicit har understreget behovet for og nødvendigheden af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd. AUS har som omtalt ovenfor i afsnit 3.5.1 i prækvalifikationsmaterialet anført, at AUS ønsker at stimulere udviklingen i Ørestad Syd ved bl.a. at sikre, at der er det fornødne udbud af dagligvarebutikker i bydelen. [...]

324. Der lægges *for det andet* vægt på, at AUS ikke er til stede på dagligvaredetailmarkedet og som sådan ikke uden videre kan antages at have grund til at ville begrænse konkurrencen i det helt nære område i Ørestad Syd. Hvis AUS ville begrænse konkurrencen i det helt nære område i Ørestad Syd, kunne AUS helt lade være med at leje ud til dagligvaredetailbutikker, idet lokalplan nr. 398 om Ørestad Syd som nævnt ikke stiller krav om etablering af dagligvarehandel. Alternativt kunne AUS uden afholdelse af udbud nøjes med at indgå et enkelt lejemål og ikke som tilfældet er i stedet udbyde drift af en dagligvaredetailbutik og opstille optioner på yderligere 1-3 dagligvaredetailbutikker i Ørestad Syd.

325. Der kan dog heroverfor peges på den mulighed, at AUS' hensigt med eneretten og AUS' interesse i at tiltrække en dagligvaredetailbutik til Ørestad Syd på et tidligt tidspunkt er, at Ørestad Syd dermed bliver mere attraktiv at bo og arbejde i, hvilket kan give AUS højere indtægter i form af salg og udlejning af lokaler, grunde mv. Der er imidlertid ikke faktisk belæg for at tilsidesætte det af AUS oplyste, herunder det i prækvalifikationsmaterialet og udbudsgrundlaget oplyste, hvorefter hensigten med en tidlig etablering af dagligvaredetailhandel skal ses i en sammenhæng med arealudvikling og stimulering af byudviklingen i Ørestad Syd til gavn for beboere og erhvervslejere, sml. Konkurrenceankenævnets bemærkninger i Interflora-sagen, hvor ankenævnet som ovenfor anført fandt, at Konkurrencerådet ikke havde imødegået Interfloras begrundelse for den omstridte prisangivelse.

326. Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse viser *for det tredje*, at behovet for økonomiske incitamenters for at opnå en tidlig udvikling af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd på forkant med beboerudviklingen ikke kan afvises. [...]

327. [...] Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse understøttes herudover dels af erfaringerne fra Havnestaden, Frihavnen mv., dels - med de nødvendige forbehold - af AUS' konsulentrapporter.

328. [...]

329. Det vurderes på baggrund af ovenstående, at eneretten objektivt set på et tidligt tidspunkt og til gavn for udviklingen af Ørestad Syd skaber alternative indkøbsmuligheder på markedet i konkurrence med de eksisterende dagligvaredetailbutikker, og det kan objektivt set ikke antages, at eneretten har til formål at begrænse den faktiske eller potentielle konkurrence i det helt nære område i Ørestad Syd, der ville have bestået uden eneretten. [Note: Sml. Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. december 1998, *Københavns Havn ctr. Konkurrencerådet*, samt punkt 18 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, EU-Tidende nr. C 101 af 27/04/2004, side 97-118]

330. Det vurderes herefter samlet, at der ikke ses at være fornødent faktuel belæg for at tilsidesætte AUS' synspunkt om, at eneretten ikke har til formål at begrænse konkurrencen.

4.5.3.2 Har eneretten til følge at begrænse konkurrencen?

331. Aftaler, der ikke har et konkurrencebegrænsende formål, omfattes alligevel af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis konkurrencen faktisk er eller vil blive begrænset. Der skal tages hensyn til både den aktuelle og den potentielle konkurrence, og konkurrencen skal forstås inden for de rammer, hvor den ville udfolde sig, såfremt den pågældende aftale eller et vilkår heri ikke fandtes.

Gruppefritagelse mv.

332. Det bemærkes, at koncessionsaftalen vedrørende dagligvaredetailhandel - bortset fra at den er refereret i prækvalifikationsmaterialet og udkast til udbudsgrundlaget - er indeholdt i udkast til leje- og samarbejdsaftalen mellem AUS og vinderen af udbuddet, jf. afsnit 3.5.3 ovenfor. Selvom der mellem AUS og vinderen af udbuddet er tale om et vertikalt forhold, falder den tiårige eneret uden for anvendelsesområdet for den vertikale gruppefritagelse. Gruppefritagelsen finder anvendelse på køb, salg og videresalg af visse varer eller tjenester, men omfatter ikke egentlige leje- eller leasingaftaler. [Note: Jf. bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 med senere ændringer om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis samt punkt 25 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger, EF-Tidende nr. C 291 af 13/10/2000, side 1-44]

Praksis

333. Ved vurderingen af de konkurrencebegrænsende virkninger skal der lægges vægt på, hvorledes konkurrencen vil forme sig, hvis aftalen ikke fandtes, jf. eksempelvis Retten i Første Instans i O2-dommen:

”68. Endvidere skal aftalens virkninger i en sag som den foreliggende, hvor det er anerkendt, at aftalen ikke har et konkurrencebegrænsende formål, undersøges, og for at aftalen skal kunne omfattes af forbuddet, må der foreligge omstændigheder, der beviser, at konkurrencen faktisk er blevet enten hindret, indskrænket eller mærkbart fordrejet. Den konkurrence, som det vedrører, skal forstås inden for de reelle rammer, hvor den ville udfolde sig, såfremt den omstridte aftale ikke

fandtes; navnlig kan det forekomme tvivlsomt, om der foreligger en forstyrrelse af konkurrencen, hvis aftalen netop viser sig at være nødvendig for, at en virksomhed kan trænge ind på et område, hvor den ikke hidtil har virket.

...

71. Den undersøgelse, der er påkrævet i forhold til artikel 81, stk. 1, EF, består nemlig hovedsageligt i at overveje aftalens virkning på den aktuelle og potentielle konkurrence ... og konkurrencesituationen, såfremt aftalen ikke fandtes ..., idet de to aspekter er væsentligt forbundet.” [note: Jf. Retten i Første Instans’ dom af 2. maj 2006 i sag T-328/03, O2 (Germany), præmis 68 og 71. Sml. Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2006, Anmeldelse af aftale om ophør af R98’s koncession, punkt 161-163] [egen understregning]

334. Konkurrenceankenævnet har ligeledes fundet, at der i vurderingen efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, om konkurrencebegrænsende virkninger må kunne redegøres for, hvorledes konkurrencen vil forme sig, hvis aftalen ikke fandtes. [Note: Jf. Konkurrenceankenævnets afgørelse af 16. maj 2000, Aalborg Stiftstidende ctr. Konkurrencerådet]

335. Det må for at statuere en konkurrencebegrænsende virkning kunne godtgøres, at begrænsningen indebærer følger for konkurrenceparametrene, f.eks. priser eller udbud, til skade for den endelige forbruger. I GSK-sagen om begrænsning af parallelhandlen med lægemidler udtalte Retten i Første Instans bl.a.:

”168. Såfremt artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ikke fandtes, ville de spanske grossister være i stand til at købe lægemidler til den engrospris, som fastsættes af de spanske myndigheder, uafhængigt af, hvilken medlemsstat der er lægemidlernes salgsdestination, og hvilken national sygesikringsordning de er tænkt omfattet af, og derefter videresælge dem i enhver medlemsstat, hvor prisen er tilstrækkeligt højere end den spanske pris, således at de kan opnå en fortjeneste under hensyn til transaktionsomkostninger. Men dette giver ikke grundlag for at antage, at der findes en konkurrencebegrænsende virkning, uden hensyn til spørgsmålet om, i hvilket omfang parallelhandel bidrager til en priskonkurrence, når henses til medlemsstaternes betydning inden for dette område.

...

171. Alle aftaler, som begrænser parternes eller én af parternes handlefrihed, er ikke nødvendigvis omfattet af det forbud, der er fastsat i artikel 81, stk. 1, EF ... Da formålet med Fællesskabets konkurrenceregler er at undgå, at virksomheder gennem en begrænsning af den indbyrdes konkurrence eller konkurrencen fra tredjemand begrænser velfærden for den endelige forbruger af de berørte produkter (jf. præmis 118), skal det endvidere godtgøres, at den pågældende restriktion begrænser konkurrencen til skade for den endelige forbruger....” [Note: Jf. Retten i Første Instans’ dom af 27. september 2008 i sag T-168/01, GSK, præmis 168 og 171] [egen understregning]

336. I GSK-sagen konkluderede Retten, at salgsbetingelserne havde til følge at begrænse konkurrencen. Det skyldtes, at de endelige forbrugeres velfærd blev begrænset ved, at salgsbetingelserne var til hinder for, at forbrugerne gennem lavere priser og om-

kostninger kunne drage fordel af, at de spanske grossister deltog i konkurrencen inden for mærker på de nationale markeder, der var destination for parallelhandel fra Spanien.

Vurdering

337. Som anført ovenfor gælder der særegne faktiske forhold i denne sag, idet Ørestad Syd er en ny bydel, der skal udvikles fra bunden. [...]

338. I vurderingen efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, af enerettens virkninger må den mulighed forudses, at Ørestad Syd i mangel af eneretten i hvert fald i de første år udvikles uden dagligvaredetailhandel. [...]

339. [...]

340. [...]

341. [...]

342. [...]

343. På den anden side må 10 år anses for at være en ganske langvarig eneret. Selvom behovet for en eneret ikke kan afvises, jf. ovenfor, kan der stilles spørgsmålstegn ved, om nødvendigheden af en eneretsperiode af 10 års varighed er tilstrækkeligt godtgjort.

