2007-04-23: Mund-Godten A/S mod Konkurrencestyrelsen (Anke efter klagefristens udløb afvist)

Advokaterne Fønss & Hove
Toldbodgade 10, 4. sal
6000 Kolding

Konkurrencerådet
Nørregade 49
1165 København K

Den 23. april 2007
J.NR.2006-0009197
Journal nr. i KS 4/0120-8700-0024

Vedr.: J.nr. 2006-0009197 – Mund-Godten A/S

1. Sagens baggrund

Ved brev af 13. november 2006 har advokat Lars Bollerup på vegne af Jim Thrane anmodet om, at det tillades Jim Thrane at indbringe Konkurrencestyrelsens afgørelse af 4. august 2003 for Konkurrenceankenævnet, uanset at klagefristen på 4 uger er overskredet, jf. konkurrencelovens § 20, stk. 2.

Af det af parterne over for Konkurrenceankenævnet anførte fremgår, at Konkurrencestyrelsen i foråret 2003 modtog en række klager over MundGodten A/S' franchise- og leasingvilkår fra advokat Lars Bollerup. Klagerne drejede sig om franchiseaftalernes opsigelsesperiode, løbetiden på en konkurrenceklausul samt visse leasingkontrakters løbetid og deres binding til franchiseaftalerne.

Konkurrencestyrelsen traf den 4. august 2003 sålydende i sagen:

> "Konkurrencestyrelsen finder i relation til de påklagede bestemmelser i franchiseaftalerne ikke grundlag for, at Mund-Godten A/S har overtrådt konkurrenceloven, jf. § 6, stk. 1, og § 11, stk. 1.
>
> Konkurrencestyrelsen finder i relation til leasingaftalerne ikke, at disse aftaler i den konkrete sag i sig selv har en sådan betydning for konkurrencen, at der er grundlag for at igangsætte en nærmere undersøgelse af forholdene omkring aftalerne. På den baggrund afvises klagen jf. § 14, stk. 1,3. pkt.
>
> Konkurrencestyrelsen kan dermed ikke give Deres klienter medhold i deres klagepunkter."

Om baggrunden for afgørelsen hedder det i afgørelsesbrevet bl.a.:

> "Indledningsvist har Konkurrencestyrelsen foretaget en afgrænsning af det relevante marked, jf. konkurrencelovens § 5 a, og vurderet, hvorvidt virksomheden Mund-Godten A/S indtager en dominerende stilling, jf. lovens § 11, stk. 1, på dette marked.
>
> **Det relevante marked (konkurrencelovens § 5 a)**
>
> Mund-Godten A/S tilbyder på franchisebasis et koncept til afsætning af slik, snacks, fastfood, bagværk samt kolde og varme drikke. Franchisekonceptet beror bl.a. på at franchisetager er forpligtet til udelukkende at aftage produkter fra franchisegiver eller

fra en af franchisegiver udpeget leverandør. Herudover er franchisegiver forpligtet til at anvende det af franchisegiver angivne inventar.

Det skal bemærkes, at det jf. gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler [note: Jf. bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, som i medfør af konkurrencelovens § 10 henviser til Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/99 af 22. december 1999] anses for lovligt i forbindelse med franchiseaftaler at stille krav om, hvilket udstyr franchisetagere skal benytte sig af for at opretholde konceptets fælles identitet. Det strider altså ikke mod konkurrenceloven, at franchisegiver fx stiller krav om, at franchisetager som led i konceptet skal investere i bestemte automater, biler mv.

Den konkrete klage drejer sig primært om de kontraktlige bindinger i forholdet mellem franchisegiver og franchisetager, altså om konkurrenceforholdene på markedet mellem grossist og detailhandlende.

Detailmarkedet (salg fra detaillist til forbruger) vil dog også skulle tages i betragtning, da den særlige distributionsform i detailleddet, som følger af franchisekonceptet, kan påvirke markedsafgrænsningen. Fx kan omfanget og sammensætningen af de detailhandlendes sortiment have indflydelse på, hvilke grossister som i praksis kan regnes for relevante aktuelle som potentielle leverandører til franchisetagerne.

