

2001-04-06: MATAS A/S mod Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 6. april 2001 i sag 00-160.359

MATAS A/S
(advokat Erling Borchert
v/ advokat Pernille Vangsgaard)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Henrik Hyltoft)

1.

Ved foreløbigt klageskrift af 14. juli og endeligt klageskrift af 15. august 2000 har MATAS A/S påklaget Konkurrencerådets afgørelse af 21. juni 2000, hvorved der i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr.1, blev givet påbud om ophævelse af en række bestemmelser i MATAS' vedtægter, bl.a. pkt. 7.1, nr. 2, hvorefter kædens medlemmer ikke må deltage direkte eller indirekte i driften i forretninger, der har samme forretningsområder som MATAS (helse, personlig pleje eller materialehandel), og pkt. 8.1, hvorefter et medlem af MATAS udelukkende må sælge varer købt af MATAS fra medlemmets godkendte forretningsadresse: 1) direkte til detailkunder, der henvender sig til forretningen, 2) som led i MATAS-kædens salg via Internettet, jf. vedtægternes pkt. 12.1, nr. 8, og 3) til andre MATAS-forretninger.

MATAS A/S har nedlagt følgende påstande:

Konkurrencerådets påbud ophæves for så vidt angår vedtægternes pkt. 7.1, nr. 2, mod, at bestemmelsen gives følgende formulering: "Et medlem af MATAS-kæden må ikke deltage direkte eller indirekte i driften af virksomhed uden for MATAS-kæden, hvis hovedforretningsområde er salg af produkter enten inden for personlig pleje, helsekost eller materialhandel."

Konkurrencerådets påbud ophæves for så vidt angår vedtægternes pkt. 8.1 mod, at bestemmelsen gives følgende formulering: "MATAS' egenvarer og eneforhandlingsvarer må udelukkende sælges fra medlemmets godkendte forretningsadresse

- direkte til detailkunder, der henvender sig til forretningen,
- som led i MATAS-kædens salg via Internettet, jf. vedtægternes pkt. 12.1, nr. 8, og
- til andre MATAS-forretninger.

Salg af selektivt distribuerede varer kan dog finde sted til forretninger uden for MATAS kæden i overensstemmelse med de danske/EU-konkurrenceregler om selektivt distribution."

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Konkurrencerådet har ved skrivelse af 9. august 2000 tillagt klagen opsættende virkning, jf. konkurrencelovens 2.

Det fremgår af den påklagede afgørelse, at der ikke kan meddeles fritagelse for bestemmelserne i MATAS' vedtægter efter en ændring som angivet i MATAS' påstand. Også efter en således ændret formulering af pkt. 7.1, nr. 2, hindres MATAS-medlemmer unødigt i at drive anden konkurrerende erhvervsvirksomhed. Heller ikke efter en ændring af pkt. 8.1 som angivet er vilkåret nødvendigt for at nå den effektivitetsfordel, der er knyttet til MATAS-konceptet. Det hedder i afgørelsen bl.a.:

"18. MATAS kæden er en såkaldt frivillig kæde. Kæden består af de til enhver tid værende aktionærer i grossistvirksomheden MATAS A/S.

19. MATAS forretningsområde er i følge vedtægterne . . . salg af produkter inden for personlig pleje, helse og materialhandel. For at drive en MATAS forretning kræves foruden visse faglige kvalifikationer, at der erhverves én aktie pr. forretning i MATAS A/S.

20. MATAS kæden består i øjeblikket af et landsdækkende butiksnæ på 289. . .

21. Ca. X pct. af forretningernes indkøb går via MATAS A/S enten ved direkte leverancer eller ved gennemfakturering, hvor selve leverancen sker direkte fra leverandør til butik. MATAS A/S omsætning udgjorde i 1998/99 X mia. kr. X pct. af MATAS A/S omsætning hidrører fra lagerleverancer og X pct. fra gennemfakturering.

. . .

51. MATAS kæden udgør et kædesamarbejde mellem detailhandelsvirksomheder efter gruppefritagelsen for detailhandel, bekg. 352 af 15. maj 2000, jf. § 1. . . .

52. MATAS kæden er . . . som udgangspunkt omfattet af anvendelsesområdet for gruppefritagelsen for detailhandel. Det må derfor vurderes om de enkelte bestemmelser i vedtægterne ligger inden for rammerne af gruppefritagelsen. Samtidig vil styrelsen vurdere de forslag som MATAS har fremsat, men endnu ikke har gennemført.

