

NOTAT

Dato: 28. august 2023

Sag: DIPS-21/05588

Sagsbehandler: /mc/omk

Rådssag om: Konkurrencebegrænsende vedtagelser i Ønskebørn-kæden

KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Indstilling	Projektet er afsluttet og slettet fra porteføljen.
Erfaringer (punktform)	<ul style="list-style-type: none">• Når en part ikke er repræsenteret ved fx en advokat kan det være hensigtsmæssigt med løbende vejledning af egen drift, for at sikre sagens fremdrift og opfyldelse af vejledningspligt.• Ved behandlingen af ”nye problemstillinger” – i denne sag et juridisk spørgsmål om hvordan der evt. kunne tages hensyn til en sammenslutnings manglende betalingssevne – kan det at hensyn til resourceforbruget være hensigtsmæssigt, at udpege én sagsbehandler fra KEP og én fra case teamet, som i fællesskab behandler spørgsmålet.• DIPS har til sagen lavet et værktøj til at undersøge geografisk markedsafgrænsning på baggrund af afstand og køretid mellem adresser.• I sager med adfærd, der evt. kan udgøre én samlet og vedvarende overtrædelse, er det alene relevant at medtage en nærmere analyse heraf i KPM og afgørelse, hvis det har betydning for beregningen af en mulig bøde.
Resumé af rådssagen	<p>Sagen vedrører priskoordinering i Ønskebørn-kæden, som er en landsdækkende frivillig kæde, der forhandler baby- og børneprodukter.</p> <p>Kæden består af en række selvstændige virksomheder. Samarbejdet i kæden er organiseret gennem kædeselskabet ØnskeBørn A/S (Ønskebørn). Ønskebørn fungerer blandt andet som indkøbsforening for medlemmerne. Det er kædeselskabet Ønskebørn, der er inddraget som part i sagen.</p> <p>Styrelsen vurderer, at det relevante marked i denne sag umiddelbart kan afgrænses til det danske detailmarked for baby- og børneprodukter. Styrelsen har ikke foretaget en endelig</p>

KFST – Uafhængig konkurrencemyndighed

afgrænsning af markedet, da det i denne sag ikke er nødvendigt for sagens udfald.

Sagens materiale viser, at Ønskebørn og dermed de virksomheder, som er eller har været medlem af Ønskebørn-kæden, har vedtaget at koordinere priser, herunder markedsføring af priser, i forbindelse med salg og markedsføring af de kategorier af baby- og børneprodukter, som i kæden betegnes "egne varer" og "eksklusivitetsvarer". Denne koordinering er sket gennem udmeldinger fra kædekontoret til kædens medlemmer i hvert fald i perioden fra 6. oktober 2016 til 21. november 2018.

Sagens materiale viser, at det samme er sket i forbindelse med to udmeldinger fra kædekontoret til kædens medlemmer hhv. den 6. april og den 7. maj 2020, der vedrører koordinering af priser i forbindelse med salg og markedsføring af den kategori af baby- og børneprodukter, som i sagen betegnes "andre varer".

Det er styrelsens vurdering, at udmeldingerne var udtryk for kædens holdning, og at de var egnede til at ensrette og koordinere medlemmernes adfærd, idet medlemmerne ikke kunne undgå at blive påvirkede af de udmeldinger, som de modtog fra kædekontoret.

Det er styrelsens vurdering, at adfærden derfor udgør tre vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder, som udgør formålsovertrædelser og som er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101, stk. 1.

Endelig er det styrelsens vurdering, at adfærden er ikke omfattet af en gruppefritagelse og at Ønskebørn ikke har dokumenteret, at vedtagelserne opfylder betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Væsentligste problemer

De væsentligste problemer i forbindelse med behandlingen af sagen har været, at Ønskebørn ikke fik rådgivning fra en advokat i forbindelse med kontrolundersøgelsen, de efterfølgende indsigelser, modtagelse af MOB og afholdelse af MOB-møde.

KPM'en var således under udarbejdelse og Ønskebørn havde svaret på diverse spørgsmål, indsendt oplysninger m.v. inden

	<p>de modtog rådgivning fra en advokat. Det betød, at case teamet i denne periode af sagens behandling måtte have ekstra fokus på, at sagens part blev vejledt tilstrækkeligt om sagens proces m.v.</p> <p>Efter Ønskebørn modtog rådgivning fra en advokat har de væsentligste problemer været, at sagen har skiftet karakter flere gange. Fra mulig bødevedtagelse, til drøftelser om manglende betalingsevne i en sammenslutning af virksomheder (en ny problemstilling for styrelsen efter implementeringen af ECN+), spørgsmål om out-of scope¹ og herefter tilbage til KPM og efterfølgende afgørelse.</p>
Succes-kriterier og leverancer	<p>Projektet er leveret som aftalt i takt med de reviderede planer, der blev lagt, når sagen skiftede karakter jf. ovenfor om de væsentligste problemer og nedenfor om ressourcer og erfaringer.</p>
Fremdrift	<p>Der har været den nødvendige fremdrift i sagen i lyset af sagens skriftende karakter.</p> <p>Sagen blev oprindeligt planlagt afsluttet i Q2 2022. Rådet traf afgørelse i sagen i marts 2023. Det skyldes overordnet, at</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ønskebørn i november 2021 meddelte, at de ønskede at afslutte sagen ved at vedtage en bøde, 2. i marts 2022 meddelte Ønskebørn, at de ønskede at af søge mulighederne for en nedsættelse af den mulige bøde pga. manglende betalingsevne og 3. i maj 2022 anlagde Ønskebørn retssagen om out-of-scope. I den forbindelse blev udarbejdelsen af en KPM genoptaget.
Ressourcer	<p>Der blev oprindeligt afsat 2.500 timer til projektet (DIPS, KEP og MØK). Det faktiske timeforbrug er knap 4.000 timer. Dette vurderes rimeligt, bl.a. på grund af at</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. sagen som beskrevet har skiftet karakter flere gange undervejs og der fx er anvendt timer på, at undersøge en for styrelsen ny problemstilling om manglende betalingsevne indenfor en sammenslutning af virksomheder. 2. der har været flere udskiftninger i case teamet som følge af opsigelser og omfordeling af opgaver.

