

NOTAT

Dato: 10. september 2020

Sag: 18/05184

Sagsbehandler: kat/mc/jkj

Projektevaluering: Rådssag om Godiks leveringsvilkår om eksklusivitet (sagsnr. 18/05184)

Beslutning	Projekt Godik afsluttet og slettet fra porteføljen. Nedenstående erfaringer formidles i styrelsen.	KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN
Erfaringer (punktform)	<ul style="list-style-type: none">• Første sag efter Intel om eksklusivitetsforpligtelse (og ikke eksklusivitetsrabat).• Manglende/utilstrækkelig vejledning ifm. tidligere undersøgelser af samme adfærd kan få betydning for, om Konkurrencerådet vil oversende en sag til SØIK.• Hensigtsmæssigt at samle caseteamets løbende interne overvejelser og beslutninger – bl.a. om sagens tilskæring – i et samlet dokument, fx som en udvidelse af beslutningsloggen.• Når parten ikke er repræsenteret ved en advokat, er det hensigtsmæssigt med løbende vejledning, for at sikre sagens fremdrift og opfyldelse af vejledningspligt.• Vejledning til parten om opfyldelse af påbud, kan trække betydelige ressourcer, når påbuddet vedrører en adfærd, som parten har fortsat frem til afgørelses-tidspunktet.	ERHVERVS MINISTERIET
Resumé af rådssagen	<p>Godik er leverandør af mobile toiletter og andet materiel til events i Danmark. Godik har i strid med KRL § 11 og TEUF artikel 102 i perioden 2014-2018 anvendt eksklusivitetsforpligtelser i sine løbende leveringsaftaler ved udlejning af mobile toiletter til events i Danmark – enten alene eller i kombination med andet materiel.</p> <p>Det relevante marked i sagen er det danske marked for udlejning af mobile toiletter til events. Styrelsen vurderer, at Godik var dominerende på dette marked med en markedsandel på minimum 55 pct. i den relevante periode.</p> <p>Godiks standard løbende leveringsaftale indeholdt en formel eksklusivitetsforpligtelse for kunderne til at dække hele deres behov for leje af mobile toiletter hos Godik i minimum tre år (i det omfang mobile toiletter var en del af aftalen).</p>	

For at bekræfte vilkårets anvendelse i praksis, indhentede styrelsen indgåede løbende leveringsaftaler fra 13 events.

Alle de indhentede løbende leveringsaftaler indeholdt den formelle eksklusivitetsforpligtelse.

Det er styrelsens vurdering, at Godiks eksklusivitetsforpligtelser også var konkret egnede til at virke afskærmende over for konkurrenter. Styrelsen lagde særligt vægt på følgende forhold:

- Godik havde i den relevante periode en dominerende stilling på det relevante marked, som var præget af ekspansions- og etableringsbarrierer, samt en utilstrækkelig købermagt til at opveje denne stilling. Der var videre betydelige forskelle mellem Godiks og konkurrenternes markedsandele.
- Eksklusivitetsforpligtelsen i de løbende leveringsaftaler indgået med Godiks kunder hindrede disse kunder i at leje mobile toiletter fra konkurrerende leverandører i aftalens løbetid.
- Der var tale om en eksklusivitetsforpligtelse for en række af Godiks største kunder, og dermed en strategisk vigtig gruppe af kunder.
- Eksklusivitetsforpligtelsen forhindrede Godiks konkurrenter adgang til en ikke-ubetydelig del af det danske marked for udlejning af mobile toiletter til events.
- Eksklusivitetsforpligtelsen havde en varighed på minimum tre år – med uopsigelighed i denne periode.

Godik har ikke fremlagt dokumentation for, at der forelå en objektiv begrundelse for adfærden, eller at der var effektivitetsgevinster forbundet hermed.

Væsentligste problemer

De væsentligste problemer i sagen har været:

- **Markedsafgrænsningen:** Styrelsen måtte gennemføre to relativt omfattende markedsundersøgelser blandt konkurrenter (leverandører) og kunder (events) for at afgrænse det relevante marked. Udgangspunktet for den første markedsundersøgelse var et samlet marked for udlejning af materiel til events, mens den anden omhandlede udlejning af mobile toiletter.
- **Den juridiske tilskæring af sagen:** Godiks eksklusivforpligtelser omfattede andre typer materiel

end mobile toiletter. Caseteamet undersøgte derfor, om det var muligt at tilskære sagen således, at Godiks eventuelle misbrug på andre mulige markeder kunne indgå, fx ved leveraging eller mixed bundling. Adfærden blev i sagen inddraget som et element, der forstærkede graden af afskærmningen af markedet for udlejning af mobile toiletter til events.