344. [...]

345. [...] Sml. med den ovenfor refererede sag om Sydhavnens Sten & Grus, hvorefter behovet for en eneret var berettiget, hvis den tidsmæssigt var begrænset til en normal afskrivningsperiode for investeringerne.

346. Herudover henvises til øvrige usikkerhedsfaktorer i de 2 konsulentrapporter, jf. afsnit 3.7 ovenfor.

347. Det kan endvidere ikke udelukkes, at koncessionen reelt giver koncessionshaveren en *de facto* eneret til dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd i mere end 10 år. Det er ikke umiddelbart sandsynligt, at det - når eneretten udløber - vil være rentabelt at åbne yderligere dagligvaredetailbutikker ud over koncessionshavers allerede etablerede butikker, og det er endvidere usikkert, om der vil være ledige kvadratmeter til dagligvaredetailbutikker.

348. Der henvises *for det første* til, at [...], og at antallet af kvadratmeter i Ørestad Syd, der kan indrettes til butik, herunder dagligvaredetailhandel, ifølge lokalplanen er begrænset til 10.500 m².

349. Der henvises *for det andet* til, at koncessionen ifølge konsulentrapporterne som nævnt i afsnit 3.6.2 ovenfor kan komme til at omfatte et areal på [...] m², og at den forventede omsætning i et fuldt udbygget Ørestad Syd ligeledes ifølge konsulentrapporterne kan understøtte, hvad der svarer til [...] supermarkeder. [...]

350. [...] Lokalplanens grænse for butiksarealer i Ørestad Syd kombineret med det reelle behov for dagligvaredetailbutikker i forhold til beboer-/kundegrundlaget kan så-

ledes føre til, at andre dagligvarekoncerner end koncessionshaver faktisk er afskåret fra at etablere dagligvaredetailbutikker i Ørestad Syd i en periode, der rækker ud over enerettens længde på 10 år. Selvom den manglende mulighed for etablering af konkurrerende dagligvarebutikker i Ørestad Syd [...], må det antages, at forbrugernes velfærd over tid imødekommes bedst gennem muligheden for et varieret udbud fra flere forskellige dagligvarekoncerner frem for én totallejers udbud.

351. En længerevarende mangel på stimulering af konkurrence på udbuddet af dagligvarer i det helt nære område i Ørestad Syd kan således have - en vis - indflydelse på den potentielle konkurrence i det helt nære område i Ørestad Syd.

352. Det vurderes derfor samlet, at eneretten med en overvejende grad af sandsynlighed direkte eller indirekte har til følge at begrænse den aktuelle eller potentielle konkurrence i det helt nære område i Ørestad Syd.

4.5.4 Udgør tildeling af eneretten en mærkbar konkurrencebegrænsning?

353. Ved siden af det kvantitative mærkbarhedskrav i konkurrencelovens § 7 gælder der også et kvalitativt mærkbarhedskrav efter konkurrencelovens § 6. Efter det kvalitative mærkbarhedskrav skal en ulovlig konkurrencebegrænsning være egnet til at påvirke konkurrencen på markedet i et vist omfang. Konkurrencebegrænsningen skal således ikke kun være rent teoretisk eller abstrakt, ligesom konkurrencebegrænsningen heller ikke blot skal være ubetydelig.

354. Hvis virksomhederne, der deltager i en konkurrencebegrænsende aftale, har en meget lille markedsandel, kan det være usandsynligt, at mærkbarhedskriteriet er opfyldt. En bedømmelse af, om mærkbarhedskriteriet er opfyldt, må imidlertid baseres på en helhedsvurdering. [Note: Sml. punkt 387-408 i Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2007, *Lokalbanksamarbejdet*] Mærkbarheden kan også afhænge af konkurrencebegrænsningens art, herunder om samarbejdet efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen, det pågældende markeds særlige kendetegn, samarbejdets særlige stilling på en del af markedet, antallet af berørte forbrugere, adgangsbarrierer til markedet mv. Selve en aftales begrænsende eller indskrænkende vilkår kan i sig selv også vise sig at være ikke-mærkbar, f.eks. en aftale om åbningstider. [Note: Jf. omtale af fællesskabspraksis hos Wish, R., *Competition Law*, (5th ed., 2005), side 136]

355. En alvorlig konkurrencebegrænsning vil være mere egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart end en mindre grov overtrædelse. Ved alvorlige konkurrencebegrænsninger gælder der således en formodning for mærkbarhed. Der henvises til, at Kommissionen anser visse horisontale aftaler for typer af samarbejder, der allerede på grund af deres art falder ind under forbuddet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, jf. punkt 18 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler: [note: Jf. EF-Tidende nr. C 3 af 6. januar 2001, side 2-30]

”Der er visse tilfælde, hvor man på grund af samarbejdets art allerede fra begyndelsen kan fastslå, at artikel 81, stk. 1, finder anvendelse. Dette gælder aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen gennem prisfastsættelse, produktionsbegrænsning eller opdeling af markeder eller kunder. Disse aftaler for-

modes at have negative virkninger på markedet. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge, hvorledes de i praksis påvirker konkurrenceforholdene og markedet for at fastslå, at de falder ind under artikel 81, stk. 1".

356. Det fremgår derimod af punkt 24 i retningslinjerne for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, at en række aftalekategorier, herunder samarbejde mellem virksomheder, der ikke er konkurrenter (vertikale aftaler), er af en sådan art, at de normalt ikke falder ind under artikel 81, stk. 1.

Praksis

357. Fra dansk praksis henvises til Konkurrenceankenævnets kendelse af 29. september 1998, *Søllerød Kommune*, hvor Konkurrencerådet havde fundet, at Søllerød Kommunes fastsættelse af vilkår for udlejning af en fast ejendom (Rosenhuset) til restaurationsdrift måtte anses for konkurrenceforvridende. Konkurrencerådet mente nærmere bestemt, at et vilkår i lejeaftalen om, at der kun måtte serveres alkoholfri drikke, begrænsede lejers erhvervsudøvelse og derfor var i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1. Hertil anførte Konkurrenceankenævnet bl.a.:

"Det konkurrenceretlige udgangspunkt for sagens bedømmelse er, at Søllerød Kommune som ejer og udlejer af Rosenhuset har frihed til at betinge udleje af vilkår, som fastlægger og begrænser lejerens brug af ejendommen, uden hensyn til, hvilken anvendelse der ville indebære den mest effektive samfundsmæssige ressourceanvendelse, og uden hensyn til, hvorledes café-virksomhed sædvanligt eller driftsøkonomisk bedst drives.

Det følger imidlertid af konkurrencelovens § 6, stk. 1, at Søllerød Kommune ikke kan udnytte denne frihed til at indgå en lejeaftale vedrørende Rosenhuset med et vilkår, hvorefter der ikke må serveres alkohol, hvis dette vilkår må anses for en aftale, 'der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen'.

Det er som anført af Konkurrencestyrelsen en tilstræbt følge af vilkåret, at Susanne Fossum som lejer af Rosenhuset er afskåret fra at servere alkohol i Rosenhuset, og at hun således er begrænset i sin erhvervsudøvelse dér - ganske som hendes erhvervsudøvelse dér begrænses af, at lokalerne efter lejekontrakten skal anvendes til kiosk og café, og at varesortimentet kun må omfatte pizza, sandwich, pølser, kaffe, the og andre (alkoholfrie) drikke. Dette kan imidlertid ikke i sig selv anses for en konkurrencebegrænsning omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Vilkåret er alene i strid med denne bestemmelse, hvis det kan være af betydning for en virksom konkurrence på det relevante marked.

Ankenævnet finder intet grundlag for at antage, at vilkåret skulle kunne have en sådan markedspåvirkning, at der er tale om en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Ankenævnet ophæver derfor Konkurrencestyrelsens afgørelse. [egen understregning]

358. På Konkurrencerådets møde den 29. september 1999 blev Konkurrencestyrelsens afgørelse i sagen om eneret til drift af forretninger indenfor restauration, fastfood,

kiosk og dagligvarer i banegårdscentrene på Hovedbanegården, Østerport Station og Odense Banegård refereret. Det fremgår bl.a. af referatet, at

”Styrelsen har meddelt DSB ikke-indgrebserklæring for 3 aftaler om eneret/fortrinsret til drift af forretninger inden for restauration, fastfood, kiosk og dagligvarer i banegårdscentrene på Hovedbanegården, Østerport Station og Odense Banegård. For aftalerne om Hovedbanegården og Odense Banegård indgår endvidere eneret til DSB til opsætning af reklamer. Og for Hovedbanegården også eneret til opsætning af betalingstelefoner og pengeautomater.

...

Styrelsen finder på baggrund af de foreliggende oplysninger ikke, at de pågældende bestemmelser har betydning for en virksom konkurrence på det relevante marked. Forretningscentrene indgår i de større lokale handelsområder omkring centrene, hvor der er righoldige muligheder for etablering af virksomhed inden for de berørte brancher. Der er derfor ikke tale om en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1....” [egen understregning]

359. På Konkurrencerådets møde den 15. december 1999 blev Konkurrencestyrelsens afgørelse om en forpagtningsaftale mellem Århus Kommune og Århus Skøjtehal refereret. Ifølge forpagtningsaftalen sikredes forpagteren en tidsubegrænset eneret til salg fra cafeteria/restaurationslokaler i den kommunale skøjtehal. Eneretten løb, indtil forpagtningsaftalen blev opsagt af en af parterne:

”Styrelsen har i afgørelsen anført, at en tidsubestemt eneret som udgangspunkt anses for at udgøre en konkurrencebegrænsning, der falder ind under anvendelsesområdet for konkurrencelovens § 6, stk. 1. Ud fra en konkurrenceretlig betømmelse anbefales det derfor, at tidsubestemte enerettigheder som hovedregel udbydes med passende mellemrum, fx 3-5 år. I afgørelsen har styrelsen dog bemærket, at forpagtningsaftalen kan opsiges for forpagteren med 3 måneders varsel og for kommunens vedkommende med 6 måneder.

