2000-05-16: Danske Energiselskabers Forening på vegne af Andelsselskabet Nordthy Strømforsyning ctr. Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 16. maj 2000 i sag 99-112.113

Danske Energiselskabers Forening på vegne
Andelsselskabet Nordthy Strømforsyning, Thisted
(kontorchef Ib Gunnar Larsen)

mod

Konkurrencerådet
(kontorchef Bo Kragelund)

1.

Danske Energiselskabers Forening (tidligere Danske Elværkers Forening) har ved skrivelser af 21. juni og 19. august 1999 på vegne Andelsselskabet Nordthy Strømforsyning indbragt en af Konkurrencerådet den 26. maj 1999 truffet afgørelse, hvorved Rådet meddelte Nordthy Strømforsyning påbud i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, om inden den 1. januar 2000 at ophæve bestemmelsen i selskabets vedtægters § 3, stk. 1, om automatisk andelshaverstatus, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, 1. pkt.

Klager har principalt påstået sagen afvist fra Konkurrencerådet, subsidiært afgørelsen ophævet.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Konkurrenceankenævnet har ved beslutning af 30. september 1999 tillagt klagen opsættende virkning, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 4.

Sagen har været mundtligt forhandlet.

2.

Det hedder i Konkurrencerådets afgørelse af 26. maj 1999 bl.a.:

"Automatisk andelshaverstatus i energiandelsselskaber

1. Resumé

En række energiandelsselskaber har til Konkurrencestyrelsen anmeldt vedtægter, der blandt andet indeholder bestemmelse om automatisk andelshaverstatus.

Det drejer sig om:

A. Andelsselskabet Nordthy Strømforsyning, der den 26. juni 1998 har ansøgt om erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 9 samt fritagelse i medfør af samme §.

. . .

Værkernes vedtægter indeholder bestemmelser, som bevirker, at den forbruger, der ønsker at aftage energi - det være sig elektricitet eller varme - automatisk bliver andelshaver i selskabet.

Det medfører såvel forpligtelser som rettigheder at være andelshaver i et af selskaberne, men under alle omstændigheder indebærer en aktuel andelshaverstatus, at andre energileverandører får vanskeligere ved at afsætte deres produkter - for fjernvarme eksempelvis gas, oliefyr eller anden form for opvarmning - til energiforbrugerne, og for elektricitetens vedkommende en anden sælger af elektricitet i forbindelse med at flere og flere kunder får mulighed herfor ved den liberaliseringsproces, der er startet på elmarkedet.

Bestemmelserne i vedtægterne, der indebærer automatisk andelshaverstatus i forbindelse med aftale mellem værket og forbrugeren om energileverance indeholder således en konkurrencebegrænsning i henhold til konkurrencelovens § 6.

Endvidere udnytter selskaberne - i det omfang selskaberne automatisk etablerer andelshaverstatus - tillige deres monopolstilling i strid med bestemmelserne i lovens § 11 om misbrug af dominerende stilling.

. . .

2. Afgørelse

1. Det meddeles Andelsselskabet Nordthy Strømforsyning **. . .** at Konkurrencerådet ikke finder grundlag for at afgive erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 9 og 11, stk. 4 eller meddele fritagelse i medfør af lovens § 8, stk. 1.
2. Der meddeles selskaberne påbud i medfør af konkurrencelovens § 6. stk. 4 om inden den 1. januar 2000 at ophæve vedtægtsbestemmelserne om automatisk andelshaverstatus, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, pkt.1).

3. Sagsfremstilling

. . .

A. Andelsselskabet Nordthy Strømforsyning . . .:

Vedtægternes § 3, stk.1 **. . .** har følgende ordlyd:

"Enhver, der får leveret elektricitet inden for selskabets forsyningsområde, og som opfylder de i selskabets leveringsbestemmelser fastsatte vilkår, optages som andelshaver.

Selskabet er dog berettiget til i særlige tilfælde at levere elektricitet til "ikke andelshavere" til priser og på vilkår, der fastsættes af bestyrelsen.

En udtrædende andelshaver har ikke krav på nogen del af selskabets formue."

