

KENDELSE

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 13. juli 2017 i sag nr. KL-4-2016, KL-5-2016, KL-6-2016 og KL-7-2016

HMN Naturgas I/S
(advokat Frederik André Bork),

Gastech-Energi A/S
(advokat Gitte Holtsø),

Kiertner ApS
(advokat Henrik Holtse)

og

Debra Energibranchen
(advokat Henrik Holtse)

mod

Konkurrencerådet
(specialkonsulent Lise Kjærup-Heide)

Resume af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 30. november 2016 truffet afgørelse i en sag, der angår, om HMN Naturgas I/S (HMN), Gastech-Energi A/S (Gastech) og Kiertner ApS (Kiertner) sammen med brancheforeningen Debra Energibranchen (Debra) i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om koordinering af abonnementspriser på service af naturgasfyldte.

HMN, Gastech, Kiertner og Debra har indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

Påstande

HMN, Gastech, Kiertner og Debra har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016 ophæves, subsidiært at Konkurrencerådets afgørelse hjemvises til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen stadfæstes.

Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet traf den 30. november 2016 følgende afgørelse:

”25. Det meddeles HMN Naturgas I/S, DEBRA – Energibranchen, Gastech-Energi A/S og Kiertner ApS, at virksomhederne har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, ved:

- At have indgået en horisontal aftale og/eller samordnet praksis om koordinering af HMN's, Gastechs og Kiertners abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere.

26. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, påbyder Konkurrencerådet HMN Naturgas I/S, DEBRA – Energibranchen, Gastech-Energi A/S og Kiertner ApS:

- straks at bringe den i punkt 25 nævnte overtrædelse til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket,
- fremover at afstå fra aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 25 ovenfor.

27. HMN Naturgas I/S påbydes endvidere i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1,:

- at informere samtlige andre af virksomhedens servicepartnere (underleverandører) end Gastech-Energi A/S og Kiertner ApS om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse, og
- senest 2 uger fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for at have underrettet servicepartnere om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse.

28. DEBRA – Energibranchen påbydes endvidere i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1,:

- at informere samtlige andre af foreningens medlemmer om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse, og
- senest 2 uger fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for at have underrettet medlemmerne om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse.

...

4.5 Begrundelse for påbud

556. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det er nødvendigt at udstede påbud til HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør, for så vidt dette ikke allerede er sket, samt for at sikre en effektiv virkning af afgørelsen.

557. Det er endvidere nødvendigt for samtlige af HMN's servicepartnere at blive informeret om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse, idet den i pkt. 25 nævnte overtrædelse er foretaget mellem HMN og forhandlingsrepræsentanterne på vegne af en række af HMN's servicepartnere. Da HMN's underleverandørkontrakt er en standardkontrakt mellem HMN og den enkelte servicepartner, berøres hver af HMN's servicepartnere af den ulovlige koordinering.

558. Det er endvidere nødvendigt for DEBRA's medlemmer at blive informeret om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse. I denne sag har styrelsen som udgangspunkt valgt ikke at inddrage DEBRA's enkelte medlemmer – ud over Gastech og Kiertner – som parter i sagen. Styrelsen vurderer dog, at idet en brancheforening udgør et samarbejde mellem virksomheder, kan medlemmerne også holdes ansvarlige for det, som en brancheforening gør på vegne af medlemmerne, der er derfor et særskilt behov for, at DEBRA's medlemmer informeres om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse.

559. Det er styrelsens vurdering, at påbuddene ikke går videre end, hvad der er nødvendigt, henset til overtrædelsens karakter.

