

## 1998-09-29: Søllerød Kommune ctr. Konkurrencestyrelsen

»År 1998, den 29. september afsagde Konkurrenceankenævnet i sagen j.nr. 98-76.327, Søllerød Kommune ctr. Konkurrencestyrelsen, sålydende:

### K E N D E L S E

1.

Ved skrivelse af 14. april 1998 har Søllerød Kommune klaget over Konkurrencestyrelsens afgørelse af 26. marts 1998, hvorved Styrelsen fandt, at det i en lejekontrakt - mellem Søllerød Kommune som udlejer og Susanne Fossum som lejer af Rosenhuset til anvendelse som kiosk og café - indeholdte vilkår om, at der ikke må serveres alkohol, er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Klageren har principalt påstået Konkurrencestyrelsens afgørelse ophævet, subsidiært påstået sagen hjemvist.

Konkurrencestyrelsen har påstået afgørelsen stadfæstet.

Café "Rosenhuset" v/ Susanne Fossum er ved advokat Johan Schwarz-Nielsen indtrådt i sagen til støtte for Konkurrencestyrelsen.

Forud for afgørelsen af 26. marts 1998 har Konkurrencestyrelsen i sin skrivelse af 27. februar 1998 til Søllerød Kommune bl.a. anført:

"Konkurrencestyrelsen har modtaget vedlagt henvendelse af 10. december 1997 og 13. februar 1998 fra advokat Johan Schwarz-Nielsen i anledning af, at ejeren af café Rosenhuset ikke kan opnå tilladelse til at udskænke alkohol i caféen.

Konkurrencerådet behandlede i 1995 en tilsvarende sag fra den tidligere ejer af caféen i henhold til den dengang gældende konkurrencelov, jf. lovbekendtgørelse nr. 114 af 10. marts 1993.

Konkurrencerådet fandt, at kommunens fremgangsmåde ved fastsættelse af vilkår for udlejning af fast ejendom til restaurationsdrift, herunder udskænkning af alkohol, måtte anses for konkurrenceforvridende.

Da lovens indgrebsbeføjelser ikke gjaldt for erhvervsvirksomhed udøvet af kommunalforvaltningen, jf. § 2, stk. 2, havde rådet alene hjemmel til at henstille til kommunen at ændre vilkårene, således at konkurrenceforvridningen mellem virksomhederne blev undgået. Dette skete ved brev af 20. april 1995, hvor rådet samtidig tilkendegav, at eventuelle saglige grunde til at begrænse antallet af udskækningssteder i de kommunale udlejningsejendomme måtte fastsættes ud fra objektive kriterier.

Kommunen tilkendegav ved brev af 7. juni 1995, at man ikke fandt grundlag for at følge henstillingen, og at lejemålet således ikke vil kunne udvides med en tilladelse til udskænkning af alkohol.

Med virkning fra januar 1998 trådte konkurrenceloven af 10. juni 1997 i kraft. Der vedlægges et eksemplar af loven.

Loven indebærer en skærpelse af bestemmelserne om konkurrencebegrænsende aftaler. Det hidtidige kontrolprincip er afløst af et forbudsprincip, og ifølge lovens § 6 er alle konkurrencebegrænsende aftaler – dvs. aftaler, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen – forbudt.

Med loven ligestilles endvidere privat og offentlig erhvervsudøvelse i konkurrenceretlig forstand.

Loven omfatte således ifølge § 2 enhver form for erhvervsvirksomhed, og forbudsbestemmelserne omfatter også konkurrencebegrænsninger inden for offentlig erhvervsvirksomhed.

Undtaget er kun offentlig erhvervsvirksomhed, som er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Det følger af § 2, stk. 2, at en konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, kun er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivningen.

På baggrund af rådets tidligere vurdering af kommunens vægring ved at tillade udskænkning af alkohol i Café Rosenhuset er det Konkurrencestyrelsens holdning, at forholdet er omfattet af forbudsbestemmelsen i § 6.

Under henvisning til konkurrencelovens § 17 skal man anmode kommunen om en udtalelse.

...".

## **2. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 26. marts 1998 er sålydende:**

"Ved brev af 13. marts 1998 har kommunen besvaret Konkurrencestyrelsens henvendelse af 27. februar i ovennævnte sag.