. . .

4. Begrundelse

. . .

4.1 Konkurrencelovens § 2, stk. 2 om direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering

Konkurrencelovens § 2, stk. 2 fastslår, at reglerne i lovens kapitel 2 og 3 ikke gælder, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

Der stilles ikke i medfør af elforsyningsloven eller varmeforsyningsloven krav med hensyn til, hvorledes en forsyningsvirksomhed organisatorisk skal opbygges, og der stilles således heller ikke krav om, at en forsyningsvirksomhed skal organiseret som et andelsselskab.

En lang række forsyningsvirksomheder er da også organiseret på anden vis, eller er kommunalt drevne.

Ingen af selskaberne har da heller påberåbt sig Konkurrencelovens § 2, stk. 2.

Konkurrencelovens §2, stk. 2 kan således ikke finde anvendelse.

. . . "

3. Sagens baggrund

Klager har i klageskriftet af 19. august 1999 bl.a. oplyst:

" Det skal bemærkes, at An/S Nordthy Strømforsyning i dag alene er et netselskab og ikke er leverandør af elektricitet. Elektriciteten leveres af Nordthy Energi A/S.

Pr. 1. oktober 1998 blev det "gamle" An/S Nordthy Strømforsyning alene et netselskab, der således, som forudsat i den ny elforsyningslov udøver sin virksomhed som monopol. Et datterselskab Nordthy Energi A/S er pr. 1 oktober 1998 forsyningsselskabet, der leverer elektricitet til forbrugerne. Ændringerne er anmeldt til Elprisudvalget.

Alle forbrugere er kunder og andelshavere hos netselskabet. Forbrugere, der ikke har adgang til at vælge leverandør er kunder hos Nordthy Energi A/S.

Uanset alle forbrugere efterhånden får mulighed for frit at vælge elleverandør vil forbrugerne fortsat være forbrugere i netselskabet og dermed andelshavere i monopolvirksomheden An/S Nordthy Strømforsyning.

Tilsvarende vil forbrugerne i de øvrige elselskaber, der vælger at fortsætte netvirksomheden i andelsselskabsform være andelshavere i disse."

4. Klagers argumentation

Til støtte for afvisningspåstanden har klager anført, at det forhold, som Konkurrencerådet har truffet afgørelse om, på afgørelsestidspunktet var omfattet af den dagældende elforsyningslov, jf. navnlig dens § 10, stk. 4 og 7, og Elprisudvalgets kompetence og derfor ikke omfattet af konkurrenceloven og Konkurrencerådets kompetence, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2. Elprisudvalget har da også truffet afgørelse i lignende sager. Det hedder således i en afgørelse af 16. marts 1981 vedrørende An/S Nordsjællands Elektricitetsværk bl.a.:

"Ved skrivelse af 12. marts 1981 har De henvendt Dem til monopoltilsynet i anledning af, at An/s Nordvestsjællands Elektricitetsværk (NVE) har forlangt, at De indtræder som andelshaver i selskabet som betingelse for levering af el.

Til Deres orientering kan oplyses, at der i henhold til lov nr. 54 af 25. februar 1976 om elforsyning er nedsat et Elprisudvalg, hvortil ændringer i priser og andre betingelser skal anmeldes. Monopoltilsynets direktorat fungerer som sekretariat for udvalget

Under dette udvalgs arbejdsopgaver henhører bl.a. at vurdere, om de af elforsyningsvirksomhederne anvendte leveringsbetingelser er urimelige.

Elprisudvalget har tidligere taget stilling til det rejste spørgsmål. Det blev dengang afgjort, at NVE's krav om indtræden som andelshaver i selskabet som betingelse for levering af el til ejere af fast ejendom ikke kan anses for en urimelig betingelse i henhold til elforsyningslovens § 10, stk. 4. . . .".