Under henvisning til Konkurrenceankenævnets afgørelse i sagen, [Søllerød ctr. Konkurrencestyrelsen](#), har styrelsen ud fra de foreliggende oplysninger fundet, at den pågældende eneret ikke indebærer en sådan markedspåvirkning, at der etableres en mærkbar konkurrencebegrænsning på markedet.” [Note: Sml. endvidere Konkurrenceankenævnets bemærkninger i kendelserne af henholdsvis 29. september 1998, Søllerød Kommune, og 16. januar 2001, Telia Stofa ctr. Konkurrencerådet]

360. Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. januar 2001, *Telia Stofa A/S ctr. Konkurrencerådet*, udsprang af Telia Stofas anmeldelse af 6 aftaler indgået med 6 forskellige antenneforeninger. De 6 aftaler, der vedrørte Telia Stofas eksisterende antenneanlæg, var baseret på 1 af 2 aftalemodeller, model A og B. Ifølge aftalerne skulle Telia Stofa vederlagsfrit foretage de nødvendige investeringer i antenneanlæggene, således at anlæggene fik yderligere kapacitet med henblik på udbud af nye tjenester (telefoni, datatransmission, betalings-TV, pay-per-view TV mv.). Telia Stofa anførte i anmeldelsen af aftalerne, at antenneforeningernes risiko vedrørende finansiering og drift blev mini-

meret, og at den yderligere kapacitet ville øge i konkurrencen på markedet, først og fremmest i forhold til det daværende Tele Danmark.

361. Aftalerne efter model A kunne opsiges med henholdsvis 6 og 12 måneders varsel efter udløbet af en uopsigelighedsperiode på 5 år, og aftalerne efter model B kunne opsiges med 5 års varsel efter udløbet af en uopsigelighedsperiode på henholdsvis 8 og 20 år. Telia Stofa fik efter begge aftalemodeller eksklusiv eneret til udbud af nye tjenester. Telia Stofa begrundede aftalernes løbetid med de perioder, som det ville tage at forrente og afskrive investeringerne i infrastrukturen.

362. Konkurrencerådet anførte bl.a. om de anmeldte aftaler:

”...både aftalemodel A og B er konkurrencebegrænsende, idet aftalerne har til formål eller til følge at opdele markedet på længere sigt, samt hindre andre udbydernes adgang til anlægget, jf. konkurrencelovens § 6. Der er ved vurderingen lagt vægt på, at Telia Stofa ifølge både model A og B har den eksklusive distributionsret for så vidt angår udbud af "nye tjenester" med deraf følgende manglende konkurrence på den nye del af anlægget. Dette betyder blandt andet, at antenneforeningerne ikke kan indgå aftaler med andre udbydere indenfor aftalernes løbetid, uanset om andre udbydere kan tilbyde bedre eller billigere tjenester. Derudover er det tillagt betydning, at markedet for telekommunikationsydelser etc. forandrer sig hurtigt, og at eksklusivitetsaftalerne er gældende uopsigeligt i mindst 5 år + 6/12 måneders påkravsfrist, 8 år + 5 års påkravsfrist eller mindst 20 år + 5 års påkravsfrist. Endelig er der lagt vægt på, at konsekvensen af eksklusivitetsbestemmelserne vil kunne bevirke, at Telia Stofa har mindre incitament til at sikre priseffektivitet, service af anlæggene/kunderne etc.”

363. Konkurrencerådet fandt endvidere bl.a., at vurderingen af, om løbetiderne var nødvendige af hensyn til forrentningen og afskrivningen af investeringerne, ikke ændrede ved aftalernes konkurrencebegrænsende karakter, men hørte under en vurdering efter konkurrencelovens § 8.

364. Konkurrencerådet fandt samlet, at ingen af aftalemodellerne kunne opnå fritagelse efter konkurrencelovens § 9, da aftalerne indeholdt konkurrencebegrænsninger, jf. ovenfor. Model A fik en fritagelse efter konkurrencelovens § 8, hvorimod aftalemodel B - bl.a. henset til løbetiden - ikke blev fritaget, men derimod påbudt ophævet.

365. Konkurrenceankenævnet ophævede Konkurrencerådets afgørelse og hjemviste sagen til fornyet behandling. Ankenævnet anførte:

”Konkurrencerådet har truffet afgørelse om, at Telia Stofas aftaler med 6 antenneforeninger er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Det er herved alene tillagt betydning, at aftalerne indeholder vilkår om eksklusiv eneret, løbetid og frigørelsesbetaling, som begrænser de 6 antenneforeningers handlefrihed og andre aktørers mulighed for at blive leverandører til dem. Det er ikke indgået i bedømmelsen, om aftalerne er indgået med en eller flere antenneforeninger, og det er heller ikke indgået i bedømmelsen, om den enkelte antenneforening er større eller mindre.

Det er samtidig lagt til grund, at det relevante marked er markedet for distribution af tjenester på kabelantenneanlæg i Danmark som helhed, og det er oplyst, at Tele Danmark har en dominerende position på dette marked, og at der er i tusindvis af fællesantenneanlæg i Danmark. Der er imidlertid ikke i afgørelsen nogen analyse af de 6 aftalers virkning på markedet.

Selve det forhold, at en antenneforening indgår en aftale, som giver Telia Stofa eksklusiv leveringsret, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at anse aftalen for forbudt efter konkurrencelovens § 6, stk. 1. Hertil kræves yderligere, at vilkårene i de foreliggende aftaler, enkeltvis eller samlet, direkte eller indirekte har til følge at begrænse konkurrencen, hvilket forudsætter en aktuel eller potentiel mærkbar påvirkning af markedet, således som det faktisk er. [egen understregning]

366. Fra praksis henvises endelig til Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007, *Møns Bank m.fl. mod Konkurrencerådet*, hvor Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets påbud overfor 7 lokalbanker, der havde indgået aftale om ikke at etablere sig i hinandens hovedsædebyer i forbindelse med en aftale om ikke aktivt at gå efter hinandens kunder i kombination med udveksling af informationer af relevans for den enkelte lokalbanks optræden på markedet. Konkurrenceankenævnet fandt, at de 7 lokalbanker på det nationale marked tilsammen havde en markedsandel ”på i hvert fald 1 %”. Herefter anførte ankenævnet:

”6.5 ... Ankenævnet finder det for sagens afgørelse ufornuddent at fastslå markedsandelen med større nøjagtighed. Der er nemlig tale om et marked, hvor en stor del af kunderne foretrækker en bank med en filial tæt på bopæl eller arbejdsplads. Samtidig er markedet præget af en høj grad af kundeloyalitet. Markedet er endvidere præget af, at de enkelte banker udbyder forskellige bankprodukter og kombinationer heraf, hvilket giver den enkelte bank mulighed for i nogen udstrækning at vælge sin egen profil med hensyn til priser og produkttilbud. Det må også lægges til grund, at en del af kunderne lægger vægt på, at en bank er lokal.
...

6.9 Efter en samlet bedømmelse af samarbejdets karakter – en aftale om ikke at etablere sig i hinandens hovedsædebyer i forbindelse med en aftale om ikke aktivt at gå efter hinandens kunder i kombination med udveksling af informationer af relevans for den enkelte lokalbanks optræden på markedet – kan Ankenævnet tiltræde, at samarbejdet, selv om det ikke er i nærheden af et klassisk kartel eller en egentlig markedsdeling, må anses at have konkurrencebegrænsning som formål, og at kravet om mærkbarhed ud fra de bag forbudet i § 6, stk. 1, liggende hensyn må anses for opfyldt. Lovens forbud må forstås således, at der efter karakteren af det foreliggende samarbejde ikke, hvad mærkbarhed angår, skal andet og mere til end det foreliggende markeds særlige kendetegn og samarbejdets særlige stilling på en del af markedet for at anse samarbejdet for en ulovlig konkurrencebegrænsning.” [Note: Sml. om mærkbarhed endvidere den ovenfor i afsnit 4.5.3.1 refererede kendelse fra Konkurrenceankenævnet af 8. juni 2007, *Danmarks Apotekerforening m.fl. mod Konkurrencerådet*]

Vurdering

367. Det er i praksis tidligere vurderet, at eneret til drift af forretninger indenfor restauration, fastfood, kiosk og dagligvarer på Hovedbanegården, Østerport Station og Odense Banegård, ikke udgjorde en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrence-lovens § 6, stk. 1, idet disse forretningscentre indgik i de større lokale handelsområder omkring centrene. [Note: Konkurrencerådets møde den 29. september 1999, sml. Konkurrencerådets møde den 15. december 1999, *Århus Skøjtehal*]

368. Der lægges i nærværende sag i vurderingen af mærkbarheden vægt på en række forhold, der alle taler for, at eneretten ikke har til følge at begrænse konkurrencen på dagligvaredetailmarkedet mærkbart. Dette gælder, uanset om dagligvaredetailmarkedet afgrænses til det nationale marked eller mere snævert til et geografisk område, som kan nås i bil inden for 20 minutter fra den enkelte butik (ca. 10 km. radius).