4.6 Samlet konklusion

560. På baggrund af ovenstående er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at:

- det relevante marked kan afgrænses til gasfyrsservice i et område svarende til HMN's distributionsområde. Styrelsen har dog i denne sag ikke foretaget en endelig afgrænsning af det relevante marked, da det i denne sag ikke er nødvendigt for vurderingen af sagen.
- HMN's, DEBRA's, Gastechs og Kiertners adfærd kan ikke påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart,
- HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner opfylder virksomhedsbegrebet,
- der foreligger en aftale og/eller samordnet praksis mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner om koordinering af abonnementspriser for service af naturgasfyrt til slutbrugere,
- aftalen og/eller den samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen på markedet for gasfyrsservice,

- aftalen og/eller den samordnede praksis, om koordinering af abonnementspriser for service af naturgasfyr til slutbrugere, udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3.
- aftalen og/eller den samordnede praksis ikke opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, og
- det er nødvendigt at udstede påbud til parterne for at bringe overtrædelsen til ophør, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1.”

Sagens faktiske omstændigheder

HMN er et kommunalt ejet naturgasselskab, som blandt andet tilbyder ejere af naturgasfyr serviceabonnementsordninger, som indebærer, at der foretages servicetjek med faste intervaller. Herudover er der mulighed for at tilkalde en reparatør ved akut behov.

HMN har ikke egne ansatte til at udføre service på naturgasfyr og anvender underleverandører i form af selvstændige VVS-virksomheder til at udføre service. Disse underleverandører betegnes som ”servicepartnere”. Servicepartnere udbyder også selv abonnementsordninger med service til naturgasfyr. Både Gastech og Kiertner er sådanne servicepartnere. Debra er en interesseorganisation for leverandør- og servicevirksomheder inden for udstyrs- og servicemarkedet for olie-, gas- og biobrændselsbaserede energianlæg, samt varmepumper og solceller.

I 2013 og foråret 2014 var der en række møder og korrespondance mellem HMN på den ene side og blandt andet [REDACTED], der er administrerende direktør i Gastech, og som var bestyrelsesformand i Debra på dette tidspunkt, og [REDACTED], som er teknisk ansvarlig i Kiertner og formand for Debras branchegruppe gasservice, på den anden side. Emnet for møderne og korrespondancen var indholdet af en principaftale, som skulle danne grundlag for en ny standardunderleverandørkontrakt.

Den 7. februar 2013 fremsendte HMN et inspirationsdokument til bl.a. [REDACTED] (Debra/Gastech), [REDACTED] (Debra/Kiertner) og [REDACTED], der var sekretariatschef i Debra. Det fremgår af dokumentet blandt andet:

"4. Reservedelspriserne er alt for høje og ensartede. Det tilkendegiver alle i gasbranchen, - det er vi enige i og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kigger os over skulderen p.t.? Her skal vi have indarbejdet nogle velfungerende konkurrence- og markedsvilkår, - det gælder også i grossistledet.

...

Målet er at ændre på modellen med at alt prissættes efter en model hvor Electro – Energy alene sætter udgangspunktet. Der skal eftersøges en model som bidrager til lave priser i forhold til i dag, som også slår igennem hos de enkelte forbrugere, - men den ultimative gode ide er ikke dukket op endnu. Alle ideer er velkomne.

...

5. Avanceaftaler er ikke smart og moderne jf. ovenstående – der skal vi finde en mere fleksibel og acceptabel model hvor vi indretter systemet, så der opnås konkurrence- og markedsvilkår som understøtter at vi er forbrugernes selskab...."

Af mail af 21. februar 2013 fra HMN til [REDACTED] (Debra/Kiertner) fremgår det, at:

" ...

Der er ikke aftalte priser med HMN i forhold til jeres privatkunder, det vil være ulovligt i forhold til konkurrencestyrelsen.

..."

Den 8. marts 2013 blev der afholdt et møde mellem en række medarbejdere fra HMN og [REDACTED] [REDACTED] (Debra/Gastech), [REDACTED] (Debra/Kiertner) og [REDACTED] (Debra). I mødereferatet er anført blandt andet:

"Serviceabonnementspriser:

HMN ønsker at fastholde de nuværende priser overfor kunderne. Der er ingen forventninger om, at priserne stiger og der er ingen eksterne aktiviteter som understøtter at priserne skal stige – tværtimod er markedet under pres.