. . .

. . .

80. Rådet skal tage stilling til MATAS' anmeldte vedtægter i forhold til gruppefritagelsen. . . . MATAS kædens vedtægter indeholder også 2 bestemmelser/forslag, pkt. 7.1 nr. 2, og 8.1, . . . , der går videre end tilladt efter gruppefritagelsen for detailhandel, jf. bekg. nr. 352 af 15. maj 2000. Det må derfor vurderes om vedtægterne kan fritages individuelt efter konkurrenceloven § 8.

Anvendelse af konkurrencelovens § 8

81. De bestemmelser/forslag i vedtægterne, der er (vil være) omfattet af gruppefritagelsen for detailhandel, vil ikke blive gennemgået i det følgende.

§ 8, stk. 1, nr. 1 – Styrkelse af effektiviteten/fremme af udviklingen

...

84. Betingelse nr. 1 må derfor som helhed anses for opfyldt.

§ 8, stk. 1, nr. 2 – sikring af forbrugerne

...

87. Betingelse nr. 2 må som helhed anses for opfyldt.

§ 8, stk. 1, nr. 3 – ikke unødvendige konkurrencebegrænsninger

88. MATAS har bebudet, at kæden vil ændre vedtægternes pkt. 7.1 nr. 2 således, at medlemmerne forbydes at "deltage direkte eller indirekte i driften af virksomhed uden for MATAS-kæden, hvis hovedforretningsområde er salg af produkter enten inden for personlig pleje, helsekost eller materialhandel". MATAS har argumenteret for, at MATAS skal have mulighed for at sikre sig loyale medlemmer. Hensynet bag et forbud mod deltagelse i konkurrerende virksomheder, der ikke er en del af et kædesamarbejde, er det samme og lige så vægtigt som hensynet bag tilladelsen til forbud mod deltagelse i konkurrerende kædesamarbejder efter gruppefritagelsen. Det skal således være muligt at sikre sig mod utilbørlig udnyttelse af de fordele medlemmet opnår gennem sit medlemskab af MATAS. Det forekommer uundgåeligt, at kædemedlemmet vil anvende væsentlige fortrolige informationer om MATAS-kædens planer for kampagner, varesortiment, markedsføringstiltag mv. Medlemmet får kendskab til MATAS-kædens strategi længe før den gennemføres, og det pågældende medlem kan således indrette sin strategi for den konkurrerende virksomhed herefter. Det er en urimelig, uacceptabel og utilbørlig udnyttelse af de fordele medlemmet opnår.

89. Styrelsen skal bemærke, at gruppefritagelsen for kædesamarbejde § 5 tillader at forbyde kædemedlemmer at deltage i eller eje væsentlige økonomiske interesser i virksomheder, der deltager i konkurrerende kæder. En hvilken som helst besiddelse af aktier eller andele i en konkurrerende virksomhed kan således ikke automatisk antages at påføre MATAS illoyal konkurrence.

90. Styrelsen finder, at ændringsforslaget ikke udelukker medlemmernes deltagelse i forretninger med begrænset produktsammenfald eller deltagelse i oplysende virksomhed. Samtidig vil det være muligt at indkøbe varer til MATAS-butikkerne i konkurrence med det gennem MATAS indkøbte sortiment. Forslaget vil imidlertid hindre en MATAS-ejer i at deltage i driften af en anden butik inden for personlig pleje, helsekost eller materialhandel, og som ikke deltager i en kæde. Dette er ikke tilladt efter gruppefritagelsen. Der ses ikke at være særlige hensyn til MATAS-kæden, der medfører, at medlemmerne skal pålægges begrænsninger i deres erhvervsudøvelse, der går ud over, hvad der følger af gruppefritagelsen. Det skal således være muligt for medlemmerne at deltage i driften af butikker, der ikke indgår i konkurrerende kæder. Bestemmelsen går derfor videre end nødvendigt.

91. Ændringsforslaget til pkt. 7.1, nr.2 opfylder dermed ikke betingelse nr. 3.

92. . . . vedtægternes pkt. 8.1

. . .