369. Der lægges *for det første* vægt på, at der ikke er faktisk belæg for at tilsidesætte AUS' begrundelse for at ville tildele eneretten, dvs. ønsket om at tiltrække dagligvaredetailbutikker til den nye bydel Ørestad Syd på et tidligt tidspunkt til gavn for udviklingen af Ørestad Syd. Det bemærkes i denne forbindelse, at eneretten ikke har til formål at begrænse konkurrencen til skade for den endelige forbruger, men at eneretten omvendt må ses i det lys, at tidlig etablering af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd er til gavn for en sammenhængende udvikling af bydelen. Til det af DSK anførte om, at der aldrig tidligere er tildelt eneret, men at der på trods heraf faktisk sker etablering af dagligvaredetailbutikker mange steder i landet, bemærkes, at der i den foreliggende sag ikke er tale om et bestående og udviklet byområde, men derimod om et område, der er under opførelse.

370. Der er endvidere ikke tale om et samarbejde, der efter sin art er egnet til mærkbart at påvirke konkurrenceforholdene negativt, men om et vertikalt forhold mellem AUS og vinderen af udbuddet (koncessionshaver), og der gælder ikke en formodning for mærkbarhed. Det er på baggrund af Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse sammenholdt med erfaringer fra andre byområder i Hovedstadsområdet [...]. Herudover er enerettens længde på 10 år en afvejning af flere komplekse fremtidsanalyser, herunder afvejning af områdets udvikling og udviklingen i kundegrundlaget indenfor de næste 10-15 år, hvor ønsket om investeringer i dagligvaredetailbutikker, inden det fornødne kundegrundlag er til stede, og mens Ørestad Syd er under opførelse, skal sammenholdes med investeringernes afskrivningsperioder og muligheden for at opnå en rimelig fortjeneste.

371. Der er således ikke konkret grundlag for at anse længden på 10 år for urimelig lang i forhold til de faktiske omstændigheder. Selvom enerettens længde isoleret set må antages at have - en vis - konkurrencebegrænsende virkning i det helt nære område i Ørestad Syd, fører længden i sig selv ikke til, at der er tale om en mærkbar konkurrencebegrænsning.

372. [...]

373. Der lægges *for det andet* vægt på, at der på det nationale marked findes ca. 2.300 dagligvaredetailbutikker med et samlet areal primo 2007 på ca. 2 mio. m² og en samlet omsætning i 2006 på 92,5 mia. kr. ekskl. moms, jf. afsnit 3.8 ovenfor. Til sammenligning vil de dagligvaredetailbutikker i Ørestad Syd, der omfattes af eneretten, efter det

af AUS oplyste i alt have et areal på [...] m² og en forventet, årlig omsætning på [...] kr. [note: Det fremgår ikke, om dette er inkl. eller ekskl. moms. Konkurrencestyrelsen har af forsigtighedshensyn lagt til grund, at beløbet er ekskl. moms]. Dette svarer til, at dagligvaredetailbutikkerne i Ørestad Syd vil omfatte [0,0-0,5] pct. af butiksarealet på landsplan og [0,0-0,5] pct. af omsætningen på landsplan.

374. Der lægges *for det tredje* vægt på, at der selv i det helt nære område tæt på Ørestad Syd (inden for en radius af ca. 2 km.) findes 11 dagligvaredetailbutikker, jf. figur 1, f.eks. Bilka i Field's, SuperBest, Merko, Irma, Superbrugsen, Fakta m.fl., der tilsammen skønnes at have et areal på ca. 18.000 m², [note: Ved et gennemsnitligt salgsareal på 600 m² hvortil kommer Bilkas 12.000 m²] og som vil være i tæt konkurrence med vinderen af AUS' koncession. Bilka i Field's, der omfatter et areal på ca. 12.000 m², ligger f.eks. mindre end 2 km. fra det fjerneste hjørne af Ørestad Syd, jf. luftfoto over Ørestad og omegn (figur 1). Ud over de 11 dagligvarebutikker ligger der i Field's endvidere en Magasin Mad&Vin, ligesom der uden for Field's bl.a. ligger Elmegårdens Minimarked samt Minimarkedet Tutten, jf. afsnit 3.2 ovenfor.

375. Der lægges *for det fjerde* vægt på, at der inden for en radius af ca. 5 km. fra Ørestad Syd findes ca. 62 dagligvaredetailbutikker, jf. figur 2, som også vil være i tæt konkurrence med vinderen af AUS' koncession. Det skønnes, at disse dagligvarebutikker har et samlet areal på ca. 50.000 m² inkl. Bilka i Field's. [Note: Ved et gennemsnitligt salgsareal på 600 m² inkl. Bilka i Field's (12.000 m²).] I denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af markedsundersøgelsen, jf. afsnit 3.9, tabel 9, at for Storkøbenhavn varierer andelen af forbrugerne, der efter dagligvarekoncernernes opfattelse i gennemsnit rejser mere end 5 km. for at købe ind, mellem [...] pct. På landsplan rejser [...] pct. af forbrugerne efter dagligvarekoncernernes opfattelse mere end 5 km. for at købe ind.

376. Der lægges *for det femte* vægt på, at selv hvis der anvendes den mest snævre geografiske markedsafgrænsning ifølge fællesskabspraksis, dvs. en kørselsradius på 20 min. eller ca. 10 km., findes der ikke under 100 dagligvaredetailbutikker med et anslået areal på minimum 60.000 m². [Note: Ved et gennemsnitligt salgsareal på 600 m². Der er ikke taget højde for f.eks. Bilka i Field's eller andre større varehuse. Konkurrencestyrelsen har ikke selvstændigt undersøgt det nøjagtige antal supermarkeder inden for en radius af 10 km, idet der ikke findes behov herfor henset til, at der som anført findes 62 supermarkeder inden for ca. 5 km. radius.] Et område med en radius på 10 km. fra Ørestad Syd dækker til sammenligning et areal på 314 km² og omfatter hele Amager og Christianshavn, indre København, Østerbro, Nørrebro, Vesterbro, Frederiksberg, Nordvest-kvarteret, Vanløse, Hvidovre samt dele af Rødovre og Brøndby.

377. Der lægges *for det sjette* vægt på, at Ørestad Syd bl.a. er forbundet med Metroen og Kastrupbanen. Dette giver indbyggerne i Ørestad Syd mulighed for at handle dagligvarer i butikkerne nær regionaltoget og metrostationer, herunder dagligvarebutikkerne ved Nørreport, Frederiksbergcentret, Amagercentret og Christianshavn. Til det af DSK anførte om, at forbrugerne ikke forventes at ville transportere sig over større afstande for at foretage indkøb, henvises til, at den offentlige transport og tilknytningen til andre trafik- og indkøbsknudepunkter i København eksempelvis giver beboerne i Ørestad Syd mulighed for at handle dagligvarer på vej hjem fra arbejde. Der er herudover, uden at

de præcise muligheder og regulering i lokalplaner mv. er undersøgt, fri adgang til at etablere dagligvaredetailbutikker umiddelbart uden for Ørestad Syd.

378. Der lægges for det syvende vægt på, at ikke enhver lokal påvirkning udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Konkurrenceankenævnet udtalte i Lokalbanksagen, [note: Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007, *Møns Bank m.fl. mod Konkurrencerådet*, afsnit 6.9] at konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler

”må forstås således, at der efter karakteren af det foreliggende samarbejde ikke, hvad mærkbarhed angår, skal andet og mere til end det foreliggende markeds særlige kendetegn og samarbejdets særlige stilling på en del af markedet for at anse samarbejdet for en ulovlig konkurrencebegrænsning.”

379. Det bemærkes, at spørgsmålet om 'lokal mærkbarhed' afhænger af en konkret vurdering, hvori indgår (i) karakteren af det foreliggende samarbejde, (ii) markedets særlige kendetegn og (iii) samarbejdets særlige stilling på en del af dette marked. Herudover må også indgå en vurdering af, hvor 'snævert' det lokale område skal betragtes.

380. Det bemærkes om karakteren af det foreliggende samarbejde, at der mellem AUS og vinderen af udbuddet (koncessionshaver) består et vertikalt forhold om leje af lokaler til dagligvaredetailhandel, og at der ikke allerede på grund af samarbejdets art er grund til at fastslå, at konkurrencelovens § 6, stk. 1, finder anvendelse. Der er ikke faktisk belæg for at tilsidesætte AUS' begrundelse om, at eneretten ikke har til formål at begrænse konkurrencen. [...] I modsætning hertil var der i Lokalbanksagen tale om et horisontalt samarbejde mellem konkurrerende virksomheder, der havde til formål at begrænse konkurrencen ved bl.a. aftaler om ikke at etablere filialer i hinandens hovedsædebyer og om ikke aktivt at opsoge hinandens kunder.

381. Det bemærkes om det foreliggende markeds særlige kendetegn og samarbejdets særlige stilling på en del af markedet, at der i høj grad er tale om et marked kendetegnet ved [...]. Der er ingen af de landsdækkende dagligvarekoncerner, herunder de prækvalificerede, der er særligt kendetegnet ved et lokalt image. I Lokalbanksagen var de 7 konkurrerende lokalbanker, deres filialnet samt kundegrundlag primært koncentreret i det sydsjællandske område samt Lolland-Falster og Møn. Konkurrenceankenævnet lagde i sagen til grund, at detailbankmarkedet er præget af en høj kundeloyalitet, og at en del af kunderne lægger vægt på, at en bank er lokal.