Konkurrencestyrelsen finder på den baggrund, at det relevante produktmarked er grossistmarkedet (salg fra grossist til detailhandlende) for slik, snacks, fastfood, bagværk samt varme og kolde drikke.

Mulighederne for efterspørgselssubstitution, altså primært de detailhandlendes muligheder for at indkøbe de omhandlede produkter hos andre grossister end Mund-Godten A/S, vurderes umiddelbart som gode, da der allerede findes en del grossister på markedet, som leverer substituerende - og i visse tilfælde helt tilsvarende - produkter til kiosker, kantiner, tankstationer og andre detailhandlende. Det er derimod Konkurrencestyrelsens vurdering, at mulighederne for udbudssubstitution ikke vil kunne medvirke til en udvidelse af produktmarkedet.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at vurderingen af efterspørgselssubstitutionen ikke tager udgangspunkt i den enkelte franchisetagers muligheder for lige nu at kunne anvende alternative leverandører (grossister), hvilket netop på grund af kontraktlige bindinger i en periode kan være vanskeligt eller umuligt. Vurderingen af efterspørgelsesubstitutionen tager derimod udgangspunkt i hele omsætningsniveauets (alle de detailhandlendes) muligheder for at vælge andre grossister på det relevante marked over tid.

Selv om Mund-Godten A/S' sortimenter i de lande, hvor konceptet tilbydes, i en vis grad er forskelligt som følge af bl.a. nationale præferencer med hensyn til fx smag, udseende og konsistens inden for de omhandle de produkter, kan det diskuteres, om det relevante geografiske marked i sagen er Danmark. En del af sortimentet - særligt inden for de kolde og varme drikke - udviser således en større ensartethed landene imellem. Konkurrencestyrelsen har imidlertid i den konkrete sag valgt at lade det danske marked være det relevante geografiske marked, da Mund-Godten A/S selv med denne snævre markedsafgrænsning ikke vurderes at have en markedsandel, der gør det muligt - gennem uafhængig adfærd over for kunder og konkurrenter - at begrænse konkurrencen på markedet.

Markedsdominans (konkurrencelovens § 11, stk. 1)

Mund-Godten A/S har ifølge egne oplysninger en omsætning på [] kr. (2001). Alene

Lekkerland A/S, der er Danmarks største engrosvirksomhed rettet mod kiosker og såkaldte convenience-butikker, har en omsætning i Danmark på omkring 3,5 mia. kr. (2001/02). Selv om en del af denne omsætning stammer fra varegrupper som vin, frostvarer og non-food, vurderer Konkurrencestyrelsen, at Lekkerland A/S' markedsstyrke inden for slik, snacks, fastfood, bagværk samt varme og kolde drikke er af et sådant omfang, at Mund-Godten A/S ikke vil kunne have en markedsandel på over 45-50%, der i praksis antages at være grænsen for, hvornår en virksomhed vil kunne indtage en dominerende stilling på markedet.

På den baggrund kan det konstateres, at Mund-Godten A/S ikke indtager en dominerende stilling på det relevante marked, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Da det hermed er fastslået, at Mund-Godten A/S på baggrund af den anførte markedsafgrænsning ikke har overtrådt konkurrencelovens § 11, stk. 1, vil den resterende vurdering af sagen alene tage udgangspunkt i lovens regler om konkurrencebegrænsende aftaler, jf. lovens § 6, stk. 1.

