

2001-02-27: Elbodan a.m.b.a. mod Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 27. februar 2001 i sag j.nr. 00-35.305

Elbodan a.m.b.a.
(advokat Martin André Dittmer)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Benedikte Havskov Hansen)

1.

Ved foreløbigt klageskrift af 11. januar 2000 og endeligt klageskrift af 14. februar 2000 har Elbodan a.m.b.a. påklaget Konkurrencerådets påbud af 15. december 1999 om ophævelse senest den 16. marts 2000 af en række bestemmelser i Elbodans vedtægter. Klagen angår alene bestemmelsen om udsat udbetaling af reservefonds i vedtægternes § 8, stk. 10, som er sålydende:

"Den del af kontoens indestående, som hidrører fra regnskabsåret 1991 eller tidligere, forrentes fra dette tidspunkt med en årlig rente svarende til den til enhver tid fastsatte officielle diskonto med tillæg af 2 \%. Rente tilskrives hver 31. december. Det således opgjorte beløb med tillæg af påløbne renter udbetales 4 år efter det i stk. (9) nævnte tidspunkt. Den del af kontoens indestående, som hidrører fra regnskabsåret 1992 eller senere, forrentes ikke. Det således opgjorte beløb udbetales 7 år efter det i stk. (9) nævnte tidspunkt."

Elbodan har påstået påbuddet om ophævelse af denne bestemmelse i Elbodans vedtægter ophævet, subsidiært at der meddeles fritagelse for bestemmelsen i medfør af konkurrencelovens § 8.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Konkurrenceankenævnet har på klagers begæring, som Konkurrencerådet ikke ville udtale sig imod, tillagt klagen opsættende virkning i medfør af konkurrencelovens § 19, stk. 4.

Sagen har været mundtligt forhandlet.

2. Den påklagede afgørelse

Det hedder i den påklagede afgørelse bl.a.:

". . . at vedtægterne for Elbodan og de 5 konceptforeninger samt Elbodans samhandelsbetingelser over for andelshaverne indeholder konkurrencebegrænsninger, der er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der kan derfor ikke meddeles erklæring om ikke-indgreb."

... at vedtægterne for Elbodan og de 5 konceptforeninger samt Elbodans samhandelsbetingelser over for andelshaverne fritages efter lovens § 8, stk. 1, med undtagelse af følgende bestemmelser:

- ...
- *bestemmelserne om udsat udbetaling af reservefond, jf. Elbodans vedtægters § 8, stk. 10. Denne bestemmelse påbydes ophævet, jf. lovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1.*
- ...
- ...

...

Ophævelsen af bestemmelsen om udsat udbetaling af reservefond er ikke til hinder for, at Elbodan vender tilbage med en vedtægtsbestemmelse, der ikke forskelsbehandler, og som indeholder en kortere udsættelse af udbetalingen af reservefonden.

... "

Der henvises i afgørelsesskrivelsen til et vedlagt notat, hvori det bl.a. hedder:

"3. Sagsfremstilling

Baggrunden for sagen

...

Elbodan er et handelsselskab, hvor andelshaverne er de enkelte handlende i de til Elbodan knyttede konceptforeninger - Lysmesteren, IP Detail, Elgrodan, Elkøb samt Service-Ringen. Tilsammen danner virksomhederne Elbodan kæden.

Elbodans vedtægter

...

§ 8, stk. 10. . . .

Det er oplyst, at bestemmelserne er udtryk for et ønske om at tilnærme boniteten i Elbodan kædens kapitalgrundlag til boniteten i konkurrenternes kapitalgrundlag. Disse er for størstedelen organiseret som aktieselskaber. Et aktieselskabs kapitalgrundlag bliver ikke på samme måde berørt af et aktiesalg, som Elbodans kapitalgrundlag bliver berørt ved et medlems udtræden.

Det er derfor nødvendigt for at kunne konkurrere med de øvrige kæder, at Elbodan får en vis afviklingstid af reservefondene i forbindelse med udmeldelser.

Beløbet udbetales dog straks, såfremt visse betingelser er opfyldte, herunder som det væsentligste at en helhedsvurdering af foreningens økonomiske stabilitet tillader det. Hvis udtræden skyldes

væsentlig nedsat erhvervsevne, alder (over 60 år) eller død hos indehaver eller hovedaktionær, tilbyder bestyrelsen altid udbetaling umiddelbart efter udtræden.