HMN har undersøgt markedet mht. serviceabonnementspriser. HMN har undersøgt markedspriserne i øst [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Det fremgår af HMN's arbejdsdokument af 19. november 2013 blandt andet, at:

”Særlige udfordringer lige nu

1. Alle servicepartnere som er medlem af DEBRA er i højeste alarmberedskab [REDACTED] for at ændringer i prisstrukturer kun accepteres for så vidt indtjeningen i den enkelte servicevirksomhed ikke forringes

...

Forhandlingsstrategi og tilhørende usikkerheder

- ...
- Servicepartnere vil blive glade hvis HMN vil overveje at træde ud af serviceabonnementsordningen, - de vil gerne håndtere det marked for dem selv. ...

Diverse:

Det kan have store økonomiske konsekvenser for de danske virksomheder som tilbyder private (egne) serviceordninger i dag, hvis HMN justerer væsentligt på indtjeningen (avancer) på reservedele uden at kompensere andre steder.”

I HMN's referat af strategimøde den 18. februar 2014 er det anført blandt andet, at:

”16 Eventuelt. Kontakt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. [REDACTED] har undersøgt, vurderet og konkluderet at den ny kontrakt ikke behøver godkendelse via Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen argumenteret i følgende: Den ny kontrakt og tekstning er indenfor rammerne af det tidligere godkendte materiale fremsendt i 2010. Der ændres ikke i servicebetingelser overfor forbrugerne afledt af kontrakten. Det er fortsat tilladt at servicepartnere oppebærer en privat kundeportefølje. Der er ingen eksklusivaftaler, - alle som efterlever kvalitetskrav, etc. kan blive servicepartnere, - dette er en mere fleksibel ordning end tidligere. Forbrugerne har fortsat en meget kort opsigelsesvarsel (8 dage) og der afregnes pr. opsigelsesdag. Opsigelsesvarsel for servicepartnere ændres ikke, - det er ganske kort og ændres ikke i forhold til tidligere. Markedsandelen er [REDACTED] i forhold til styrelsens informationer jf. svarskrift og godkendelse af 2010. Hele modellen bliver mere fleksibel og kvaliteten skærpes til fordel for kunderne.”

Den 11. april 2014 fremsendte HMN et udspil til ændring af serviceordningen til Debra. Den 16. april 2014 sendte [REDACTED] (Gastech/Debra) en mail til [REDACTED] (Debra) og [REDACTED] (Kiertner/Debra) med et udkast til svar til HMN. Den 22. april 2014 fremsendte [REDACTED] svar til HMN i overensstemmelse med udkastet. Både [REDACTED] og [REDACTED] er cc på mailen. Af svaret fremgår blandt andet:

”Vi har nu haft møde med servicevirksomhederne på Sjælland, samtidig har vi fået tilbagemelding fra Jyderne. Jeres materiale er blevet præsenteret øst og vest og tilbagemeldingen er enslydende. Vi har vanskeligt ved at se at det er et oplæg, der er frem-

kommet af en forhandling. – men det er det vel egentlig heller ikke. [REDACTED]
[REDACTED], og HMN har stædigt holdt fast i deres udgangspunkt [REDACTED]
[REDACTED].

Servicepartnere melder samstemmende tilbage, at det udspil, der er kommet, ikke er interessant. [REDACTED]
[REDACTED] ...

Vi vil dog gerne være imødekomende i forhold til HMN og som alternativ til at holde de aftaler, der er indgået, har vi nedenstående forslag.

...

Derudover har vi følgende forudsætninger.

1. HMN's forbrugerpriser stiger på linie med kompensationsbeløbet. Dette er for at sikre at vi også kan hæve egne abonnementspriser. ..."

I en intern mail i HMN af 25. april 2014 hedder det blandt andet:

"Vedlagt udkast revideret udspil til servicepartnere. Jeg har aftalt et nyt forhandlingsmøde hos HMN i Søborg på tirsdag d. 29. april kl. 15.00, hvor forhandlingsdelegationerne fra både vest og øst deltager.