94. Med det seneste ændringsforslag forbydes medlemmerne at videresælge MATAS egenvarer (eksempelvis stribevarer) og eneforhandlingsvarer til ikke-detailkunder og ikke- MATAS forretninger, idet varer omfattet af et selektivt distributionssystem dog kan sælges til andre godkendte forhandlere. Styrelsen finder, at dette forslag også er for vidtgående for så vidt angår videresalgsforbudet af eneforhandlingsvarer. Det er ikke nødvendigt for at sikre MATAS-kædens konkurrenceevne at hindre medlemmerne i at distribuere eneforhandlingsvarer til den kreds, som de ønsker. Med en eneforhandlingsaftale kan en leverandør forpligtes til at sælge et givent produkt til en fastsat kunde eksempelvis MATAS, mens begrænsninger på dennes aftagerkreds er en unødvendig konkurrencebegrænsning. Videresalgsforbud betragtes som en hard core konkurrencebegrænsning.

95. Betingelsen i stk.1, nr. 3 er således ikke opfyldt for vedtægternes pkt. 8.1.

. . .

§ 8, stk. 1, nr. 4 – ikke udelukkelse af konkurrencen.

. . .

101. Betingelse nr. 4 er således opfyldt."

3. MATAS' argumentation

Det er under denne anke alene spørgsmålet, hvorvidt Konkurrencerådets konklusion er korrekt, når det statueres, at vedtægternes pkt. 7.1, nr. 2, og 8.1 som foreslået ændret af MATAS er for vidtgående til at opfylde dispensationskravet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3.

MATAS gør gældende, at de to bestemmelser som modificeret ikke pålægger kædens medlemmer begrænsninger, der er unødvendige for at realisere kædesamarbejdet, og at kravet i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3, derfor er opfyldt.

MATAS-kæden er en frivillig kæde af detailhandlere, som består af de til enhver tid værende aktionærer i grossist- og fuldserviceselskabet MATAS A/S. MATAS-kædens butikker drives alle under fælles navn og produkt- og butikskoncept, og det er de respektive medlemmer, der ejer disse butikker. MATAS A/S er rettighedshaver til navn og MATAS-konceptet i bred forstand. MATAS A/S besidder væsentlig know-how om produkterne, produktudvikling, butiksdrift, butiksteknologi, uddannelse, metoder for kundebetjening- og rådgivning, markedsføring m.v. Ved optagelse i MATAS-kæden får medlemmerne stillet MATAS A/S' know-how til rådighed i forbindelse med salg af MATAS A/S' egen- og eneforhandlingsvarer og øvrige varer. Denne know-how ajourføres og udbygges til stadighed og kommunikeres videre til medlemmerne og følges op af løbende faglig og kommerciel bistand. Herved sikres MATAS-kædens fælles identitet og omdømme, samtidig med at medlemmerne sættes i stand til at skabe og opretholde en effektivt fungerende og rentabel detailforretning. MATAS-kædens opbygning og virke kan således i al væsentlighed sidestilles med et traditionelt franchiseforhold med den undtagelse, at MATAS-medlemmerne ejer rettighedsselskabet. Denne forskel bør imidlertid ikke tillægges betydning, når de skadelige vertikale bindinger mellem MATAS A/S og kædemedlemmerne skal vurderes.

Der er i kædens liv og udvikling en meget bred kommunikation mellem MATAS A/S og de enkelte materialister, som nødvendigvis ikke må komme til en konkurrents kendskab til skade for kæden. Når sådan information ud til en konkurrent, ødelægges kædens konkurrence-grundlag, og dermed trues også dens eksistens.

Uden et krav om, at MATAS-medlemmer ikke må beskæftige sig med konkurrerende virksomhed, vil kendskab, den pågældende får som materialist, samtidig tilgå ham som konkurrent, og kunne anvendes af vedkommende som sådant. I vægningen af de modstående interesser forekommer der ikke at være særlige hensyn at tage til den enkeltes ønske om at drive konkurrerende virksomhed over for kædens krav på hemmeligholdelse/loyalitet. Muligheden for butiksudvidelse inden for kæden står åben ved nyetablering eller opkøb af eksisterende butikker – og føles det lukrativt, kan vedkommende forlade kæden og i et andet koncept påføre den konkurrence ad den vej.

Det gøres gældende, at den foreslåede formulering af kædevedtægternes pkt. 7.1, nr. 2, ikke pålægger det enkelte MATAS-medlem begrænsninger, der er unødvendige for at realisere samarbejdets målsætning. I overensstemmelse hermed er betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3, opfyldt for at meddele dispensation.