¹ Dvs. spørgsmålet om, hvorvidt det materiale, der blev indsamlet på kontrolundersøgelsen hos Ønskebørn, ligger inden for genstanden og formålet med kontrolundersøgelsen.

Erfaringer til udbredelse i styrelsen

Vejledning, hvis parten ikke modtager ekstern rådgivning fra advokat e.lign.

Ønskebørn var under en del af sagens behandling ikke repræsenteret ved en advokat. Dette har stillet højere krav til, at case teamet løbende sikrede, at Ønskebørn blev vejledt tilstrækkeligt om sagens proces og mulighederne for sagens forløb.

Case teamet har haft gode erfaringer med af egen drift at kontakte Ønskebørn telefonisk, når der fx blev sendt MOB eller spørgsmål til Ønskebørn. Dette for at sikre, at evt. uklarheder/tvivl kunne afklares hurtigt og for at gøre det tydeligt for Ønskebørn, at styrelsen ønskede en god dialog.

Fælles notat om evt. hensyn til manglende betalingsevne (KEP og DIPS)

Der blev i sagen, på baggrund af Ønskebørns oplysninger om deres manglende betalingsevne, bl.a. udarbejdet et internt notat om evt. hensyn til manglende betalingsevne ved fastsættelsen af en bøde til en sammenslutning af virksomheder.

Der er gode erfaringer med, at notatet blev udarbejdet i samarbejde mellem KEP og DIPS, hvor KEP havde særligt fokus på teorien, mens DIPS havde særligt fokus på det konkrete faktum.

Notatet konkluderer, at der i en sag som Ønskebørn-sagen – hvor det alene er kædeselskabet, der er inddraget som part, men hvor en mulig bøde beregnes på baggrund af den samlede kædes omsætning – kan tages hensyn til manglende betalingsevne, hvis sammenslutningen dokumenterer, at de virksomheder, som hæfter for bøden, samlet set ikke kan betale den beregnede bøde.

Geografisk afgrænsning - Værktøj til isokroner

Det er under sagens behandling blevet drøftet, hvorvidt medlemmerne af Ønskebørn var aktuelle konkurrenter, alt efter hvordan det geografiske marked skulle afgrænses.

Det blev i sagen fastslået i overensstemmelse med praksis, hvad der var rimelige afgrænsninger af det geografiske marked, og i forbindelse med peer review og Ønskebørns høringssvar grundigt analyseret for alle de respektive ejere og deres respektive butikker i løbet af den for sagen relevante periode, hvorvidt butikkerne var konkurrenter baseret på køretid og afstand ud fra de rimelige afgrænsninger af det geografiske marked.

Dette blev gjort ved hjælp af Python, hvori der er lavet en notebook, der ud fra et excel-ark med adresser, kan geokode disse, beregne isokroner baseret på køretid mm. samt illustrere disse på et kort med evt. farvekoder for fx ejerskab.

Værktøjet er gratis og kan rimelig let justeres til anvendelse i andre sager. Værktøjet er blevet anvendt efterfølgende i en fusionssag også.

Hvis man er interesseret i at høre mere eller anvende værktøjet, kan man tage fat i Oliver Kobæk eller Melissa Avilla (DIPS).

Overtrædelsens varighed - af hensyn til bødeberegningen
Sagens faktum om tre vedtagelser indenfor for Ønskebørnkæden gjorde det nødvendigt, at undersøge om adfærden kunne kategoriseres som ”en samlet og vedvarende overtrædelse” af hensyn til at fastlægge varigheden, der indgår i bødeberegningen.

Da det er styrelsens vurdering, at adfærden ikke udgør en samlet og vedvarende overtrædelse, er dette – på baggrund af KEPs peer review – ikke behandlet nærmere i sagen.

Det betyder omvendt, at hvis det var blevet vurderet, at ville have betydning for bødeberegningen, ville der have været medtaget en analyse af dette i både KPM og afgørelse.

Formidlingen af ovenstående erfaringer sker på førstkomende konkurrencemøde ved OMK og MC.

Opfølgingsplan

Der er ikke planlagt opfølgning i forhold sagen, som afventer Sø- og Handelsretten i forhold til

1. retssagen om out-of-scope og
2. ankesagen.