Kommunens synspunkter er følgende:

1. Konkurrencerådets tidligere afgørelse kan ikke tillægges retskraft i den nye sag. Der er nye parter og et ændret lovgrundlag.
2. Det spørgsmål, der er rejst over for Konkurrencestyrelsen, vedrører alene kommunen som udlejer af Rosenhuset. Kommunens virksomhed som bevilgende myndighed henhører ikke under konkurrenceloven.
3. Det gøres principalt gældende, at der ikke foreligger nogen situation, der er omfattet af konkurrenceloven.
4. Subsidiært gøres det gældende, at der ikke bør foretages en partiel tilsidesættelse af lejeaftalen.
5. Anmeldelse af aftalen.

Til de synspunkter kommunen har gjort gældende, skal Styrelsen udtale følgende:

**ad 1.** Konkurrencestyrelsen er enig i, at en behandling af klagen af 10. december 1997, jf. 13. februar 1998, skal ske efter bestemmelserne i den nu gældende konkurrencelov – nr. 384 af 10. juni 1997.

Som nævnt i Konkurrencestyrelsens brev af 27. februar 1998 omfatter loven enhver form for erhvervsvirksomhed, og forbudsbestemmelserne omfatter også konkurrencebegrænsninger inden for offentlig erhvervsvirksomhed.

**ad 2.** Det er korrekt, at det i den konkrete klage er Søllerød Kommunes rolle som udlejer af Rosenhuset, der skal vurderes efter konkurrencelovens bestemmelser.

Kommunens – i dette tilfælde Landsbevillingsnævnets – virksomhed som bevillingsmyndighed er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i lovens § 2, stk. 2, 1. punktum om konkurrence-

begrænsninger, som er en følge af offentlig regulering. Her finder forbudsbestemmelserne i kapitel 2 og 3 ikke anvendelse.

**ad 3.** Til støtte for at der ikke foreligger en situation, som er omfattet af konkurrencelovens § 6, henvises bl.a. til, at der ikke foreligger nogen aftale mellem kommunen og stedets restauranter eller andre. Det er kommunen, der ensidigt har bestemt, at der ikke må sælges alkohol i Rosenhuset.

Ved Konkurrencestyrelsens foreløbige vurdering af forholdet, jf. brev af 27. februar 1998, er der lagt vægt på, at Søllerød Kommune og lejereren af Rosenhuset i lejekontrakten har indgået en aftale om vilkårene for leje af lokalerne, hvorved kommunen forpligter sig til at stille lokalerne til rådighed, mod at lejereren har erklæret sig indforstået med at betale den i punkt 4 angivne leje.

Det bemærkes i den forbindelse, at aftalens betegnelse og form er uden betydning for anvendelsen af lovens § 6.

I kontraktens punkt 2 er det aftalt, at lokalerne kun må anvendes til kiosk og café. Varesortimentet kan udover almindeligt kiosksortiment omfatte salater, pizza, sandwich, pølser, kaffe, the og alkoholfrie drikke.

Ved bestemmelsen om, at der kun må serveres alkoholfri drikke i Rosenhuset, begrænses lejerens erhvervsudøvelse.

Styrelsen finder ikke, at det er et sagligt og rimeligt vilkår for cafédrift, at der ikke må serveres alkohol.

Udskænkning af alkohol i forbindelse med drift af en virksomhed med servering af lette måltider for offentligheden må anses for en sædvanlig ydelse, og der foreligger ikke saglige oplysninger om de lokale forhold, der kan føre til en anden vurdering.

Der er herved tale om konkurrencebegrænsende bestemmelse i strid med konkurrencelovens § 6.

**ad. 4.** Der henvises her til, at der ikke bør foretages en partiel tilsidesættelse af lejeaftalen.

Hvis bestemmelsen om alkoholservering i lejekontraktens punkt 2 ikke er tilladt i henhold til konkurrenceloven, finder kommunen, at den relevante udgang på sagen bør være, at lejeaftalen ophæves i sin helhed, og lejemålet udbydes offentligt på nye vilkår.

Hertil bemærkes, at det er kommunen, der afgør, hvilke konsekvenser Konkurrencestyrelsens afgørelse får for lejemålet i øvrigt. Konkurrenceloven er ikke til hinder for den foreslåede løsning.

**ad 5.** Det fremgår, at kommunen ønsker at anmelde den aftale, som Konkurrencestyrelsen måtte finde grundlag for at give påbud om e.l.

Hertil bemærkes, at anmeldelse af aftaler i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 2, skal ske efter nærmere fastsatte retningslinier, der skal sikre, at Konkurrencestyrelsen har det fornødne grundlag for at kunne bedømme forholdene.