Advokaten anfører, at Elbodans medlemmer er stillet bedre end medlemmer af kædesamarbejder, der er organiseret som aktieselskaber, da disse ved udtræden kun får udbetalt det nominelle beløb og ikke en eventuel gevinst. Tilsvarende anvender hovedparten af frivillige kæder organiseret som andelsselskaber en kapitaliseringsform, således at en væsentlig andel af selskabets konsolidering tilskrives en fælles driftsfond, som medlemmerne ikke får andel i ved udmeldelse.

Udbetalingsperioden på 5-7 år er blevet til efter en nøje afvejning af Elbodan og dets medlemmers behov for et forsvarligt kapitalberedskab og det udtrædende medlems interesse i udbetaling.

...

4. Vurdering

...

Elbodan er et andelsselskab, som er omfattet af definitionen af andelsselskaber i bekendtgørelsen om aftaler mv. inden for samme virksomhed eller koncern. Disse regler skal således også indgå i vurderingen.

4.2 Gruppefritagelse af kædesamarbejde i detailhandelen

...

Da de omhandlede bestemmelser går videre end de konkurrencebegrænsninger, som tillades i medfør af gruppefritagelsen for kædesamarbejder, kan der ikke meddeles erklæring om ikke-indgreb til Elbodan-kædeaftalerne. . . .

Det efterfølgende er opdelt, således at der først er omtalt, hvorledes bestemmelserne adskiller sig fra gruppefritagelsen, og dernæst er foretaget en konkret vurdering af afvigelseerne i henhold til bestemmelserne i lovens § 8, stk. 1, nr. 1 - 4.

4.3 Elbodan og konceptforeningernes vedtægter mv.

...

Udbetaling af andel og reservefondskonto

Efter bekendtgørelsens § 8 kan der ikke pålægges varsel for udtrædelse af kæden, der overstiger 6 måneder til et kalenderårs udgang. Formålet med bestemmelsen er, at medlemmerne meget hurtigt skal kunne komme fuldt og endeligt ud af samarbejdet.

Efter Elbodans bestemmelser kan udmeldelse finde sted med 2 måneders varsel til udløbet af et regnskabsår. Ved udmeldelse får medlemmet udbetalt et beløb, der svarer til den pålydende værdi af andelsbeviset. Disse bestemmelser giver ikke anledning til problemer.

Elbodan har imidlertid en supplerende bestemmelse om udbetaling af indestående på reservefondskonto. Beløb fra regnskabsåret 1991 og før kommer først til udbetaling 5 år efter udmeldelsen. Kontoen forrentes med diskontoen + 2 pct. Beløb fra regnskabsåret 1992 og senere kommer først til udbetaling 7 år efter udmeldelsen, og beløbet forrentes ikke.

Det er anført, at bestemmelserne er udtryk for et ønske om at tilnærme boniteten i Elbodan-kædens kapitalgrundlag til boniteten i konkurrenternes kapitalgrundlag, som for størstedelen er organiseret som aktieselskaber. Elbodan vil være stillet væsentligt dårligere i konkurrencen, hvis udmeldelser fik væsentlig indflydelse på kapitalgrundlaget. Endelig anføres, at det sene udbetalingstidspunkt er udtryk for en fælles interesse hos andelshaverne i at opretholde en stabil økonomi i Elbodan.

Vurderes bestemmelsen på baggrund vedtægternes regler om "Reservefond, dispositionsfond, udbetaling og henlæggelse" (vedtægternes § 10) synes den lange bindingsperiode og manglende forrentning urimelig.

For det første forrentes medlemmernes indskud på reservefondskontoen. For det andet indeholder vedtægterne mulighed for udbetaling af overskud til medlemsvirksomhederne. Dette betyder, at der eventuelt kan udbetales overskud til medlemmerne, samtidig med at det udmeldte medlem skal stille kapital til rådighed for kæden. Endelig er der tale om udbetaling fra reservefonden. Som medlem har den pågældende endvidere været med til at opbygge Elbodans driftsfond.

...

... Elbodans bestemmelser ... går videre end nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og opretholdelse af kontraheringsstyrke, jf. bekendtgørelsen om aftaler inden for samme virksomhed eller koncern.

Vurderes Elbodans bestemmelse efter lovens § 8, findes der ikke grundlag for en individuel fritagelse, da de 4 betingelser ikke alle er opfyldt:

...".