382. Det bemærkes i forlængelse heraf, at der - fordi spørgsmålet om opfyldelse af mærkbarhedskriteriet beror på en helhedsvurdering - også må lægges vægt på den absolute størrelse af en aftales konkurrencebegrænsende virkninger, da det ellers altid vil være muligt at opnå en mærkbar markedspåvirkning ved en tilstrækkelig snæver definition af det relevante (del)marked. I Lokalbanksagen fandt den lokale påvirkning på det af Konkurrenceankenævnet nationalt afgrænsede detailbankmarked sted i hele det sydsjællandske område samt på Lolland-Falster og Møn. Til sammenligning er en eventuel lokal påvirkning i denne sag afgrænset til et område på ca. 1 km² og en placering i København tæt på offentlig transport (bl.a. Kastrupbanen og metroen) og andre indkøbsmuligheder i umiddelbar nærhed, herunder Bilka i Field's. Der henvises i forlængelse heraf til, at Konkurrenceankenævnet i sagen om Café Garibaldi og udeservering på

Herning Torv [note: Jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. oktober 1999, *Café Garibaldi ctr. Konkurrencerådet*] ikke fandt, at der var en lokal mærkbar konkurrencebegrænsning på det relevante marked, der var markedet for udeservering i Herning midtby.

383. Ovenstående fører samlet set til, at eneretten ikke repræsenterer en sådan mærkbar markedspåvirkning, at dette udgør en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Dette gælder, uanset om man lægger et nationalt marked til grund, eller om man lægger den ifølge fællesskabspraksis mest snævre geografiske markedsafgrænsning til grund, dvs. et område inden for ca. 20 minutter i bil fra dagligvarebutikken (ca. 10 km.).

4.6 Konklusion

384. Det vurderes efter en samlet bedømmelse, at eneretten ikke har til formål at begrænse konkurrencen. Det vurderes endvidere, at koncessionsaftalen har til følge at begrænse konkurrencen, men at der ikke er tale om en mærkbar markedspåvirkning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Dette gælder, uanset om man lægger et nationalt marked til grund, eller om man lægger den ifølge fællesskabspraksis mest snævre geografiske markedsafgrænsning til grund, dvs. et område inden for ca. 20 minutter i bil fra dagligvarebutikken (ca. 10 km.).

385. I den samlede vurdering af, at koncessionsaftalen ikke har til følge at begrænse konkurrencen mærkbart, er der særligt lagt vægt på,

at der er i det helt nære område uden for Ørestad Syd (en radius af ca. 2 km.) allerede ligger en række store dagligvaredetailbutikker,

at der inden for en radius af ca. 5 km. fra Ørestad Syd ligger ca. 62 dagligvaredetailbutikker,

at der findes mere end 100 dagligvaredetailbutikker mv. inden for det efter fællesskabspraksis mest snævre relevante geografiske marked (10 km. radius fra Ørestad Syd),

at der på det relevante geografiske marked, som er nationalt, findes ca. 2.300 dagligvaredetailbutikker med en omsætning i 2006 på 92,5 mia. kr. ekskl. moms og et samlet areal på ca. 2 mio. m²,

at Ørestad Syd er forbundet med resten af Hovedstadsområdet via bl.a. Kastrupbanen og metrolinjen Vestamager, og at der således f.eks. er mulighed for beboerne i Ørestad Syd at købe ind på vej hjem fra arbejde i andre trafik og indkøbsknudepunkter i København,

at [...],

at dagligvaredetailmarkedet er præget af en række landsdækkende kæder, der bestemmer priser, markedsføring mv. centralt, og at de enkelte dagligvarebutikkers oplande overlapper hinanden,

at om end eneretten er langvarig, så er der ikke konkret grundlag for at anse længden for urimelig lang i forhold til de faktiske omstændigheder, og

at der ikke er grundlag for at statuere lokal mærkbarhed.

386. Det konkluderes derfor, at AUS' tildeling af en koncession med 10 års eneret på dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd til én medkontrahent ikke har til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, og at forholdet hermed ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

5 Konkurrencelovens § 7

387. Konkurrencelovens § 6, stk. 1, finder ikke anvendelse, såfremt de deltagende virksomheder har (i) en samlet årlig omsætning på under 1 mia.kr. og en samlet markedsandel på under 10 pct. eller (ii) en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr., jf. konkurrencelovens § 7, stk. 1.

388. Det bemærkes for god ordens skyld, selvom eneretten som anført ikke er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, at konkurrencelovens § 7, stk. 1, ikke finder anvendelse i nærværende sag. Det kan uden videre konstateres, uanset vinderen af udbuddet endnu ikke er kendt, at virksomhederne (AUS og den prækvalificerede vinder af udbuddet) overskrider omsætningskravet på 1 mia. kr. i § 7, stk. 1.

6 Misbrug af dominerende stilling, konkurrencelovens § 11 og artikel 82

389. Det er tillige overvejet, om der er anledning til at foretage en egentlig undersøgelse af, hvorvidt AUS' tildeling af eneret udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 11. Det vurderes imidlertid, at sagen ikke giver fornøden anledning til at foretage en sådan undersøgelse, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt. Dette skyldes flere forhold, jf. i det følgende.

390. *For det første* indeholder DSK's klage ingen anbringender om, at AUS' tildeling af eneret skulle udgøre et misbrug af dominerende stilling efter konkurrencelovens § 11, ligesom DSK ikke angiver på hvilket relevant marked, AUS skulle være dominerende.

391. *For det andet* lægges der vægt på, at Konkurrencestyrelsen på det foreliggende grundlag heller ikke selv efter en umiddelbar vurdering har kunnet identificere et relevant marked, hvorpå AUS indtager en dominerende stilling, og som i forhold til konkurrencelovens § 11 er relevant for vurderingen af tildelingen af eneretten.

392. *For det tredje* lægges der vægt på, at hensigten med at tildele eneretten er på et tidligt tidspunkt - inden området er beboerudviklet og fuldt udbygget - at kunne tiltrække en dagligvareaktør på markedet i konkurrence med de omkringliggende butikker uden for Ørestad Syd.

393. Herefter fører en afvejning af sagens karakter og hensynet til en effektiv anvendelse af ressourcer og en prioritering af opgaver til, at der ikke foretages en egentlig undersøgelse, og at der dermed heller ikke tages stilling til, hvorvidt konkurrencelovens § 11 er overtrådt, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

7 Konklusion

394. AUS' tildeling gennem en koncessionsaftale af en 10-årig eneret på etablering og drift af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd har ikke til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

395. Der findes ikke tilstrækkelig anledning til at undersøge yderligere, om AUS' tildeling af en 10-årig eneret på etablering og drift af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd kan udgøre en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, hvorfor der ikke vil blive foretaget yderligere vedrørende dette forhold, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

396. Der er i forbindelse med sagen udarbejdet en vejledende udtalelse til AUS vedrørende den udbudsretlige vurdering.

397. Det understreges, at sagen er bedømt på baggrund af de oplysninger, som der har været kendskab til. Der henvises til, at man fra AUS har modtaget udkast til udbudsgrundlag og udkast til leje- og samarbejdsaftale, samt at udbud endnu ikke er afholdt og indgåelse af leje- og samarbejdsaftale endnu ikke har fundet sted. Det er således AUS' og den vindende tilbudsgivers ansvar, at koncessionen og eneretten implementeres i overensstemmelse med konkurrencereglerne."

3.0 Sagens behandling i Konkurrenceankenævnet

3.1 Der er i den fortrolige version af Konkurrencerådets afgørelse henvist til en række bilag, der alle har været fremlagt for Konkurrenceankenævnet. Det drejer sig om følgende:

Bilag 1 – Vejledende udbudsretlig udtalelse af 31. oktober 2007

Bilag 2 – DSK's klage af 21. juni 2007

Bilag 3 – Kort over dagligvarebutikker indenfor en radius af 2 km.

Bilag 4 – Kort og liste over dagligvarebutikker indenfor en radius af 5 km.

Bilag 5a – Prækvalifikationsmateriale

Bilag 5b – Udkast til udbudsgrundlag

Bilag 5c – Udkast til leje- og samarbejdsaftale

Bilag 6 – Artikel af 8. september 2004 fra Bryggebladet

Bilag 7 – ... undersøgelse

Bilag 8 – ... undersøgelse

Bilag 9 – Avisartikler fra Børsen den 6. september 2007

Bilag 10 a – Konsulentrapport fra april 2007

Bilag 10b – Konsulentrapport fra september 2007

Bilag 11 – Konkurrencestyrelsens supplerende beregninger vedr. overskudsgrad

Bilag 12a-i – Besvarelser fra Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse

Bilag 13 – Telefonnotat (...)

Bilag 14 – Telefonnotat (...)

Bilag 15 – Telefonnotat (...)

Bilag 16 – E-mail af 20. februar 2008 fra ...

Bilag 17 – AUS' høringssvar af 12. marts 2008

Bilag 18 – DSK's høringssvar af 10. marts 2008

Bilag 19 – DSK's bemærkninger af 12. november 2007

Bilag 20 – Kort med indtegnet radius på 10 km.

- 3.2 Sagen har efter parternes enighed herom været behandlet skriftligt, jf. konkurrenceankenævnsbekendtgørelsens § 13, stk. 1.

4.0 De Samvirkende Købmænds argumentation

De Samvirkende Købmænd har anført, at den 10-årige eneret til dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd har til afledt formål eller direkte følge at begrænse konkurrencen i området mærkbart, og at den derved er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det fremgår af materialet fra AUS, at formålet med tildeling af koncessionen er at sikre de kommende beboerne i Ørestad Syd adgang til et bredt udvalg af dagligvarebutikker. Kontrakten med den 10-årige eneret omfatter etablering og drift af en dagligvarebutik på ca. 1.000 m². Kontrakten omfatter endvidere option på op til 3 yderligere dagligvarebutikker i bydelen i løbet af eneretsperioden.