Da Godik tilbød sine kunder store rabatter for at indgå aftalerne om eksklusivitet, undersøgte caseteamet desuden, om sagen i stedet burde køres som en sag om eksklusivitetsrabatter. Sagen blev kørt som et misbrug i form af eksklusivitetsforpligtelser, idet aftalerne indebar en formel ex ante-forpligtelse for kunderne til eksklusivt at leje mobile toiletter fra Godik i en periode på tre år – med uopsigelighed i denne periode.

- **Sagens mulige oversendelse til SØIK:** Styrelsen foretog i 2012 en række indledende undersøgelser af de aftaler, som nu er genstand for nærværende afgørelse, og stillede i den forbindelse en række spørgsmål til Godik. Sagsbehandlingen blev imidlertid indstillet af ressourcemæssige årsager i 2014. Det fremgår af 2012-sagens akter, at styrelsen vurderede, at Godik ikke forventede en tilbagemelding, hvorfor styrelsen ikke orienterede Godik om, at sagsbehandlingen blev indstillet. I høringssvaret til nærværende sag har Godik argumenteret for, at Godik ikke kunne gøres strafansvarlig, fordi styrelsen ifm. 2012-sagen ikke meddelte Godik en beslutning. Dette førte til en drøftelse med Konkurrencerådet om, hvorvidt nærværende rådssag burde oversendes til SØIK. Rådet besluttede efter to drøftelser med styrelsen, at sagen ikke skulle oversendes, fordi styrelsen tilbage i 2014 handlede i strid med god forvaltningskik ved ikke at vejlede Godik om,
 - i. at Godiks aftaler potentielt kunne være problematiske efter konkurrenceloven, samt
 - ii. at styrelsens henvendelse til Godik ikke betød, at styrelsen havde taget stilling til, om Godiks aftalevilkår var i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

	<p>Godik kan på baggrund heraf have været i god tro om, at det omhandlende aftalevilkår var uproblematisk. Styrelsen burde ifølge rådet have meddelt Godik, at sagsbehandlingen blev indstillet jf. konkurrencelovens § 15, eller på et tidligere tidspunkt i forløbet på anden vis have vejledt Godik om ovenstående.</p>
<p>Succes-kriterier og leverancer</p>	<p>Projektbeskrivelsen fra maj 2018 indeholder følgende succeskriterier:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Konkurrencerådet træffer afgørelse i overensstemmelse med styrelsens indstilling med henblik på, at sagen kan oversendes til SØIK. • Caseteamet overholder leverancerne i projektet i overensstemmelse med den projektbeskrivelse og milepælsplan, som direktionen har godkendt. • Det estimerede ressourceforbrug overholdes. • Projektets/sagens proces og indhold bliver ikke genstand for berettiget kritik fra interessenters side. <p>I projektbeskrivelsen og godkendt revideret milepælsplan blev aftalt følgende leverancer, jf. 1-9 nedenfor. Bemærk hertil, at der efter markedsundersøgelse I viste sig at være behov for endnu en markedsundersøgelse. Det medførte nye leverancer, samt ændringer i tidsplanen for de allerede aftalte leverancer, hvilket fremgår med blåt. Ændringerne i milepælsplanen førte dog ikke til, at projektets afslutning blev rykket til senere end oprindeligt planlagt.</p> <p>Grundet rådets beslutning om at aflyse rådsmødet i marts 2020, blev sagen først afgjort i 2020Q2. Dette, samt den efterfølgende håndtering af Godiks bud på opfyldelse af rådets påbud, har betydet, at projektevaluering og videndeling er blevet udskudt. Dette er angivet med rødt nedenfor. Styrelsen havde imidlertid ikke indflydelse på denne forsinkelse.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. MOB er sendt til Godik 2018Q2. 2. Markedsundersøgelserne blandt kunder og konkurrenter er gennemført 2018Q3. 3. Knastenotat om effekt og resultater fra markedsundersøgelsen er godkendt på et stop/go-møde med STG i 2018Q4. 4. Knastenotat om dominans er godkendt på et stop/go-møde med STG i 2018Q4.