4. Elbodans argumentation

Konkurrencerådets afgørelse er begrundet med vedtægtsbestemmelsens urimelighed. En vedtægtsbestemmelse er imidlertid ikke konkurrencebegrænsende, fordi den findes urimelig. Der er ikke grundlag for at anse bestemmelsen for i sig selv konkurrencebegrænsende. Når dens formål således ikke er en konkurrencebegrænsning, skal den efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, have konkurrencebegrænsning til følge for at der er hjemmel til udstedelse af det påklagede påbud.

Konkurrencerådets afgørelse indeholder imidlertid intet om bestemmelsens konkurrencebegrænsende virkninger på det relevante marked. Bestemmelsen har da heller ikke sådanne virkninger. Den er tværtimod konkurrencefremmende, fordi den er en forudsætning for, at Elbodan kan "matche" leverandører og de konkurrerende kapitalkæders økonomiske styrke og dermed kontrahere på konkurrencedygtige vilkår.

Der er tale om et marked med en særdeles heftig konkurrence. Bestemmelsen påvirker hverken indmeldelse eller udmeldelse. Der er løbende udskiftning i medlemskredsen. Indefrosne indeståender kan af udmeldte frit anvendes som kreditgrundlag ved transport til sikkerhed.

Der finder ingen forskelsbehandling sted. Reservefondsmidler for mere end 4 år tilbage er udbetalt. Der eksisterer således kun én ordning.

4. Konkurrencerådets argumentation

Konkurrencerådets begrundelse for at anse klagerens vedtægtsbestemmelse for omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, er, at bestemmelsen med den begrænsning, den pålægger udtrædende medlemmer, har til formål eller til følge direkte eller indirekte af begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet finder, at når en andelshaver udtræder af selskabet og ifølge vedtægterne har krav på en del af andelskapitalen, må denne som udgangspunkt udbetales umiddelbart.

Konkurrencerådet er imidlertid opmærksom på de specielle forhold der gør sig gældende for andelsselskaber – herunder, at der er behov for i et vist omfang at sikre andelsselskabets kapitalgrundlag – afhængig af på hvilken måde selskabet har valgt at fordele sin egenkapital og, at finansiering af andelsselskaber oftest forudsætter en vis form for binding af medlemmernes kapital.

Disse særlige hensyn skal imidlertid afvejes over for den konkurrencebegrænsning den enkelte andelshaver i det konkrete tilfælde er pålagt.

Klager har over for styrelsen oplyst at ca. . . . \% af medlemmerne har under 100.000 kr. som indestående i reservefondskonti, . . . \% af medlemmerne har mellem 100.000 og 600.000 stående, . . . \% mellem 600.000 og 1.000.000 og ca. . . . \% har mere end 1.000.000 stående.

Der er således tale om beløb, der er så store, at det faktum, at medlemmerne ikke kan disponere over indeståendet før efter 7 år, efter rådets vurdering, vil hæmme medlemmernes mulighed for at udtræde af klagers kæde for at etablere sig på anden vis.

En kapitalbindingsperiode på 7 år uden forrentning eller ratevis udbetaling indebærer en begrænsning i medlemmernes handlefrihed, der med henvisning til beløbenes størrelse indebærer, at medlemmerne ikke har det fornødne grundlag for at etablere sig uden for kædens regi.

Klager har ikke godtgjort, at en så lang kapitalbindingsperiode er nødvendig af hensyn til selskabets drift.

Den 7-årige kapitalbindingsperiode, uden ratevis udbetaling, indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen på det relevante marked. I Rådets vurdering er der særlig lagt vægt på 3 forhold:

bindingsperiodens længde, at der ikke sker ratevis udbetaling over perioden, og markedsstrukturen på det relevante marked.

Vurderingen af, hvornår en bindingsperiode bliver så lang, at den påvirker den effektive konkurrence på det relevante marked negativt, beror i sagens natur på et skøn. I denne sag har rådet skønnet, at 7 år uden ratevis udbetaling, sammenholdt med, at beløbene for en stor del af medlemmerne er ret store, tilsammen indebærer, at konkurrencen på det relevante marked vil blive påvirket negativt. Konkurrencen ville udfolde sig langt mere effektivt uden denne bestemmelse, idet muligheden for det enkelte medlem til at udtræde og påføre kæden konkurrence alt andet lige vil være mere nærliggende. Det konkurrencebegrænsende element forstærkes af, at medlemmer end ikke får ratevis udbetaling af sit indestående i den 7-årige periode.