De omfattede aftaler (6, stk. 1, og § 7)

Franchiseaftalerne

De af klagen omfattede franchiseaftaler drejer sig ikke om fastsættelse af priser, jf. § 7, stk. 2, nr. 1, koordinering af tilbud, jf. § 7, stk. 2, nr. 2, eller indgår i et parallelt netværk af lignende aftaler, som sammen begrænser konkurrencen på det relevante marked, jf. § 7, stk. 3. Da Mund-Godten A/S og de i aftalerne deltagende virksomheder (franchisetagerne) på baggrund af Konkurrencestyrelsens egne undersøgelser ikke antages at have en samlet årlig omsætning på 150 mio. kr. eller derover, jf. § 7, stk. 1, nr. 2, finder forbuddet i § 6, stk. 1, således ikke anvendelse. Kun to af de danske franchisetagere havde således en erhvervsmæssig omsætning ud over omsætningen fra franchisekonceptet, og denne omsætning var tilsammen under 3 mio. kr. om året. Mund-Godten A/S har til Konkurrencestyrelsen oplyst, at franchisetagerne i virksomhedens udenlandske afdelinger ikke driver anden erhvervsvirksomhed og dermed ikke bidrager med yderligere omsætning.

Leasingaftalerne

Konkurrencestyrelsen finder, at de omhandlede leasingaftaler må vurderes adskilt fra franchiseaftalerne. Selvom de to aftaler af nogle franchisetagere opleves som forbundne, er der i realiteten tale om, at leasingaftalerne er indgået mellem franchisetager og leasingselskabet, GE Capital. Vilkårene, herunder aftalens løbetid, er således et forhandlingsspørgsmål mellem franchisetager og leasingvirksomheden. Det er i den forbindelse uden betydning, at franchisegiver i nogen tilfælde har peget på GE Capital som finansieringsmulighed, så længe det er frit for franchisetager, om vedkommende vil benytte sig af denne mulighed.

Konkurrencestyrelsens undersøgelse viser desuden, at flere af franchisetagerne har valgt at finansiere det for konceptet nødvendige udstyr på anden måde, fx ved betaling, over en kassekredit, ved anvendelse af andre leasingselskaber eller ved en kombination af disse muligheder. Mund-Godten A/S har endvidere over for Konkurrencestyrelsen understreget, at franchisetagerne står helt frit med hensyn til valg af finansieringsform af det nødvendige udstyr. Mund-Godten A/S har i visse tilfælde peget på leasing gennem GE Capital som en mulighed, hvis franchisetageren ikke selv har kunnet ordne finansieringen af udstyret.

Da valget af finansieringsform således står frit for franchisetagerne, er det Konkurrencestyrelsens umiddelbare vurdering, at leasingaftalerne i den konkrete sag

ikke i sig selv har en sådan indvirkning på konkurrencen på det relevante marked, at styrelsen finder grundlag for at igangsætte en nærmere undersøgelse af forholdene omkring aftalerne. Styrelsen afviser derfor denne del af klagen, idet der henvises til konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

Høring

Klager har, jf. konkurrencelovens § 15 a, haft mulighed for at komme med bemærkninger til Konkurrence styrelsens udkast til denne afgørelse.

Klager har i den forbindelse ved brev af 8. juli 2003 anført, at bagatelreglen i lovens § 7, stk. 1, ikke bør finde anvendelse, idet de af sagen omfattede aftaler sammen med lignende aftaler begrænser konkurrencen, jf. § 7, stk. 3. Klagers advokat har over for Konkurrencestyrelsen telefonisk præciseret, at man med lignende aftaler refererer til de øvrige franchisetageres aftaler med Mund-Godten A/S. Formålet med § 7, stk. 3, er, som klager også har anført, at forhindre omgåelse af § 6, stk. 1. Det kan fx ske ved at opdele en landsdækkende aftale, som begrænser konkurrencen, i flere selvstændige, regionale aftaler, som hver for sig ikke begrænser konkurrencen. Vurderingen af om konkurrencen begrænses ved den samlede virkning af lignende aftaler, jf. § 7, stk. 3, sker på samme måde som i § 6, stk. 1. Man skal altså se på, om de lignende aftaler samlet begrænser konkurrencen mærkbart på det relevante marked, jf. lovens § 5 a. Konkurrencestyrelsen har på den baggrund og set i lyset af det relevante markeds størrelse vurderet, at heller ikke den samlede virkning af franchiseaftalerne i Mund-Godtens koncept begrænser konkurrencen på det relevante marked i mærkbar grad, hvorfor § 7, stk. 1, fortsat finder anvendelse.