Den foreslåede bestemmelse går efter sit indhold ikke videre end nødvendigt for at meddele en dispensation, jf. § 5 i gruppefritagelsen for kædesamarbejder, som skærmer frivillige kæder mod illoyale medlemmer, der bliver involveret i konkurrerende kæder. Dette hensyn er fuldstændigt parallelt med driften af en eller flere enkeltstående konkurrerende butikker uden for MATAS-kæden, der ikke er organiseret i et kædesamarbejde. Der er intet grundlag for at slutte modsætningsvist og afvise individuel dispensation for forbud mod konkurrerende virksomhed uden for MATAS-kæden, der drives i form af en/flere konkurrerende butikker uden en bagvedstående kæde. Tværtimod forekommer de to situationer og beskyttelsesinteresser at være fuldstændigt sammenfaldende. Hertil kommer, at forholdet mellem MATAS A/S og kædens medlemmer i al væsentlighed er parallelt med et franchiseforhold, når man ser på de vertikale bindinger mellem rettighedsselskabet MATAS A/S og modtager (kædemedlem). Efter EF-Domstolens og Kommissionens hidtidige praksis er et forbud mod franchisetageres indirekte eller direkte deltagelse i konkurrerende virksomhed ikke en konkurrencebegrænsning i artikel 81, stk. 1's forstand.

Konkurrencerådet har ikke sammenholdt de faktiske forhold med betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3. Konkurrencerådet medgiver på den ene side, at MATAS' forslag "ikke udelukker medlemmernes deltagelse i forretninger med begrænset produktsammenfald eller deltagelse i oplysende virksomhed", men finder på den anden side, at "der ses ikke at være særlige hensyn til MATAS-kæden, der medfører, at medlemmerne skal pålægges begrænsninger i deres erhvervsudøvelse, der går ud over gruppefritagelsen".

Der kan ikke slutes modsætningsvist fra gruppefritagelsen, hvortil kommer, at argumentationen reelt er indholdsløs set i forhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3.

I hvert fald når man henser til den udførlige argumentation, MATAS har fremlagt ovenfor, er der intet belæg i Konkurrencerådets argumentation for at nægte en dispensation.

Det skal tilføjes, at en nægtelse af at meddele MATAS dispensation for den foreslåede formulering af pkt. 7.1, nr. 2 ikke vil have nogen effektivitetsfremmende effekt – tværtimod vil konkurrerende aktiviteter fra medlemmerne inden for kæden skabe modsætningsforhold, der påvirker fremdrift og

fodslag negativt, ligesom kædens kommunikation med medlemmerne besværliggøres eller direkte hindres

Med hensyn til vedtægternes pkt. 8.1 er der alene tvist om MATAS' eneforhandlingsvarer – fire serier til personlig pleje: Rimmel (kosmetik), Dr. Scheller (hudpleje), Route 66 (duftserie, herrer) og Elanique (hudpleje). Disse varer markedsføres i Danmark alene af MATAS, der har afholdt væsentlige omkostninger ved deres indarbejdelse og markedsføring. Gælder det foreslåede udkast til vedtægternes pkt. 8.1. ikke, sættes kædens medlemmer i stand til at sælge disse produkter ud af kæden til konkurrerende virksomheder, der ikke har medvirket til deres indarbejdelse og markedsføring, og som derfor opnår en urimelig markedsfordel. Samtidig skades/udvandes den markedsposition, kæden har via produkterne, fordi de antageligvis alene vil have betydning som slagvarer for de virksomheder, der opnår leverancer fra en materialist og således i bred forstand snylter på MATAS's markedsposition, når produkterne sælges uden ledsagelse af den rådgivning og vejledning, der er en del af MATAS's profil.

Det ligger uden for kædesamarbejdets forudsætninger, at de fordele, dette indebærer for den enkelte materialist i form af produkter, priser og markedsføringsindsats, af denne skulle kunne anvendes til "grossistsalg" til virksomheder, der konkurrerer med MATAS-kæden – det være sig enkeltstående forretninger eller grupper af forretninger. Forudsætningen om, at kæde-fordelen skal styrke den enkelte og kædens position på detailmarkedet, har endvidere været grundlaget for de betydelige markedsføringsudgifter, der er afholdt til indarbejdelse af kædenavnet MATAS og dets produktserier, herunder specielt kædens egen- og eneforhandlingsvarer. Vedtægternes pkt. 8.1 udtrykker kædens virke som en detailhandelssammenslutning ved i princippet at forpligte medlemmer til kun at sælge de af fællesskabet fremskaffede varer til detailkunder.