Rådet erkender, at en bestemmelse om udsat betaling af reservefondskonti ikke pr. definition er en konkurrencebegrænsning. Det er ikke Rådets opfattelse, at enhver udsættelse af betalingen er en konkurrencebegrænsning. Der erindres om, at Rådet i forbindelse med afgørelsen oplyste klager om, at afgørelsen ikke var til hinder for, at klager fremkom med en mindre konkurrencebegrænsende kapitalbindingsbestemmelse. Der kan i den forbindelse henvises til, at Rådet den 26. april 2000 har godkendt DLG's vedtægter med en kapitalbindingsperiode på 5 år, og hvor kapitalen blev udbetalt i lige store rater over den 5 årige periode. På styrelsesniveau er netop godkendt Danish Crowns vedtægter med en tilsvarende 5-årig bindingsperiode med ratevis udbetaling over de 5 år.

For at sikre en virksom konkurrence på det relevante marked er det imidlertid vigtigt, at et kædeselskabs vedtægter ikke hindrer medlemmerne i at bryde ud af kæden. Elbodan-kæden havde på tidspunktet før Rådets afgørelse – som vel at mærke var før Elbodan-kæden opkøbte Snehvide-kæden – en markedsandel på . . . \% af det relevante marked. Ifølge Stockmann-gruppens "Kæder i Danske Detailhandel 1999", side 112 ff., havde kæden i 1999 54% af det totale antal kædebutikker inden for hvidevarebranchen. Konkurrencerådet finder, at når man binder en så stor del af aktørerne på det relevante marked, er der tale om en konkurrencebegrænsning, som i høj grad er mærkbar.

Selvom de almindelige obligationsretlige regler giver adgang til at transportere fordringer som denne til sikkerhed, finder Rådet ikke, at det er et forhold, der gør denne konkurrencebegrænsning mindre mærkbar. Det bemærkes i den forbindelse, at fordringens værdi dels ikke vil være kurs 100 værd, dels at der vil være udgifter forbundet med belåning af kontiene. Vurderingen består stadig i, hvorvidt det enkelte medlem betragter bindingen som en hindring for at udtræde af kæden og påføre denne konkurrence. Rådet finder, at det fortsat vil være tilfældet, hvorfor det faktum ikke ændrer ved den til grund liggende vurdering.

5. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Som sagen foreligger for Ankenævnet drejer den sig i første række om, hvorvidt Elbodans vedtægtsbestemmelse om, at en udtrædende andelshavers indestående på reservefondskontoen udbetales 7 år efter udtræden – når bestemmelsen bedømmes for sig selv og ikke i sammenhæng med andre vilkår – indebærer en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Det er Konkurrencerådets opfattelse, at udbetaling af reservefondsindestående som udgangspunkt bør ske på udtrædelsestidspunktet. Der er dog samtidig Konkurrencerådets opfattelse, at der kan være tale om udsat betaling, uden at der foreligger en konkurrencebegrænsning. Den foreliggende vedtægtsbestemmelse om udsættelse i 7 år indebærer imidlertid ifølge Konkurrencerådet en sådan binding af medlemmerne til Elbodan, at den udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning.

Ankenævnet bemærker hertil, at den påklagede afgørelse ikke indeholder konkrete, faktuelle oplysninger, som giver grundlag for at vurdere bestemmelsen faktiske virkninger. Der er således f.eks. ingen oplysninger om udtrædelseshyppighed i Elbodan sammenlignet med andre kæder, om nuværende og tidligere medlemmers oplevelse af vedtægtsbestemmelsen eller om den markedsmæssige værdi af at kunne disponere over indeståendet på reservefondskontoen.

På denne baggrund – og i øvrigt med henvisning til det, der er anført af Elbodan – finder Ankenævnet, at der ikke er grundlag for at antage, at vedtægtsbestemmelsen har sådanne mærkbare virkninger på markedet, at den udgør en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Ankenævnet tager derfor Elbodans påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets påbud af 15. december 1999 om ophævelse af § 8, stk. 10, i Elbodan a.m.b.a.'s vedtægter ophæves.

Klagegebyret tilbagebetales til Elbodan a.m.b.a.

Ole Jess Olsen

Jens Fejø

Børge Dahl«