Et bredt udvalg af dagligvarebutikker sikres næppe ved etablering af en enkelt butik på 1.000 m² i området. Hvis der omvendt etableres op til fire butikker i området, drevet af samme virksomhed og med en eneretsperiode på 10 år, skabes et monopol i området, som næppe sikrer beboernes muligheder for at købe dagligvarer i et frit marked.

Ørestad Syd vil på sigt omfatte 10.000 beboere, og ca. 15.000 mennesker vil have deres daglige

gang i bydelen. Etablering af en så stor bydel giver naturligvis mulighed for etablering af dagligvarebutikker, også på sædvanlige konkurrencevilkår. Til sammenligning kan det nævnes, at byer som Birkerød, Aabenraa, Kalundborg, Ikast, Skanderborg, Thisted og Frederiksværk alle har mellem 10.000 og 20.000 indbyggere. Byer som Grindsted, Ringkøbing, Vordingborg, Tønder og Ribe har alle under 10.000 indbyggere. Det er lykkedes i disse byer at etablere dagligvarehandel på sædvanlige vilkår.

Det anføres fra Konkurrencestyrelsens side, at denne situation er speciel, idet der er tale om opførelse af en helt ny bydel. Det vurderes på denne baggrund, at det er nødvendigt at kunne etablere et monopol, for at kunne tiltrække en attraktiv aktør på markedet. Den bagvedliggende forudsætning må altså være, at aktøren ikke ville etablere en dagligvarebutik i området i fri konkurrence, og at det derfor er en nødvendig forudsætning, at der sker en reel begrænsning i konkurrencen.

En konstruktion med etablering af et monopol med en eneretsperiode på 10 år er ganske enestående i dansk byudviklingshistorie og ikke tidligere set inden for detailhandelsverdenen. Det giver derfor anledning til undren, at konkurrencemyndighederne på denne måde kan forsvare og understøtte en udvikling i butiksstrukturen, der bygger på tildeling af monopoler og deraf følgende konkurrencebegrænsning og indskrænkning af forbrugernes frie valg.

Konkurrencerådet vurderer i sin afgørelse, at eneretsperioden ikke har til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

Man må spørge sig selv, hvad formålet og følgen så består i. Formålet er at tiltrække butikker til området tidligere, end det ellers ville være muligt. Hvordan gør man det? Ved at etablere en eneret, som begrænser konkurrencen i forhold til de øvrige aktører på markedet. Det argumenteres, at butikkerne ikke ville etablere sig i området så tidligt, hvis ikke de fik eneret. Eneretten må altså have en funktion – nemlig at begrænse konkurrencen. Det må tillige formodes, at konkurrencen begrænses mærkbart. Ellers ville tildeling af eneret jo netop være uden betydning.

I det lokalområde, hvor eneretten tildeles - befolkningstalsmæssigt en by på størrelse med Frederiksværk - er følgen af eneretten under alle omstændigheder, at konkurrencen begrænses

mærkbart. Formålet må også nødvendigvis være en mærkbar begrænsning af konkurrencen i lokalområdet. I modsat fald er begrundelsen for tildeling af en eneret indholdstom Hvis ikke eneretten har den nævnte konkurrencebegrænsende effekt, er der ingen grund til at anvende dette instrument. Eneret har jo netop til formål og følge at hindre konkurrenter i at agere i det omfattede marked.

Konkurrencerådet har i sagsforløbet henvist til øvrige byudviklingsprojekter, hvor etablering af dagligvarebutikker først er sket længe efter, området er blevet byudviklet. Den underliggende konklusion er, at tildeling af eneret er en adækvat måde at sikre en hurtig etablering af dagligvarebutikker i et byudviklingsområde.

Det må derfor formodes, at konkurrencemyndighederne således ville acceptere en sådan tildeling af monopol i andre tilsvarende situationer, hvor der etableres nye byområder af en vis størrelse. Dette er et afgørende skift med hidtidig praksis inden for byudvikling.

Monopolet i nærværende sag tildeles butikker i et byudviklingsområde, med mange boliger og arbejdspladser. Det må formodes, at den kommende dagligvarebutik inden for det lokalområde, den placeres i, får overordentlig stor glæde af den lange eneretsperiode. Ikke mindst set i lyset af, at der er en forventning om flere butikker i området – som altså også omfattes af eneretten. Netop ønsket om flere butikker er med til at forstærke indtrykket af, at der med eneretten etableres en monopolsituation, som begrænser den frie konkurrence.

Det giver i denne forbindelse ikke mening at tale om det nationale marked som det relevante marked. Det er nok muligt, at de butikker, der etableres som følge af eneretten, ikke kan forskubbe balancen mellem de konkurrerende virksomheder på landsplan, men det vil få væsentlig betydning i lokalområdet, såfremt der etableres flere butikker, som omfattes af eneretten.

Beboerne i et så stort byområde som Ørestad Syd vil foretage langt hovedparten af deres daglige indkøb tæt på deres bopæl – altså i én af de butikker, som etableres som følge af eneretten. Dette vil naturligvis få mærkbar negativ indflydelse på konkurrencesituationen for de omkringliggende butikker. Såfremt begrænsningen af konkurrencen ikke er konkret væsentlig i lokalområdet for

de butikker, som forventes etableret, ville udbuddet være uden betydning – og butikkerne kunne lige så vel etablere sig i fri konkurrence.

Såfremt Konkurrenceankenævnet ikke kommer frem til at etablering af en eneretsperiode strider mod konkurrencelovens § 6, stk. 1, bør der i det mindste fastsættes en kortere eneretsperiode – også set i lyset af, at der ikke tidligere har været etableret sådanne monopolsituationer, og at de umiddelbare konsekvenser samt virkning på længere sigt for den lokale butiksstruktur derfor ikke kendes.

5.0 Konkurrencerådets argumentation

- 5.1. Konkurrencerådet har supplerende til rådsafgåelsen anført, at Konkurrencerådets markedsafgrænsning er korrekt.

Det relevante produktmarked i nærværende sag er dagligvaredetailmarkedet, dvs. salg af dagligvarer (food og non-food) til forbrugerne, jf. afgørelsen, pkt. 215-240. Dette marked omfatter supermarkeder, lavpris-/discountbutikker og varehuse med ”one-stop-shopping”. Markedet omfatter derimod ikke kiosker, conveniencebutikker, servicestationer mv. eller specialvarebutikker, jf. afgørelsen, pkt. 216.

Konkurrencerådet fastholder endvidere, at konkurrencevilkårene i Danmark er tilstrækkeligt ensartede til, at det relevante geografiske marked kan afgrænses nationalt til Danmark, jf. afgørelsen, pkt. 241-277. På baggrund af de foreliggende oplysninger er det ikke muligt at afgrænse geografiske markeder, som er snævrere end Danmark, og hvor konkurrencevilkårene er meget forskellige, jf. afgørelsen, pkt. 272.

Dagligvaredetailmarkedet er kendetegnet ved få store koncerner med et landsdækkende net af dagligvarebutikker. Dagligvarekoncernerne fastsætter i betydelig grad centralt oprettelse, placering og nedlæggelse af butikker. Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse viser endvidere, at dagligvarekoncernernes markedsstrategi mht. til fastsættelse af priser, sortiment og markedsføring besluttet centralt med udgangspunkt i konkurrencen på landsplan og ikke efter den lokale konkurrence. Dagligvarekoncernerne vil derfor typisk ikke hæve prisen, i det tilfælde

at konkurrencen afsvækkes lokalt, jf. afgørelsen, pkt. 117, 128-200 samt 262-272.

Konkurrencerådet finder endvidere, at selvom markedet set fra forbrugernes synsvinkel kan opfattes lokalt, er der et overlap mellem de enkelte lokale områder. Dette overlap mellem forbrugernes lokalområder medfører, at ændringer i markedsforholdene påvirker dagligvarede-tailkonkurrencen længere væk end de enkelte forbrugeres lokalområder (den såkaldte ”kædere-aktionseffekt”), jf. afgørelsen, pkt. 273.

Konkurrencerådet har for god ordens skyld tillige foretaget en vurdering efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, på baggrund af det efter fællesskabspraksis mest snævre geografiske marked, hvilket afgrænses som 20 minutters kørselsradius fra en dagligvarebutik (svarende til ca. 10 km.). Konkurrencerådets vurdering på baggrund af afgrænsningen af dette snævrere geografiske marked fører ikke til et andet resultat, jf. afgørelsen, pkt. 12, 277 og 279.

- 5.2 Konkurrencerådet har videre anført, at tildelingen gennem koncession af 10 års eneret på dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd ikke har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurren-celovens § 6, stk. 1.

AUS har vedrørende formålet med eneretten anført, at eneretten skal bidrage til at udvikle Ørestad Syd og ikke begrænse konkurrencen. Tildelingen af eneretten skal således efter AUS’ oplysninger sikre en sammenhængende udvikling i Ørestad Syd ved på et tidligt tidspunkt i forhold til beboerudviklingen at tiltrække dagligvarehandelen, jf. afgørelsen, pkt. 80-84 og 96-105.