Det eksklusive salg af de nævnte fire serier i MATAS-kædens butikker sker i øvrigt i konkurrence med andre serier, såsom L'Oréal, Hugo Boss, Plénitude m.v. Der er således ikke tale om begrænset konkurrence inden for kæden på disse produkter. Samlet bidrager egenvarerne og eneforhandlingsvarerne til at styrke MATAS' position og image på markedet specielt i forhold til dagligvarehandelen og apotekerne, der markedsfører tilsvarende serier, såsom Cosmea, Decobal m.v.

Det indre sammenhold/fodslag, der i dag er et væsentligt overlevelsparameter for kæden, vil lide skade, hvis enkeltmedlemmer sættes i stand til at sælge kædens indarbejdede eneforhandlingsvarer til konkurrenter, uden at dette kan sanktioneres. En adgang til eksternt salg af kædens eneforhandlingsvarer vil have en specielt skadelig effekt, hvis Konkurrencerådets påbud om, at medlemmerne kan drive konkurrerende virksomhed opretholdes. Herved sættes medlemmerne ikke alene i stand til at etablere konkurrerende butikker, men tillige at drage fordel af produkter, der eksklusivt er knyttet til kæden. Der er ingen reel forskel på kædens egen- og eneforhandlingsvarerne. De bør i princippet behandles ens.

Der foreligger således sammenfattende sådanne velunderbyggede grunde for at opretholde et videresalgforbud også for eneforhandlingsvarer uden for kæden, at der ikke er tale om begrænsninger, der er unødvendige for at realisere kædens formål jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3.

Konkurrencerådet har ikke givet nogen begrundelse for sit standpunkt og heller ikke foretaget en tilbundsgående vurdering af, om der ikke i henhold til EF-Domstolens eller Kommissionens praksis eller forordning 2790/1999, art. 4.1.b, er holdepunkter for, at der konkret bør gives MATAS en

dispensation i denne sag, herunder med hensyn taget til, at forholdet mellem MATAS A/S og kædens medlemmer i al væsentlighed som nævnt er parallelt med et franchiseforhold.

4. Konkurrencerådets argumentation

MATAS har ikke anfægtet, at de vedtægtsbestemmelser, som klagen angår, er konkurrencebegrænsende og omfattet af konkurrencelovens § 6. Forslaget til MATAS' vedtægter pkt. 7.1, nr. 2, og pkt. 8.1 går videre end nødvendigt, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3.

Efter forslaget til pkt. 7.1, nr. 2, må MATAS-medlemmer heller ikke indirekte deltage i driften af virksomheder med hovedforretningsområde fælles med MATAS' kerneområder. Forslaget er upræcist og gør det ikke muligt at angive grænsen for, hvad der vil være tilladt. Det fremgår ikke af formuleringen, at materialisten skal være involveret i driften for, at vilkåret gælder. Det konkurrencetryk enkeltstående butikker kan påføre en kæde som MATAS er meget begrænset. § 5 i gruppefritagelsesbekendtgørelsen om kædesamarbejder i detailhandlen bygger på en forudsætning om, at et kædesamarbejde som MATAS besidder en sådan konkurrencekraft, at det kan modstå enkeltstående forretningers konkurrence.

Salgsforbudet i vedtægternes pkt. 8.1 er en hard core konkurrencebegrænsning. Der er i kraft af varemærkerettigheder forskel på egenvarer og eneforhandlingsvarer. Vedtægternes forbud afskærer det danske marked for intrabrand-konkurrence. Der foreligger ikke et franchiseforhold.

5. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Som sagen foreligger for Ankenævnet, drejer den sig alene om, hvorvidt bestemmelserne i MATAS' vedtægter pkt. 7.1, nr. 2 og pkt. 8.1 – i den udformning, som fremgår af MATAS' påstande – hver for sig opfylder betingelsen for fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 3.

Det fremgår af § 8, stk. 1, at fritagelse meddeles af Konkurrencerådet, hvis Rådet skønner, at betingelserne opregnet i stk. 1 er opfyldt. Det fremgår af den påklagede afgørelse, at Konkurrencerådet har skønnet, at betingelserne i § 8 stk. 1, nr. 3, ikke er opfyldt.

Der er ikke i det, som MATAS har anført, grundlag for at underkende Konkurrencerådets skøn som ulovligt.

Ankenævnet stadfæster derfor Konkurrencerådets afgørelse.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 21. juni 2000 stadfæstes.

Ole Jess Olsen Jens Fejø
Børge Dahl«