5. Konkurrencerådets argumentation

Konkurrencerådet har om kompetencespørgsmålet anført, at afgørelsen er baseret på den forståelse af den dagældende elforsyningslov, at Elprisudvalget alene kunne afgøre, om den foreliggende vedtægtsbestemmelse opfyldte rimelighedskriteriet i loven § 10, stk. 4, i konkrete sager om leveringsforholdet mellem elselskabet og den enkelte forbruger – om de konkrete virkninger af bestemmelsen kunne betragtes som urimelige over for enkeltkunder – men ikke træffe afgørelse om bestemmelsen som sådan.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Parterne er enige om, at klagen skal afgøres efter de faktiske forhold på afgørelsestidspunktet og den dagældende elforsyningslov.

Den påklagede afgørelse er truffet forud for Ankenævnets afgørelse af 3. august 1999 i sag 98-195.223, NESA A/S ctr. Konkurrencerådet. I den sag udtalte ankenævnet følgende:

" Med vedtagelsen af lov nr. 54 af 25. februar 1976 om elforsyning blev den hidtidige konkurrencebegrænsnings- og priskontrol efter monopol- og prislovgivningen, som kun gjaldt for private elforsyningsvirksomheder, erstattet af elforsyningslovens bestemmelser om priser og leveringsbetingelser m.v. samt Elprisudvalget i elforsyningslovens §§ 9-12 gældende for alle elforsyningsvirksomheder – også de offentligt ejede. Der etableredes således et særligt monopoltilsyn for elsektoren, som skulle arbejde på grundlag af regler tilpasset denne sektor (jf. Monopoltilsynets Meddelelser 1978 s. 63 f). Priser og andre betingelser skulle fremover anmeldes til Elprisudvalget, som skulle give pålæg om ændring af urimelige priser eller betingelser. Anvendelsen af begrebet "urimelig" forudsattes at hvile på det tilsvarende begreb i monopollovens § 11 (jf. Monopoltilsynets Meddelelser 1978 s. 59).

Monopolloven og pris- og avanceloven blev ophævet ved 1989-konkurrenceloven, som nu er afløst af 1997-konkurrenceloven. Denne omfatter ifølge § 2, stk. 1, "enhver form for erhvervsvirksomhed" – dvs. også offentlig erhvervsvirksomhed (i bemærkningerne til lovforslaget nævnes som eksempel herpå området offentlige værker). Dog gælder reglerne i lovens kapitel 2 og 3 ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er "en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering", jf. § 2, stk. 2, 1. pkt.

Det er i forarbejderne til § 2, stk. 2, 1. pkt., anført, at bestemmelsen ikke undtager erhvervsvirksomheder, men alene konkrete konkurrencebegrænsninger (jf. Konkurrence-styrelsen: Den nye konkurrencelov med forarbejder s. 276).

Loven indeholder ikke en hjemmel for erhvervsministeren til at undtage særligt regulerede erhvervssektorer. En sådan hjemmel indgik som § 2, stk. 4, i Konkurrencelovsudvalgets lovudkast i betænkning nr. 1297/1995. Som begrundelse for en sådan hjemmel anførte udvalget (betænkningen side 391):

"Denne hjemmel er indsat for at skabe mulighed for at undtage helt specielle erhvervsområder fra lovforslagets anvendelsesområde. Under den gældende konkurrencelov har de særligt regulerede energisektorer (el-, gas- og varmeforsyning) være undtaget fra indgrebsbeføjelserne i konkurrenceloven.

Inden for disse sektorer er der en meget vidtgående regulering, som forener en række andre hensyn end konkurrencehensyn og samtidig fastsætter konkurrencebetingelserne og administrationen af reguleringerne på en sådan måde, at anvendelsen af konkurrenceloven vil være uhensigtsmæssig og give betydelige tvivlsspørgsmål ved fastlæggelsen af afgrænsningen mellem de specielle reguleringer og lovudkastets anvendelsesområde."

Om forholdet mellem konkurrenceloven og sektorspecifik konkurrenceregulerende lovgivning er det imidlertid i bemærkningerne til forslaget til konkurrenceloven anført, at det følger af "lex specialis"-princippet, at indgrebsmulighederne efter den sektorspecifikke lovgivning "består fortsat og vil skulle håndhæves af den pågældende resortmyndighed"(op.cit.s.41). Det hedder endvidere (op. cit. s. 42):

"Det må anses for hensigtsmæssigt, at Konkurrencerådet og de pågældende sektormyndigheder i forbindelse med eventuelle indgreb løbende koordinerer indsatsen med henblik på at undgå overlapning eller modstridende beslutninger.