5. Markedsundersøgelse II blandt kunder og konkurrenter er gennemført 2019Q2.
6. STG har modtaget skriftlig orientering 2019Q2.
7. Høringsmøde er afholdt 2019Q2 (2019Q3).
8. KPM er sendt i ekstern høring 2019Q2 (2019Q3).
9. Afgørelse truffet af Konkurrencerådet 2019Q4 (2020Q1) (2020Q2).
10. Projektevaluering og videndeling godkendt 2020Q1 (2020Q3).

Leverancer

Sammenfattende har sagen fuldt den reviderede milepælsplan.

- MOB blev sendt til Godik den 9. maj 2018.
- Styrelsen gennemførte i september-oktober 2018Q3/Q4 en større markedsundersøgelse blandt kunder og konkurrenter.
- Et omfattende knastenotat om (i) effekt og resultater fra markedsundersøgelsen, samt (ii) dominans blev leveret og godkendt i 2018Q4.
- Endnu en større markedsundersøgelse blandt kunder og konkurrenter blev gennemført i april-maj 2019Q2. Der blev ikke udarbejdet et knastenotat om markedsafgrænsningen, da caseteamet ikke fandt særlig tvivl herom baseret på markedsundersøgelse II og andre relevante oplysninger. MØK var umiddelbart enig i caseteamets markedsafgrænsning. På den baggrund blev STG skriftligt orienteret om de foreløbige resultater af markedsundersøgelse II med mulighed for et opfølgende STG-møde. Markedsafgrænsningen blev herefter skrevet færdig og godkendt i forbindelse med peer review i 2019Q3.
- KPM blev sendt i ekstern høring hos Godik i 2019Q3.

Godik anvendte på afgørelsestidspunktet fortsat det omhandlende vilkår om eksklusivitet, men det er uklart præcist i hvilket omfang.

Der har løbende været interesse fra markedet, herunder særligt fra kunder, der har deltaget i styrelsens markedsundersøgelser. Klager har af flere omgange orienteret styrelsen om, at markedet har ventet spændt på udfaldet af styrelsens undersøgelser. Caseteamet har generelt haft en god dialog med involverede interessenter (Godik, kunder og konkurrenter).

Afgørelsen er hovedsageligt blevet mødt med positive reaktioner fra markedet, særligt fra en række af Godiks kunder. Godik har over for pressen erklæret sig uforstående over for rådets afgørelse og kritiseret styrelsen for tidligere har undersøgt Godiks leveringsaftaler uden at orientere Godik yderligere. Der har dog ikke været berettiget kritik af styrelsen sagsbehandling.

Fremdrift

Fra projektbeskrivelsen var på DIR-møde, til rådet traf afgørelse, er der gået 2 år.

Der har været flere store udskiftninger i caseteamet, herunder på centrale poster (projektleder og projektejer), ligesom caseteamet har bestået af flere medarbejdere, der ikke havde tidligere erfaring med at føre rådssager. Dette har på visse tidspunkter i processen udfordret den optimale fremgang i projektet.

Styrelsen har ikke tidligere behandlet sager vedrørende markeder med samme karakteristika. Caseteamet havde af den grund begrænset viden om det konkrete marked, da sagen påbegyndtes. Dette resulterede også i, at styrelsen fandt det nødvendigt at foretage to relativt omfattende markedsundersøgelser.

I forbindelse med markedsundersøgelserne var det desuden vanskeligt at indhente oplysninger, bl.a. fordi mange events er drevet af frivillige, som havde svært ved at levere de nødvendige oplysninger. Dette har caseteamet søgt håndteret gennem løbende dialog med de aktører, som det var relevant at indhente oplysninger fra.

Det bemærkes videre, at klagen oprindeligt havde et bredt sigte og omhandlede ”materiel til events” samlet, da Godiks eksklusivitetsforpligtelser ikke var begrænset til at omfatte mobile toiletter. Efter markedsundersøgelse II, der førte til afgrænsningen af et marked for mobile toiletter til events, undersøgte caseteamet derfor, hvorvidt en anden juridisk tilskæring af sagen, gjorde det muligt at inddrage Godiks eventuelle misbrug på andre mulige markeder.