Da forbuddet i § 6, stk. 1, i det konkrete tilfælde således ikke gælder for de omhandlede aftaler, er spørgsmålet om eventuel fritagelse fra forbuddet og betingelserne herfor - herunder bestemmelserne i Kommissionens forordning (EF) 2790/1999 - ikke aktuelt.

Klager har i sit høringssvar endvidere påpeget, at den bodsbehæftede bestemmelse om investering i nødvendigt udstyr, jf. franchiseaftalernes § 2.2, sidste punktum, udgør en overtrædelse af lovens 6, stk. 1. Selv hvis § 7, stk. 1, ikke havde fundet anvendelse, betragtes krav om investering i for franckisekonceptet nødvendigt udstyr – som nævnt i ovenstående afsnit vedrørende det relevante marked – ikke udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven, ej heller hvis den manglende opfyldelse af havet betyder ifaldelse af bod, eller hvis det omfattede udstyr måtte vise sig ulønsomt.

Konklusion

Da Mund-Godten A/S i relation til franchiseaftalerne falder ind under bagatelbestemmelsen i § 7, stk. 1, og da virksomheden ikke er dominerende på det relevante marked, finder Konkurrencestyrelsen ikke grundlag for, at virksomheden har overtrådt konkurrencelovens bestemmelser i § 6, stk. 1, eller 11, stk. 1.

Konkurrencestyrelsen finder i relation til leasingaftalerne ikke, at disse aftaler i den konkrete sag i sig selv har en sådan betydning for konkurrencen, at der er grundlag for at igangsætte en nærmere undersøgelse af forholdene omkring aftalerne. På den baggrund afvises klagepunktet vedrørende leasingaftalerne, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

...

Ankemulighed

Konkurrencestyrelsens afgørelser efter konkurrencelovens § 7, stk. 1, jf. § 6, stk. 1, og § 11, stk. 1, kan, jf. § 19, stk. 1, påklages til Konkurrenceankenævnet. Klage til Konkurrenceankenævnet skal, jf. § 20, stk. 2, indgives senest fire uger efter modtagelsen af dette brev. Konkurrenceankenævnets adresse er: Kampmannsgade 1, 1780 København V. Det skal bemærkes, at der med en eventuel klage skal følge et gebyr på 5.000 kr.

Konkurrencestyrelsens afgørelse efter konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt., kan, jf. § 19, stk. 3, ikke påklages til Konkurrenceankenævnet."

2. Parternes påstande

Advokat Lars Bollerup har på vegne Jim Thrane den 13. november 2006 anmodet om tilladelse til, efter at klagefristen er udløbet, at indbringe Konkurrencerådets afgørelse af 4. august 2003 for Konkurrenceankenævnet i medfør af konkurrencelovens § 19, jf. § 20, stk. 2.

Konkurrencerådet har udtalt sig imod imødekommelse af anmodningen.

3. Jim Thranes argumentation

Advokat Lars Bollerup har på vegne af Jim Thrane anført navnlig følgende til støtte for anmodningen:

"Anmodning om genoptagelse af sag i igangværende retssag

Jeg skal anmode om genoptagelse af sagen.

Jeg er klar over, at fristen er sprunget, men da sagen har bebyrdende virkning for en borger, skal jeg anmode om en revurdering af afgørelsen jfr. følgende:

Afgørelsen fra Konkurrencestyrelsen kommer frem til, at Mundgodten befinder sig på grossistmarkedet, hvilket defineres som salg fra grossist til detailhandlende, hvor den detailhandlende er de enkelte franchisetagere, og således opfattes franchisegiver (Mundgodten) som grossist.