Udspillet følges nedenstående udkast til følgeskrivelse:

Vedlagt HMN Naturgas' forslag til en kompromisløsning af vores tidligere oplæg fremsendt den 11. april 2014 og DEBRA's/Forhandlingsudvalg Vest's forslag af 22. april 2014. ...

Med hensyn til øvrige forudsætninger nævnt i brevet af 22. april 2014:

Ad 1. Forhøjelse af betalingen for hovedeftersyn og udkald reflekteres i HMN Naturgas' abonnementspris"

HMN sendte efter forhandlingsmødet den 29. april 2014 principaftalen til [REDACTED]

(Gastech/Debra). I principaftalen hedder det blandt andet:

"Serviceordningen: Forhandlingsmøde 29. april 2014.

Der aftales følgende principper:

1. Omlægning af afregningsmodel

a. Reservedelsavancen reduceres til maksimalt [REDACTED] % i tillæg til engrosprisen for alle prisgrupper. De eksisterende prisgrupper udgår.

b. Reduktionen i reservedelsavancen kompenseres af følgende tillæg:

i. Hovedeftersyn [REDACTED] kr. pr. hovedeftersyn

ii. Udkald: ■ kr. årligt

...

6. Gennemslag i HMN's prissætning over for kunderne
 - a. Omlægning af afregningsmodellen reflekteres i HMN's priser på serviceabonnementer."

Samme dag videresendte ■ principaftalen til blandt andet ■ (Debra) og ■ (Kiertner/Debra). Af mailen fremgår:

"Hermed oplægget der i dag er aftalt med HMN. Jeg mener det ligger indenfor det vi har aftalt med servicevirksomhederne i øst og vest. Det helt væsentlige er at prisstigningen overfor servicepartnerne i abonnement og udkald vil blive afspejlet i kundepriserne. Det betyder at vi vil kunne hæve vores egne abonnementer uden at blive for dyre i forhold til HMN."

Efter afslutningen af forhandlingerne sendte ■ (Debra) den 16. juni 2014 en mail til ■ (Gastech/Debra) og ■ (sekretariatschef i Debra fra oktober 2014), hvoraf fremgår blandt andet:

"Det lykkedes os trods et noget provokerende udspil fra HMN at lande en fornuftig aftale for gasservicefirmaerne i HMN's serviceordning i øst og vest."

Parternes argumenter

HMN Naturgas I/S har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet anført navnlig, at Konkurrencerådet ikke har løftet bevisbyrden for, at HMN indgik en aftale og/eller har samordnet praksis om koordinering af abonnementspriser.

HMN er et kommunalt ejet selskab, der er sat i verden for at være "kundernes selskab", og selskabet driver serviceordningen som en "nulforretning". HMN har ikke selv medarbejdere med A-certifikat ansat, og selskabet er og var derfor afhængig af servicepartnerne for at tilbyde sine kunder en serviceordning.

Omlægningen af afregningsmodellen var motiveret af dels kundeklager over høje reservedelspriser, dels et konstateret reservedelsmisbrug i Østdanmark. Omlægningen omfattede både en reduktion af reservedelsavancen og en kompensation for hovedeftersyn/udkald. Det var den samlede omlægning,

som skulle reflekteres i HMN's priser til slutbrugerne. Omlægningen blev foretaget i slutbrugernes interesse og ikke for at koordinere abonnementspriserne. Det faktiske handlingsforløb førte til lavere abonnementspriser for kunderne end først foreslået, hvilket understøtter, at der ikke var en fælles forståelse om at koordinere priserne. Omlægningen skal vurderes som ét hele, og det giver ikke mening at adskille de to elementer i aftalen, som Konkurrencerådet har gjort. Slutbrugerne købte én samlet serviceydelse, hvor de ikke kunne fravælge et eller flere elementer, og konkurrencen udspillede sig om den samlede pris for serviceordningen, hvilket støttes af de af HMN modtagne kundeklager over prisen på reservedele.