Konkurrencerådet fastholder, at der samlet set ikke er fornødent faktisk belæg for at tilsidesætte AUS’ begrundelse for tildelingen af eneretten, og at der derfor ikke er fornødent faktisk belæg for at fastslå, at eneretten har til formål at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet fastholder vurderingen af, at eneretten skaber alternative indkøbsmuligheder på markedet på et tidligt tidspunkt til gavn for byudviklingen i Ørestad Syd, der er under opførsel. Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelser i nærværende sag peger således entydigt på, at indkøbsmulighederne i Ørestad Syd i fravær af en særlig tilskyndelse til tidlig etablering

først vil udvikles efter flere år, jf. afgørelsen, pkt. 329.

Konkurrencerådet fastholder endvidere, at aftalen - selvom den har konkurrencebegrænsende følger i det helt snævre område på ca. 1 km² i Ørestad Syd - ikke fører til en mærkbar begrænsning af konkurrencen på dagligvaremarkedet som sådan, heller ikke lokalt.

AUS' tildeling af en eneret har ikke til formål at begrænse konkurrencen, jf. afgørelsen, pkt. 302-330. I vurderingen heraf, har Konkurrencerådet foretaget en objektiv vurdering af aftalens indhold set i lyset af den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår. Konkurrencerådet lægger i denne forbindelse særligt vægt på tre forhold:

Konkurrencerådet lægger for det første vægt på, at AUS må antages at have en interesse i at tiltrække detailbutikker, herunder dagligvaredetailbutikker, til Ørestad Syd. AUS skal ifølge sit lov- og vedtægtsbestemte grundlag varetage arealudvikling, og tidlig etablering af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd må antages at have betydning for en sammenhængende udvikling af bydelen til gavn for beboerne, erhvervslejere, personer med daglig gang i bydelen mv., ligesom det er rimeligt at antage, at etablering af dagligvaredetailhandel må tænkes ind i byplanlægningen i god tid. Konkurrencerådet finder således ikke faktuel belæg for at afvise, at der er en forbindelse mellem tidlig etablering af detailhandel, herunder dagligvaredetailhandel, og byudvikling, jf. afgørelsen, pkt. 321-323.

Konkurrencerådet lægger for det andet vægt på, at AUS ikke er til stede på dagligvaredetailmarkedet og som sådan ikke uden videre kan antages at have grund til at ville begrænse konkurrencen i det helt nære område i Ørestad Syd. Der er ikke faktuel belæg for at tilsidesætte det af AUS oplyste, hvorefter hensigten med en tidlig etablering af dagligvaredetailhandel skal ses i en sammenhæng med arealudvikling og stimulering af byudviklingen i Ørestad Syd til gavn for beboere og erhvervslejere mv., jf. afgørelsen, pkt. 324-325.

Konkurrencerådet lægger for det tredje vægt på, at Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse understøtter, at det ikke kan afvises, at der er et behov for økonomiske incitamenter for at opnå en udvikling af dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd på et tidligt tidspunkt i forhold til beboerudviklingen, jf. afgørelsen, pkt. 326-328.

Konkurrencerådet vurderer på baggrund af ovenstående, at eneretten objektivt set på et tidligt tidspunkt og til gavn for udviklingen af Ørestad Syd skaber alternative indkøbsmuligheder på markedet i konkurrence med de eksisterende dagligvaredetailbutikker, jf. afgørelsen, pkt. 329.

- 5.3 Konkurrencerådet har desuden anført, at tildelingen gennem koncession af 10 års eneret på dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd ikke har til følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Konkurrencerådet bemærker, at AUS' tildeling af en eneret har til følge at begrænse konkurrencen i det helt nære område i Ørestad Syd, jf. afgørelsen, pkt. 331-352, og der kan stilles spørgsmålstejn ved, om nødvendigheden af en eneretsperiode af 10 års varighed er tilstrækkeligt godtgjort, jf. afgørelsen, pkt. 343-346.

Konkurrencerådet bemærker videre, at forbrugernes velfærd over tid imødekommes bedst gennem muligheden for et varieret udbud fra flere forskellige dagligvarekoncerner frem for én totallejers udbud. En længerevarende mangel på stimulering af konkurrence på udbuddet af dagligvarer i det helt nære område i Ørestad Syd kan således have - en vis - indflydelse på den potentielle konkurrence i det helt nære område i Ørestad Syd, jf. afgørelsen, pkt. 350-351.

Eneretten har imidlertid ikke til følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. afgørelsen, pkt. 353-383.

Konkurrencerådet gør i den forbindelse for det første gældende, at der ikke er tale om et forhold, der efter sin art er egnet til mærkbart at begrænse konkurrencen, jf. afgørelsen, pkt. 369-372.

Konkurrencerådet lægger i sin vurdering af mærkbarheden for det andet vægt på en række forhold, der alle taler for, at eneretten ikke har til følge at begrænse konkurrencen på dagligvaredetailmarkedet mærkbart, som opsummeret i afgørelsen, pkt. 25.

Der lægges således vægt på,

- at der er i det helt nære område uden for Ørestad Syd (en radius af ca. 2 km) allerede ligger en række store dagligvaredetailbutikker, jf. afgørelsen, pkt. 39 og 374,
- at der inden for en radius af ca. 5 km. fra Ørestad Syd ligger ca. 62 dagligvaredetailbutikker, jf. afgørelsen, pkt. 42 og 375,
- at der skønnes at, der findes mere end 100 dagligvaredetailbutikker inden for det efter fællesskabspraksis mest snævre relevante geografiske marked (10 km. radius fra Ørestad Syd), jf. afgørelsen pkt. 41- 42 og 376,
- at der på det relevante geografiske marked, som er nationalt, findes ca. 2.300 dagligvaredetailbutikker med en omsætning i 2006 på 92,5 mia. kr. ekskl. moms og et samlet areal på ca. 2 mio. m2, jf. afgørelsen, pkt. 123, 282 og 373,
- at Ørestad Syd er forbundet med resten af Hovedstadsområdet via bl.a. Kastrupbanen og metrolinjen Vestamager, og at det således f.eks. er muligt for beboerne i Ørestad Syd at købe ind på vej hjem fra arbejde i andre trafik- og indkøbsknudepunkter i København, jf. afgørelsen, pkt. 377 og 382,
- at dagligvaredetailmarkedet er præget af en række landsdækkende kæder, der i høj grad fra central side beslutter forhold angående oprettelse, placering og nedlæggelse af butikker samt forhold angående prisfastsættelse, sortiment og markedsføring, jf. afgørelsen, pkt. 117, 128-200 samt 262-272,
- at de enkelte dagligvarebutikkers oplande overlapper hinanden, jf. afgørelsen, pkt. 273-274,
- at om end eneretten er langvarig, så er der ikke konkret grundlag for at anse længden for urimelig lang i forhold til de faktiske omstændigheder, jf. afgørelsen, pkt. 369-371, og
- at der som følge af de ovenstående forhold ikke er grundlag for at statuere lokal mærkbarhed, jf. afgørelsen, pkt. 378-382.

Konkurrencerådet fastholder på den baggrund samlet, at AUS' tildeling af 10 års eneret på dagligvarehandel i Ørestad Syd gennem en koncession ikke udgør en sådan mærkbar markedspåvirkning, at dette udgør en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

6.0 Biintervenientens bemærkninger

Udviklingsselskabet By & Havn I/S (tidligere AUS) har som biintervenient til støtte for Konkurrencerådets stadfæstelsespåstand anført, at biintervenienten i det hele kan tilslutte sig de faktuelle og juridiske synspunkter, som Konkurrencerådet har fremført under sagen.

6.1 Konkurrencerådet har afgrænset det relevante marked korrekt.

Biintervenienten kan tilslutte sig den markedsafgrænsning, som Konkurrencerådet lægger til grund. DSK har ikke bestridt den produktmæssige afgrænsning af det relevante marked, hvorfor det må lægges til grund, at parterne er enige herom. For så vidt angår det relevante geografiske marked har DSK ikke fremført hverken faktuelle eller juridiske argumenter til støtte for, at det geografiske marked skal afgrænses så snævert som Ørestad Syd.

6.2 Tildelingen af eneretten har ikke til formål at begrænse konkurrencen.

Der er af DSK ikke fremført juridiske eller faktuelle argumenter til støtte for DSK's påstand om, at tildeling af en koncession med ti års eneret på dagligvarehandel i Ørestad Syd har til formål at begrænse konkurrencen.

Til det af DSK anførte om, at "Det må formodes, at den kommende dagligvarebutik inden for det lokalområde, den placeres i, får overordentlig stor glæde af den lange eneretsperiode", bemærkes, at det principielt er irrelevant for den konkurrenceretlige vurdering, om en eventuelt kommende dagligvarebutik i Ørestad vil få en "overordentlig stor glæde af eneretsperioden", idet konkurrencereglerne skal beskytte konkurrencen på markedet og ikke enkelte virksomheder.

Det eneste, men meget væsentlige formål med den lidt utraditionelle fremgangsmåde, som

biintervenienten har valgt i denne sag er byudvikling og ikke at begrænse konkurrencen.

Hertil bemærkes, at dagligvareoperatørerne ikke har stået i kø for at leje butiksarealer i Ørestad Syd. Havde dette været tilfældet kunne biintervenienten jo blot have indgået en langvarig lejekontrakt med en bestemt dagligvareoperatør, om leje af et butiksareal i Ørestad Syd med henblik på at drive dagligvarehandel.