Hele dette billedet er desværre forkert, idet franchisetager og franchisegiver ikke må adskilles, men opfattes som en enhed, idet en franchisetager lige så godt kunne have været en sælger for franchisegiver. Franchisemodellen vælges alene ud fra en betragtning om at flytte en økonomisk risiko fra franchisegiver til franchisetager. Således er opdelingen ikke reelt udryk for markedssituationen, hvilket bl.a. ses af, at en franchisetager ikke må købe fra andre end franchisegiver Mundgodten.

Ved at se på grossistmarkedet, hvor bl.a. Lekkerland (med en milliard omsætning) er til stede, ser man slet ikke på det marked det handler om, nemlig markedet for slik til virksomheder. Ganske vist sælger Lekkerland også slik til større virksomheders kantiner, men så vil det være nødvendigt at foretage en specifikation af, hvilket salg det handler om, og hvor stor en omsætning f.eks. Dagrofa har til virksomhedssegmentet, der igen må opdeles i undersegmenter.

En korrekt markedsafgræsning vil således være at se på, hvilke virksomheder der sælger slik, snacks, kaffe, te mv. til virksomheder.

Afgørelsen angiver på ingen måde, hvilke udbydere, der er omfattet af Konkurrencestyrelsens afgræsning. Herved er det umuligt at danne sig et indtryk af det samlede marked og de enkelte udbyderes andel.

Det skal i nævnes, at Konkurrencestyrelsen medtager Lekkerland, som en udbyder

med markedet på lige fod med Mundgodten (dvs. på samme grossist marked). Det oplyses af Konkurrencestyrelsen, at Lekkerland har en omsætning på 3,5 mio. DKK. Det kan oplyses, at Lekkerland hører til den type virksomheder, hvor Mundgodten potentielt kunne købe, hvilket giver et vink om, at de to virksomheder ikke burde opfattes som værende på samme (grossist) marked."

4. Konkurrencerådets argumentation

Konkurrencerådet har i anledning af anmodningen anført følgende:

"Konkurrencestyrelsen modtog i foråret 2003 en række klager over MundGodten fra advokat Lars Bollerup. MundGodten er et selskab, der på franchisebasis tilbyder et koncept til afsætning af drikkevarer, slik og fastfood m.v. Klagerne drejede sig om franchiseaftalernes opsigelsesperiode, løbetiden på en konkurrenceklausul samt visse leasingkontrakters løbetid og deres binding til franchiseaftalerne. Sideløbende med styrelsens sagsbehandling verserede der et antal sager ved fogedretten. Sagerne var indbragt af MundGodten, der havde anmodet om, at der blev nedlagt fogedforbud mod nogle tidligere franchisetageres anvendelse af MundGodtens automater m.v.

Konkurrencestyrelsen traf afgørelse i sagen den 4. august 2003. For så vidt angår franchiseaftalerne fandt styrelsen ikke, at MundGodten havde overtrådt konkurrenceloven § 6 og § 11, bl.a. fordi MundGodten og de i aftalen deltagende virksomheders samlede omsætning faldt under tærskelværdierne på 150 mio. kr. i lovens § 7, og fordi virksomheden ikke indtog en dominerende stilling på det relevante marked. I forhold til leasingaftalerne fandt styrelsen ikke, at disse i det foreliggende tilfælde havde en sådan betydning for konkurrencen, at der var grundlag for at iværksætte en nærmere undersøgelse. Styrelsen afviste derfor denne del af klagen med henvisning til lovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

Klagerne v/Lars Bollerup modtog oplysning om, at afgørelsen vedrørende § 6 og § 11 kunne indbringes for Konkurrenceankenævnet senest fire uger efter modtagelsen af afgørelsen, samt at afvisningen af klagen vedrørende leasingaftalerne efter § 14, stk. 1, 3. pkt. ikke kunne ankes.