Reglerne er fastsat i Konkurrencerådets bekendtgørelse nr. 986 af 11. december 1997.

Til hjælp for anmeldelsen er der udarbejdet et særligt skema, hvoraf det fremgår, hvilke oplysninger og dokumenter der forudsættes, jf. bekendtgørelsens § 5 og 6.

Til orientering vedlægges en pjece om vejledning i regler for anmeldelse af aftaler.

Ud fra en konkurrenceretlig vurdering er det således Styrelsens opfattelse, at bestemmelsen i lejekontrakten om, at der ikke må serveres alkohol, er en konkurrencebegrænsning, som er omfattet af forbudsbestemmelsen i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

. . . "

### 3. Klagerens argumentation

**3.1** Klageren har til støtte for den principale påstand om ophævelse af Konkurrencestyrelsens afgørelse anført, at afgørelsen er uhjemlet, da lejekontrakten ikke er omfattet af forbudsbestemmelsen i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det er ikke enhver form for begrænsning af erhvervsudøvelsen, der er omfattet af konkurrenceloven. Bestemmelsen i lejekontrakten, om at der kun må serveres alkoholfri drikke i "Rosenhuset", er saglig og rimelig, og den kan ikke tilsidesættes i henhold til konkurrenceloven. Klageren har i nærheden af "Rosenhuset" udlejet ejendommen "La Vela". "Rosenhuset" er ifølge lejekontrakten udlejet til brug som kiosk og café uden alkohol, medens "La Vela" er udlejet til brug som restaurant uden at der i lejekontrakten er noget forbud mod servering af alkohol. Der foreligger ikke dermed "ydelse af samme værdi", idet "Rosenhuset" er udlejet til et brug, der er meget forskelligt fra det brug, der må gøres af de lokaler, der er udlejet til "La Vela".

Det er en udlejers ret i forbindelse med lejeaftalens indgåelse frit at aftale med en lejer, om udlejede lokaler skal benyttes til kaffehus, konditori, restauration, beværtning eller andet. Konkurrenceloven kan ikke benyttes til tilsidesættelse af denne ret. Formuleringen af lejekontrakten vedrørende "Rosenhuset" er baseret på det synspunkt, at en udlejning af den pågældende bygning til kiosk og café med tilladelse til alkoholsalg ville bevirke, at lokalerne primært ville blive drevet som café og derfor i mindre grad som kiosk, samt at caféen ville få karakter af spisested i stedet for konditori, hvilket klageren ikke ønsker. For forbrugerne vil forbudet mod alkohol også betyde, at der i hvert fald er ét sted på havnen med et alkoholfrit serveringsmiljø. Forbudet indgår i lejekontrakten, men reelt er der tale om et ensidigt fastsat udlejningsvilkår.

Som kommune og udlejer ønsker klageren således, at der i kommunens 2 udlejningsejendomme ved Vedbæk Strand er to forskellige virksomheder, nemlig henholdsvis en virksomhed, hvor badegæster m.fl. skal kunne købe bl.a. kioskvarer, og en restaurationsvirksomhed. Der er i den forbindelse tale om et servicesynspunkt, men også et forretningsmæssigt synspunkt.

Det forretningsmæssige aspekt ligger i, at klageren kan blive påført økonomisk tab, hvis der udlejes til to konkurrerende virksomheder inden for samme geografiske område. Tabet kan opstå i den situation, hvor den virksomhed, der ikke overlever konkurrencen, lukker og efterlader lejerestancer m.v. Konkurrenceloven bør ikke kunne benyttes til at tvinge en udlejer til dispositioner, der kan påføre udlejeren tab, medmindre der er tvingende konkurrencemæssig hensyn, der kan begrunde dette.

Hertil kommer, at den for "Rosenhuset" gældende leje, herunder især mindstelejens størrelse, og øvrige vilkår i sin tid er fastsat efter et offentligt udbud og på grundlag af et kontraktsoplæg, som indebar, at der ikke ville være adgang til at sælge alkohol. Det aftalte vederlag er blevet fastsat under hensyn til, at der er tale om et lejemål, som indebærer reducerede indtjenings-muligheder, da lejeaftalen ikke giver mulighed for at servere alkohol. Hvis klageren som udlejer ikke kan opretholde, at der ikke må serveres alkohol i de lejede lokaler, vil det derfor give lejeren af "Rosenhuset" en urimelig konkurrencefordel i forhold til lejeren af "La Vela", som i sin tid har betalt den tidligere lejer af lokalerne for, at der var mulighed for servering af alkohol.

