

LIND CADONIUS
 BETERGADE 31
 1100 KØBENHAVN K
 TLF. 33 13 81 00
 WWW.LINDCAD.DK

**KONKURRENCEANKENÆVNETS
 KENDELSE AF DEN
 3. NOVEMBER 2008 I SAGEN
 DE SAMVIRKENDE KØBMÆND MOD
 KONKURRENCERÅDET**

ved advokat Lotte Hummelshøj
 Konkurrenceretsforeningens møde den 3.
 marts 2008

LIND CADONIUS

SAGENS BAGGRUND

En nedsat ekspertgruppe og en konsulentrapport, der konkluderede, at Ørestad Syd ville blive en "byrken" uden detailhandel, hvilket ville påvirke grundsølgningen negativt, og at detailhandelen ikke ville komme af sig selv uden særlige incitamentter

=> anbefaling om, at detailhandelsoperatøren skal tildeles en eneret i minimum 10 år for at ville etablere sig "på forkant med udviklingen".

2

LIND CADONIUS

SAGENS BAGGRUND fortsat ...

- Offentliggørelse af en annonce om prækvalifikation i Danske Handelsblad med henblik på tildeling af koncession på dagligvarehandel i Ørestad Syd i en kontraktperiode på 15 år med en eneretsperiode på 10 år. Annoncen blev også offentliggjort på By & Havns hjemmeside (tidl. Ørestadsselskabet I/S).
- Tre detailhandelsoperatører (Dagrofa A/S, COOP A/S og Dansk Supermarked A/S) blev prækvalificerede
- I juli 2007 indgiver De samvirkende Købmænd (DSK) klage til Konkurrencestyrelsen over, at udbuddet indebærer ulovlig monopoldannelse i strid med konkurrencereglerne.

3

UDBUDSRETLIG VURDERING

KONKURRENCESTYRELSENS UDTALELSE AF 31. OKTOBER 2007

- Konkurrencestyrelsen var enig i vurderingen af, at der var tale om en tjenesteydelseskoncession, da operatøren for egen risiko skulle udføre driften af dagligvarebutikkerne (udnyttelseskriteriet).
 - => Kontrakten var derfor undtaget fra udbudspligt efter Udbudsdirektivet, men skulle overholde EF-traktatens grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i forbindelse med tildelingen
 - => Kræver forudgående annoncering/offentliggørelse, hvilket var opfyldt. Ingen særlige formkrav til annonceringen eller offentliggørelsesstedet.
- Konkurrencestyrelsen præciserede, at forhandlingerne med samtlige tilbudsgivere skulle gennemføres under overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

4

KONKURRENCERETTLIG VURDERING

- Konkurrence- og udbudsreglerne tager udgangspunkt i to principielt uafhængige regelsæt, dvs. en vurdering efter konkurrencelovens § 6 omfatter ikke spørgsmålet om udbudsretlige forhold i forbindelse med tildeling af koncession gennem udbud (punkt 211).
- Det relevante produktmarked blev afgrænset til dagligvare-detailmarkedet, der omfatter supermarkeder, lavpris-/discountbutikker og varehuse med onestop-shopping, men ikke kiosker, convenience-butikker eller specialbutikker (punkt 215-240).

5

KONKURRENCERETTLIG VURDERING

- Det relevante geografiske marked blev af Konkurrencerådet afgrænset til et nationalt marked med den bemærkning, at selv hvis det mest snævre geografiske marked i henhold til retspraksis blev lagt til grund, dvs. et område i en radius af ca. 10 km fra detailhandelsbutikken (ca. 20 minutter i bil), så ville det ikke påvirke vurderingen (punkt 241-279).

6

KONKURRENCERETLIG VURDERING



7

KONKURRENCERETLIG VURDERING

HAR ENERETTEN TIL FORMÅL AT BEGRÆNSE KONKURRENCEN?

Konkurrencerådet fandt ikke, at tildeling af eneretten havde til formål at begrænse konkurrencen, idet

- By & Havn havde en legitim interesse i at tiltrække detailbutikker, hvilket var understøttet af sagens dokumentation, konsulentrapport samt tidligere erfaringer.
- By & Havn var ikke selv til stede på dagligvare- og detailmarkedet, og hvis By & Havn ønskede at begrænse konkurrencen i det nære område, kunne By & Havn helt lade være med at leje ud til detailhandelsbutikker, da lokalplanen ikke stillede krav herom.

8

KONKURRENCERETLIG VURDERING

- Konkurrencestyrelsen lavede en markedsundersøgelse, der understøttede By & Havns argumentation om behovet for økonomiske incitamenter for at opnå en tidlig udvikling af dagligvaredetailhandelen i Ørestad Syd "på forkant med beboerudviklingen".
- Det kan objektivt ikke antages, at eneretten har til formål at begrænse den faktiske eller potentielle konkurrence i det helt nære område Ørestad Syd, der ville have bestået uden eneretten, da 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 (punkt 329).

9

KONKURRENCERETLIG VURDERING fortsat ...

HAR ENERETTEN TIL FØLGE AT BEGRÆNSE KONKURRENCEN?

- Ja, i det helt nære område i Ørestad Syd, men der var ikke tale om en mærkbar konkurrencebegrænsning, idet der særligt blev lagt vægt på
 - at der i det helt nære område uden for Ørestad Syd (i en radius af ca. 2 km) allerede ligger en række store dagligvaredetailbutikker,
 - at der inden for en radius af 5 km af Ørestad Syd ligger ca. 62 dagligvaredetailbutikker,
 - at der findes mere end 100 dagligvaredetailbutikker mv. inden for det efter fællesskabspraksis mest snævre, relevante og 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 DKK 92,5 mia. ekskl. moms af det samlede areal på ca. 2 mio. m²

10

KONKURRENCERETLIG VURDERING fortsat ...

- at Ørestad Syd er forbundet med resten af Hovedstadsområdet via bl.a. Kastrupbanen og Metroinjen Vestamager, således at der f.eks. er mulighed for beboerne i Ørestad Syd at købe ind på vej hjem fra arbejde i andre trafik- og indkøbsknodepunkter i København,
- at dagligvaredetailmarkedet er præget af en række landsdækkende kæder, der bestemmer priser, markedsføring mv. centralt, og at de enkelte dagligvarebutikkeres opland overlapper hinanden,
- at omend 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 (punkt 385).

=> Det blev derfor konkluderet, at By& Havns tildeling af en koncessionsaftale med 10 års eneret på dagligvaredetailhandel i Ørestad Syd til én medkontrahent ikke havde til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, og dermed ikke var omfattet af konkurrence洛vens § 6, stk. 1 (punkt 386)

11

KONKURRENCEANKENÆVNETS BEGRUNDELSE OG RESULTAT

Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse indledningsvis med den begrundelse, at hvis By & Havn havde været operatør på dagligvaremarkedet, så ville aftalen være blevet anset for at have til formål at begrænse konkurrencen, og udtalte herefter følgende

12

LIND CADQUIUS

KONKURRENCEANKENÆVNETS BEGRUNDELSE OG RESULTAT

"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 sådan omfang, at der kan forventes eller konstateres negative virkninger på markedet.

13

LIND CADQUIUS

KONKURRENCEANKENÆVNETS BEGRUNDELSE OG RESULTAT

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 produktmarked, 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."

14