Konkurrencestyrelsen blev atter kontaktet af Lars Bollerup i sommeren 2006. Lars Bollerup fandt nu, at styrelsens afgørelse var baseret på en forkert markedsafgrænsning og anmodede – sådan som styrelsen opfattede henvendelsen – om at styrelsen revurderede sin afgørelse for så vidt angår dette punkt. Styrelsen afviste denne anmodning den 27. september 2006 .

På baggrund af sagens forløb og de foreliggende omstændigheder er det herefter Konkurrencerådets opfattelse, at Lars Bollerups begæring om at indbringe sagen for ankenævnet, bør afvises.

Klagefrister er opstillet for, at der inden for et rimeligt tidsrum kan skabes klarhed over, om en afgørelse accepteres i den foreliggende form, eller om den skal efterprøves ved en klageinstans, således at de berørte parter kan indrette sig herefter.

Den nu omtvistede markedsafgrænsning er indgået som en del af grundlaget for Konkurrencestyrelsens afgørelse, og Lars Bollerup har dermed haft mulighed for – inden for de lovfæstede tidsfrister – at gøre indsigelse herimod. Det kan i den forbindelse oplyses, at styrelsens udkast til afgørelse (udkastet af 23. juni 2003) blev sendt til udtalelse hos Lars Bollerup i medfør af lovens § 15 a, uden at dette gav anledning til bemærkninger om markedsafgrænsningen, ligesom Lars Bollerup heller

ikke inden for klagefristen i § 20, stk. 2, 1. pkt., gjorde indsigelser imod afgørelsen som sådan. ...

At Lars Bollerup nu tre år senere vælger at anskue sagen fra en ny vinkel, giver efter rådets opfattelse ikke det fornødne grundlag for at se bort fra klagefristen i medfør af § 20, stk. 2, 2. pkt. Det tilføjes i den forbindelse, at Lars Bollerup end ikke har sandsynliggjort, at Konkurrencestyrelsens markedsafgrænsning skulle være forkert, eller at MundGodten i givet fald ville være dominerende på et andet afgrænset marked. Da der herudover ikke foreligger omstændigheder, der kan begrunde, at der bortses fra fristoverskridelsen, skal Konkurrencerådet udtale sig imod, at klagen optages til realitetsbehandling, jf. herved også Konkurrenceankenævnets kendelse af 13. marts 2006 (Skandinavisk Motor Co. A/S).

Det tilføjes for god ordens skyld, at der - i det omfang Lars Bollerups klage til ankenævnet skal forstås som en klage over styrelsens afvisning af at revurdere sin afgørelse - i givet fald er tale om en afgørelse, der ikke kan indbringes for ankenævnet, jf. § 19, stk. 1, modsætningsvist samt ankenævnets kendelse af 1. november 2006 (Elsams fusionsvilkår)."

5. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Ankenævnet kan efter konkurrencelovens § 20, stk. 2, 2. pkt., se bort fra en overskridelse af klagefristen, når "særlige grunde taler derfor", jf. om bestemmelser af denne karakter Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret (2. udgave 2002) s. 980 ff.

Klagefristen på fire uger er overskredet med mere end tre år. Overskridelsen skyldes efter det oplyste ikke omstændigheder, som ikke kan tilregnes Jim Thrane, og der er ikke i det af Jim Thrane i øvrigt anførte oplyst sådanne særlige omstændigheder, der kan begrunde en tilladelse til at indbringe Konkurrencestyrelsens afgørelse af 4. august 2003 for ankenævnet.

Ankenævnet imødekommer derfor allerede af denne grund ikke Jim Thranes anmodning om tilladelse til at klage efter klagefristens udløb.

Afgørelsen er truffet af ankenævnets formand i medfør af § 6 i bekendtgørelse nr. 481 af 15. juni 2005 om Konkurrenceankenævnet.

Herefter bestemmes:

Jim Thranes anmodning om tilladelse til at klage efter klagefristens udløb imødekommes ikke.

f/ Børge Dahl

formand

Susanne Winther-Nielsen
kt.fm.