Konkurrencerådet har ikke foretaget en tilstrækkelig individuel og konkret vurdering af, om aftalen kunne påvirke konkurrencen negativt, jf. EU-Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag nr. C-8/08, T-Mobile, ligesom Konkurrencerådet heller ikke har foretaget en tilstrækkelig vurdering af, om aftalen indeholdt et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke var nødvendigt at påvise faktiske indtrådte skadevirkninger, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2009 i sag nr. 2009-0018524, DTL mod Konkurrencerådet og kendelse af 26. november 2009 i sag nr. 2009-0018991, ITD mod Konkurrencerådet.

Ved at opdele aftalen i to har Konkurrencerådet ikke lagt vægt på, at aftalen samlet set fører til lavere priser for selskabets kunder. Adskillelsen har medført, at Konkurrencerådet reelt ikke har analyseret indholdet af aftalen, aftalens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgik.

Omlægningen af serviceordningen førte samlet set til lavere priser for HMN's kunder. Det medførte, at servicepartnernes egne serviceordninger også skulle blive billigere. At servicepartnerne isoleret set fik bedre mulighed for at hæve deres abonnementspriser ændrer ikke herpå, idet HMN's serviceordning samlet set lagde et større konkurrencepres på konkurrerende ordninger. Omlægningen skabte endvidere bedre transparens for slutbrugerne og mere konkurrence på "up-stream" markedet for indkøb af reservedele.

Omlægningen fjernede ikke nogen risiko i markedet. Principaftalen af 29. april 2014 indeholdt ikke nogen reel information om priserne ud over det abstrakte og økonomisk set forventelige, nemlig at de ændrede omkostninger ville slå igennem over for slutbrugerne på en af HMN nærmere fastlagt

måde. Principaftalen gjorde det derfor ikke muligt for servicepartnerne blot nogenlunde præcist at forudse eller få merindsigt i hvilke abonnementspriser, HMN fremover ville tage.

Såfremt Konkurrenceankenævnet måtte lægge til grund, at HMN indgik en konkurrencebegrænsende aftale, gøres det gældende, at principaftalen opfylder betingelserne for fritagelse efter konkurrencelovens § 8.

Debra Energibranchen har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet navnlig gjort gældende, at principaftalen ikke var en aftale om priser til slutbrugerne.

Der gælder generelt en uskyldsformodning i konkurrencesager, men i denne sag har Konkurrencerådet anvendt det omvendte princip, nemlig en formodning for skyld. Rådet har baseret sin afgørelse på enkelte tekstafsnit i to dokumenter i sagen; principaftalens pkt. 6 og den interne mail af 29. april 2014, og disse tekstafsnit er taget ud af deres sammenhæng. Tekstafsnittene skal læses i lyset af, at der var udbredt mistillid mellem parterne. Servicepartnerne kunne acceptere en væsentlig nedsættelse af deres vederlag, hvis det reflekteredes i HMN's pris til sine kunder, men ikke hvis det betød en stigning i HMN's avance.

Det var alene forhandlingssignaler, som skulle forstås på grundlag af den forhandlingssituation, parterne befandt sig i. Servicepartnerne ville undgå, at HMN pressede servicepartnernes vederlag ned, uden at det kom slutbrugerne til gode. Servicepartnerne ville således fastholde HMN på begrundelsen for at nedsætte vederlaget.

Der er intet forhold i parternes adfærd, der indikerer, at parterne havde indgået en aftale med et ulovligt formål eller en ulovlig følge.

Parterne har under hele forhandlingsforløbet været opmærksomme på konkurrencereglerne. Der var drøftelser med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor alle dokumenter, herunder principaftalen, frivilligt blev forelagt styrelsen. Efter samråd med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blev der ikke foretaget anmeldelse med henblik på at opnå en ikke-indgrebs-erklæring efter konkurrencelovens § 9.