Der kan således ikke opstå en retstilstand, hvor såvel Konkurrencerådet som en sektorspecifik myndighed har kompetence til at gribe ind over for det samme forhold.

Desuden bør den retstilstand, hvor hverken den sektorspecifikke myndighed eller Konkurrencerådet kan gribe ind, ikke kunne opstå."

Efter forholdet mellem konkurrencelovens ordlyd og forarbejder er det herefter et fortolkningsspørgsmål, om konkurrencelovens – generelle – strafsanktionerede forbudsregler skal afgrænses således over for elforsyningslovens regler om konkurrencebegrænsning, at de konkurrencebegrænsende forhold, som er omfattet af elforsyningslovens regler om kontrol og – individuelle – strafsanktionerende påbud, ikke kan anses for omfattet af konkurrencelovens kapitel 2 og 3. Konkurrencerådet har ikke ytret sig herom.

Der er heller ikke under sagen oplyst noget om en principiel stillingtagen til den forudsatte koordinering af Konkurrencerådets og Elprisudvalgets indsats, herunder den eventuelle betydning af Elprisudvalgets forudsatte særlige indsigt i elsektorens forhold. Det kan i øvrigt ikke antages, at en sådan myndighedskoordinering kan afgøre udstrækningen af konkurrencelovens forbudsregler, som er umiddelbart sanktioneret med ugyldighed og straf- og erstatningsansvar.

Ifølge begrundelsen for den påklagede afgørelse kan konkurrencelovens § 2, stk. 2, ikke bringes i anvendelse i relation til videresalgsvilkåret i NESAs leveringsbetingelser, da Elprisudvalget ikke generelt i medfør af elforsyningslovens § 10, stk. 4, kan tage stilling til et sådant leveringsvilkår, men kun i konkrete sager om leveringsforhold mellem elselskabet og den enkelte forbruger. Denne opfattelse har ikke støtte i bestemmelsens ordlyd eller forarbejder, og den er i modstrid med Elprisudvalgets afgørelse af 21. april 1997 vedrørende et tilsvarende vilkår i DEFs vejledende leveringsbestemmelser.

Ankenævnet finder det utvivlsomt, at Elprisudvalgets kompetence omfatter en stillingtagen til, om videresalgsvilkåret i NESAs leveringsbetingelser må anses for i sig selv at være urimeligt efter elforsyningslovens § 10, stk. 4.

Konkurrencerådets afgørelse indebærer således – hvis Konkurrencerådet antages at have haft kompetence til at træffe den, hvilket beror på, hvorledes det foran nævnte fortolkningsspørgsmål skal besvares – at såvel Konkurrencerådet som Elprisudvalget har kompetence til at gribe ind over for det samme forhold - en retstilstand, som ifølge forarbejderne til konkurrenceloven ikke kan opstå.

Ankenævnet finder det rigtigst, at Konkurrencerådet får lejlighed til at ytre sig om det foran nævnte fortolkningsproblem, inden Ankenævnet tager stilling til, om Konkurrencerådet har haft den fornødne kompetence. Herefter – og da den påklagede afgørelse bygger på en forkert forståelse af elforsyningsloven, som efter afgørelsens begrundelse har været afgørende for, at Konkurrencerådet har anset sig for kompetent – ophæver Ankenævnet afgørelsen og hjemviser sagen."

Hvad der i denne afgørelse er anført om videresalgsvilkåret i NESA's leveringsbetingelser gælder tilsvarende om Nordthy Strømforsynings vedtægtsvilkår om andelshaverstatus. Af de grunde, der er anført i den citerede kendelse, ophæver Ankenævnet derfor den påklagede afgørelse og hjemviser sagen.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 26. maj 1999 ophæves, og sagen hjemvises.

Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Ole Jess Olsen Jens Fejø

Børge Dahl«