Konkurrencefordelen består i væsentlig omfang i, at den betaling, som den nuværende lejer af "Rosenhuset" har aftalt med den tidligere lejer af "Rosenhuset" til dækning af goodwill m.v., har været lavere, end den betaling, der ville være blevet aftalt, hvis der i lejekontrakten havde været

tilladelse til alkoholsalg.

Klageren bestrider endvidere, at "Rosenhuset" er udlejet til et formål, der berettiger til at karakterisere udskænkning af alkohol som en sædvanlig ydelse. Der findes ikke nogen entydig definition af ordet "café". Det afgørende må være, hvilket varesortiment parterne har aftalt. Lejekontraktens beskrivelse af forretningens varesortiment er derfor en beskrivelse af, hvilken type virksomhed, der må drives fra lokalerne, og det er ikke relevant at betragte denne beskrivelse som en konkurrencebegrænsende klausul.

3.2 Til støtte for påstanden om hjemvisning har klageren anført, at Konkurrencestyrelsen ikke har taget stilling til, om der foreligger en bagatelsag, som allerede derfor ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, jf. konkurrencelovens § 7.

Klageren har endvidere gjort gældende, at sagen i stedet skal behandles af Konkurrencerådet, da det er første sag af denne type.

#### **4. Konkurrencestyrelsens argumentation**

Konkurrencestyrelsen har anført, at bestemmelsen i lejekontrakten, hvorefter der alene må serveres alkoholfri drikke til et varesortiment omfattende salater, pizza, sandwich og pølser er en konkurrencebegrænsende bestemmelse i strid med konkurrencelovens § 6. Det skyldes, at bestemmelsen begrænser lejeren af "Rosenhuset" i sin erhvervsudøvelse, og at udskænkning af alkohol i forbindelse med servering af lette måltider må anses for en sædvanlig ydelse. Det er ikke et sagligt og rimeligt vilkår for cafédrift i almindelighed, at der ikke må serveres alkohol. Det er derimod ikke afgørende, at "La Vela" har tilladelse til at servere alkohol. Styrelsen finder ikke, at der er oplyst saglige grunde, der kan føre til en anden vurdering. Under alle omstændigheder må servering af alkohol betragtes som et sædvanligt supplement til en frokost.

Styrelsen har på ingen måde søgt at tilsidesætte en udlejers ret til i forbindelse med lejeaftalens indgåelse frit at aftale med en lejer, om udlejede lokaler skal benyttes til kaffehus, konditori, restauration, beværtning eller andet. Styrelsen har kun vurderet de vilkår, der er knyttet til anvendelsen af det udlejede, herunder de begrænsninger, der bliver lagt for driften af den nævnte virksomhed: kiosk og café.

Den omtvistede bestemmelse er konkurrencebegrænsende. Det gælder uanset om klageren har ønsket to forskellige virksomheder, nemlig henholdsvis en virksomhed, hvor badegæster m.fl. skal kunne købe kioskvare, og en restaurationsvirksomhed, og uanset at kommunen kan blive påført et økonomisk tab, hvis der udlejes til to konkurrerende virksomheder inden for samme geografiske område.

#### **5. Lejeren af "Rosenhuset" Susanne Fossums argumentation**

Advokat Johan Schwarz-Nielsen har på vegne Susanne Fossum tilsluttet sig det af Konkurrencestyrelsen anførte. Forbudet mod alkoholserving er både usagligt og ulovligt.

Der er ikke tale om nogen bagatelsag for Susanne Fossum. Den mistede omsætning og mistede fortjeneste er af væsentlig størrelse. Hun mister ikke blot omsætningen og fortjeneste ved salg af alkohol, men også accessoarer dertil, herunder først og fremmest madvarer, idet hun er det eneste serveringssted i området, som ikke serverer alkohol.

#### **7. Konkurrenceankenævnets bemærkninger**

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. Vilåret 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 markeds-påvirkning, at der er tale om en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Ankenævnet ophæver derfor Konkurrencestyrelsens afgørelse.

**Herefter bestemmes:**

Konkurrencestyrelsens afgørelse af 26 marts 1998 ophæves.

Klageafgiften skal tilbagebetales til klageren.

Ole Jess Olsen      Jens Fejø

Børge Dahl«

</CENTER>