Erfaringer fra hidtidig byudviklingspraksis viser, at det er helt afgørende med incitamentskabende tiltag for at sikre byudviklingen i et helt nyt byområde som Ørestad Syd, idet området ellers udvikles til byrøken. Hidtidig byudviklingspraksis viser således, at hvis der ikke gøres noget, så sker der ikke noget af sig selv, idet der på sigt højst vil blive etableret en enkelt discountforretning, en kiosk eller en mindre dagligvarebutik. Dette er ikke nok til at skabe den grobund for videre byudvikling, som er helt nødvendig for at skabe byliv i et uudviklet område som Ørestad Syd, hvor udgangspunktet for at skabe byliv er en bar mark.

Formålet med koncessionen kan sammenfattes med følgende udtalelse fra en kvalitativ beboerundersøgelse blandt beboerne i Københavns nordlige havneområde samt i Ørestad:

"Hvad er læringen

Til boligområder med bymennesker hører cafeliv, take-awayrestauranter, kiosker og indkøbsmuligheder. Lejemål til den slags erhvervsliv skal tænkes ind i byplanen fra starten. Det er ikke nok med planer, hvis de ikke kan realiseres efterfølgende. Det er afgørende for, om beboerne opfatter kvarteret som en bydel. Især når vi ved, at det er beboere med storbymentalitet. De straffer fraværet af lokalmiljø hårdt."

Hidtidig byudviklingspraksis understøtter derfor, at det ikke er korrekt, når DSK hævder, at butikkerne ville blive etableret i fri konkurrence. DSK har da ej heller kunnet henvise til et eneste eksempel fra tidligere praksis, hvor dette er sket, og ej heller kunnet fremføre eksempler på, at DSK's medlemmer har haft kapacitet eller risikovillighed til at etablere større dagligvarebutikker med et bredt udbud af dagligvarer i helt nyudviklede byområder på forkant med beboere og erhvervsudviklingen. DSK kan ikke pege på et eneste tilfælde, hvor dette er sket, fordi investeringerne og risiciene er for store i forhold til den risiko, der er forbundet hermed. Al erfaring viser således, at ingen virksomheder foretager disse investeringer på forkant uden incitamentskabende foranstaltninger.

Denne konklusion understøttes også af den markedsundersøgelse, som Konkurrencestyrelsen har gennemført under forberedelse af Konkurrencerådets sag, jf. afgørelsens punkt 337 ff.

6.3 Tildelingen af eneretten har ikke til følge mærkbart at begrænse konkurrencen

Tildeling af en koncession på eneret til dagligvarehandel i Ørestad Syd, som dækker et areal på 1 km², vil ikke mærkbart have til følge at begrænse konkurrencen, uanset om det snævest mulige geografiske marked lægges til grund. Det er således i sagen dokumenteret, at der alene inden for en radius af 5 km fra Ørestad Syd ligger ca. 62 sammenlignelige dagligvarebutikker. Inden for en radius af 20 minutter i bil er der ikke under 100 sammenlignelige dagligvarebutikker, jf. afgørelsens punkt 375 og 376.

Sammenfattende betyder dette, at tildeling af eneretten ud fra en juridisk betragtning ej heller udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning.

Konkurrencestyrelsens markedsundersøgelse understøtter, at det relevante geografiske marked skal afgrænses nationalt, men som anført er der ej tale om en mærkbar konkurrencebegrænsning, selv om det snævest mulige geografiske marked lægges til grund.

Samlet set fører dette til, at tildeling gennem udbud af en koncession på dagligvarehandel i det geografiske område Ørestad Syd ikke er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6.

6.4 Biintervenienten har vedrørende eneretsperiodens længde anført, at DSK intet har fremlagt til støtte for, at den udbudte længde af eneretten på ti år ikke er proportional. Til støtte for, at længden på ti år er et minimum for at opnå formålet med udbuddet af koncessionen, og dermed saglig og nødvendig, skal henvises til den konsulentrapport om Detailbutikker, services og restaurant/café i Ørestad Syd af 17. september 2007, der er fremlagt som bilag 10 B til Konkurrencerådets afgørelse. Det hedder heri bl.a.:

"Det er min faste overbevisning at en eneretsperiode på minimum 10 år er helt afgørende for at sikre den tidlige etablering samt den bredde i udvalget, som er nødvendig for at understøtte byudviklingen i Ørestad Syd. Bliver eneretsperioden kortere vil det medføre min-

dre risikovillighed hos operatørerne og dermed et smallere udbud og senere etablering.

Kontraktperiodens længde er fastsat efter afskrivningsperioden for investeringer i den sidste butik, og ved en åbning i enerettens sidste år vil investeringen være fuldt afskrevet efter 15 år. Det skal dog tilføjes, at tidspunktet for åbning af butikker er et selvstændigt konkurrenceparameter, og derfor kan det ske at den sidste butiksåbning falder således, at investeringen er afskrevet tidligere end 15 år efter aftalens ikrafttræden."

Ved en vurdering af nødvendigheden af eneretsperiodens længde skal der tages højde for det helt særegne ved denne sag, som er, at det drejer sig om etablering af en helt ny bydel på en bar mark. Dette er ikke det bedste udgangspunkt for at tiltrække investeringer på forkant. Til sammenligning kan fremhæves, at det også altid er det første lejemål i et center, der er sværest at udleje, og derfor i det private erhvervsliv kræver incitamenter. Længden på ti år er efter biintervenientens opfattelse et minimum for at opnå formålet med udbuddet henset til de usikkerheder, der knytter sig til det fremtidige kundeunderlag og sammenholdt med investeringens størrelse.

- 6.5 Afslutningsvis skal det fremhæves, at tildeling af koncessionen er sket gennem et offentligt udbud helt i overensstemmelse med EU's principper herfor, og således at alle kvalificerede på lige og gennemsigtige vilkår har haft mulighed for at vise interesse.

Til sammenligning skal henvises til, at det groteske i denne sag er, at biintervenienten i stedet for at offentliggøre et udbud om koncessionstildeling på dagvarehandlen i Ørestad Syd kunne have indgået en langvarig lejekontrakt med én bestemt dagligvareoperatør, uden at DSK nødvendigvis ville have vidst dette eller endsige have haft noget som helst grundlag for at klage herover med henvisning til konkurrencereglerne, selv om effekten heraf ville have været, at der kun var én dagligvareaktør i Ørestad Syd, som end ikke ville være blevet valgt i fri konkurrence, som tilfældet er med den koncession, der nu er udbudt.

Årsagen til, at biintervenienten ikke valgte denne fremgangsmåde, var som nævnt ovenfor, at det i praksis formentlig ville have været umuligt at tiltrække en egnet dagligvareoperatør på forkant med byudviklingen, idet al erfaring og alle markedsundersøgelser baseret på erfaring fra lignende byudviklingsområder viser, at etablering af dagligvarehandel ikke sker på forkant med beboerudviklingen i et helt nyt byområde med den negative konsekvens, at byudviklingen bliver langsommere og i nogle situationer går helt i stå. Dette var netop den udvikling, som biintervenienten

enten søgte at imødegå ved at tænke nyt og offentliggøre et udbud om tildeling af en koncession. Det er derfor et uunderbygget postulat fra DSK's side, at "butikkerne ville etablere sig i fri konkurrence i Ørestad Syd" i fravær af det udbud, som denne sag vedrører.

7.0 Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Det er ifølge konkurrencelovens § 6, stk. 1, "forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen". En aftale, der efter sit formål indeholder en åbenbar begrænsning af konkurrencen, vil umiddelbart være i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Udviklingsselskabet By & Havn I/S er etableret med det lovbestemte formål at forestå udvikling af selskabets arealer. Selskabet optræder i den forbindelse som udbyder på markeder for fast ejendom, herunder som udbyder af butiksarealer. Selskabet er derimod ikke aktør på dagligvaremarkedet. Udviklingsselskabets aftale med en aktør på dagligvaremarkedet om en sådan aktørs etablerings- og aktivitetspligt mod 10 års eneret på dagligvarehandel i den nyudviklede bydel Ørestad Syd er således ikke en aftale mellem aktører, der begge opererer på dagligvaremarkedet – havde det været tilfældet, måtte aftalen anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Det konkurrenceretlige udgangspunkt for en bedømmelse af en aftale mellem en udbyder af butiksarealer og en aktør på dagligvaremarkedet er, at det står udbyderen frit for at søge at optimere dagligvaremarkedsaktørens – og egne – indtjeningsmuligheder ved at underkaste sig begrænsninger i adgangen til at disponere over andre arealer til skade for den virksomhed, den pågældende dagligvareaktør udøver. En sådan aftale kan ud fra en dagligvaremarkedsanskuelse kun komme i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis aftalen faktisk påvirker konkurrencen på dagligvaremarkedet mærkbart. Det skal altså kunne lægges til grund, at aftalen vil have en sådan indvirkning på markedsforholdene, at konkurrencen påvirkes i et sådant omfang, at der kan forventes eller konstateres negative virkninger på markedet.

Den tildeling af eneret til detailvarehandel, der i sagen er tale om, angår et relativt beskedent areal midt i Storkøbenhavn, hvor der inden for kort afstand findes adskillige dagligvarebutikker. Konkurrenceankenævnet tiltræder, at den nævnte eneret – uanset om det relevante produktmar-

ked, dagligvaredetailmarkedet, geografisk afgrænses nationalt eller til et område, der ligger inden for en antagelig kørselsradius i bil – ikke kan antages at have den fornødne mærkbarhed. Aftalen om eneretten er derfor ikke i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Konkurrenceankenævnet stadfæster herefter Konkurrencerådets afgørelse.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2008 stadfæstes.

Jens Fejø

Ole Jess Olsen

Christian Hjorth-Andersen

Suzanne Helsteen

Børge Dahl

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Konkurrenceankenævnet, den 3. november 2008

Susanne Winther-Nielsen
kt.fm.