Sagens udfordringer blevet løst hen af vejen, og der har generelt været en god fremdrift i sagen. Trods ovenstående har sagsbehandlingstiden ikke været længere end først antaget.

	<p>Slutteligt kan det nævnes, at caseteamet i forbindelse med udarbejdelsen af KPM så vidt muligt har arbejdet med højintensive perioder. Det fungerede rigtig godt og sikrede, at caseteamet havde mulighed for at arbejde koncentreret med sagen.</p>
Ressourcer	<p>Der blev oprindeligt godkendt et estimeret ressourceforbrug på 2.400 timer. Der blev herefter godkendt yderligere 250 timer til gennemførelse af markedsundersøgelse II.</p> <p>På høringsmødet den 23. august 2019, hvor caseteamet havde brugt 2.941 timer, blev der godkendt et yderligere ressourceforbrug på 1.000 timer, således at der i alt var godkendt omkring 4.000 timer til sagen.</p> <p>Ved sagens afslutning er der i alt brugt 4.749 timer. Ressourceforbruget er således overskredet med 808 timer.</p> <p>Det bemærkes dog, at ovenstående timeantal ved en fejl omfatter noget af den tid, der skulle være registeret på aktindsigt. Derudover omfatter timeforbruget også den tid, der blev brugt på udarbejdelse af de to omfattende notater til rådet vedr. sagens mulige oversendelse til SØIK, hvilket ikke relaterede sig til udarbejdelsen af selve rådsafgørelsen.</p>
Erfaringer til udbredelse i styrelsen	<p>Forvaltningsret/§ 15-afvisning: Et særlig vigtigt læringspunkt fra Godikssagen relaterer sig til forvaltningsretlige overvejelser, jf. punktet om sagens mulige oversendelse til SØIK i afsnittet om væsentlige problemer ovenfor. I sager (også undersøgelsessager), hvor styrelsen indhenter oplysninger fra en indklaget virksomhed, er det således vigtigt, at styrelsen (kort) vejleder den indklagede om, hvad der har givet anledning til undersøgelserne (hvilke betænkeligheder vi umiddelbart har), og/eller – i tilfælde af at sagen lukkes – lader indklagede vide, at styrelsen ikke har taget stilling til den omhandlende adfærd, og at styrelsen kan åbne en sag igen på et senere tidspunkt.</p> <p>Ny praksis: Første sag efter Intel om eksklusivitetsforpligtelse (og ikke eksklusivitetsrabat).</p> <p>Beslutningslog: Processen har været præget af mange overvejelser og beslutninger ift. sagens tilskæring. Samtidig har der været flere udskiftninger på centrale poster i</p>

caseteamet. Det havde været hensigtsmæssigt, hvis centrale overvejelser og beslutninger fra det til enhver tid siddende caseteam i højere grad var blevet nedskrevet. Dette kunne have været en stor hjælp for det siddende caseteam ift. at huske og forstå de beslutninger, der havde ligget til grund for sagens tilskæring. Nedskrivningen kunne fx have været i beslutningsloggen, der er tilknyttet projektbeskrivelsen.

Ingen advokat el.lign.: Godik var under sagens behandling ikke repræsenteret ved en advokat. Caseteamet har haft gode erfaringer med løbende at kontakte Godik telefonisk for at uddybe, hvad de forskellige trin i sagsbehandlingen indebærer. På denne måde blev det sikret, at Godik blev vejledt i tilstrækkeligt omfang under sagens behandling, og at det ikke havde betydning for sagens fremdrift, at Godik valgte ikke at søge ekstern rådgivning.

Det bemærkes i den sammenhæng, at caseteamet bør være forberedt på at skulle anvende ressourcer på efterfølgende vejledning ift. opfyldelse af påbud, når der – som i denne sag – er tale om et påbud, der ikke alene påbyder parten at ophøre med en adfærd, men også kræver, at parten foretager ændringer i sine aftalevilkår. Selvom Godik til brug for dette søgte rådgivning hos en advokat, havde caseteamet en omfattende dialog med Godiks advokat og Godik over en længere periode, før påbuddene kunne anses for opfyldt.

Opfølgingsplan

Det er ikke fundet nødvendigt med en opfølgingsplan. Det skyldes, at Godik nu har dokumenteret sin opfyldelse af rådets påbud i sagen.