Principaftalen kan ikke påvirke konkurrencen, idet slutbrugerne betaler en samlet pris, der omfatter både abonnement og reservedele. Det er den samlede pris, der har betydning for slutbrugerne, hvorfor prisen på abonnementet ikke er afgørende for konkurrencen. Ingen af parterne kunne derfor bruge en aftale om abonnementspriser til at indrette deres konkurrenceadfærd. Der er desuden væsentlig indholdsmæssig forskel på parternes abonnementsordninger, hvorfor de ikke er substituerbare.

Der er ikke ud fra principaftalens pkt. 6 nogen indikation af, om HMN's abonnementspris skulle stige eller i givet fald hvor meget. Der er heller ikke nogen indikation af HMN's samlede pris til slutbrugerne. Punktet er derfor i sig selv indholdsløst og udgør ikke en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.

Principaftalen svarer til underleverandøraftalerne i Konkurrencerådets afgørelse af 27. august 2003 i sag nr. 3/1120-0100-0895, DONG, hvor rådet ikke anså aftalerne som værende i strid med konkurrencelovens § 6.

Nærværende sag omfattede oprindeligt også servicepartnere fra Vestdanmark, men disse blev taget ud af sagen, da disse udelukkende servicerede HMN og ikke havde egne kunder. Det er ulogisk, at det samme forløb anses uproblematisk, hvis parterne afholder sig fra at konkurrere, mens det anses for at være i strid med konkurrencelovens § 6, hvis parterne konkurrerer om slutbrugerne ved siden af underleverandørforholdet.

Endelig henvises der til Vestre Landsrets 8. afdelings dom af 19. maj 2010, hvorefter en analyse efter konkurrenceloven ikke kan foretages på grundlag af et isoleret tekststed, men efter en samlet vurdering af den samlede kontekst.

Kiertner ApS har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet tilsluttet sig det af Debra anførte. Supplerende er det anført, at selskabet ikke er rette adressat for afgørelsen.

Debra er organiseret således, at der vælges nogle bestemte forhandlere til at varetage medlemmernes interesse i forskellige sammenhænge. En medarbejder fra Kiertner blev valgt til at deltage i forhandlingerne med HMN.

Den pågældende medarbejder repræsenterede således ikke Kiertner, men Debra og dets medlemmer. Kiertner har hverken været mere eller mindre involveret i samarbejdet med HMN end alle andre servicepartnere.

Gastech – Energi A/S har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet navnlig gjort gældende, at der ikke er grundlag for at konkludere, at HMN er aktiv (eller potentielt aktiv) på markedet for gasfyrsservice, hvorfor HMN ikke er konkurrent til servicepartnere.

Konkurrencerådet har anført, at markedet for gasfyrsservice omfatter alle virksomheder, der har ansatte med A-certifikat, hvilket ikke omfatter HMN. Det følger af grundlæggende konkurrenceretlige og konkurrenceøkonomiske principper, at det ikke er tilstrækkeligt for at være aktiv på markedet, at en virksomhed indkøber en ydelse fra en underleverandør.

Det er centralt, at HMN indkøber en tjenesteydelse og ikke en vare. En virksomhed, der indkøber og inkluderer en tjenesteydelse, opnår ikke ejerskab til tjenesteydelsen og kan ikke lagre den, indtil ydelsen leveres til slutbrugeren, modsat en vare.

Konsekvensen af Konkurrencerådets ræsonnement er, at enhver virksomhed, der indkøber og inkluderer en tjenesteydelse, bliver konkurrent til sin underleverandør.

Der er ingen konkurrence mellem HMN og servicepartnere i forhold til levering af gasfyrsservice. HMN handler på vegne af slutbrugerne og indkøber ydelsen hos servicepartnere. Aftalen mellem HMN og servicepartnere er derfor alene en vertikal underleverandøraftale mellem virksomheder, der opererer på forskellige markeder, jf. herved også pkt. 151 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af artikel 101 på horisontale aftaler (2011/C 11/01).

Udsagnet i mail af 29. april 2014 dokumenterer ikke, at servicepartnere betragter HMN som konkurrent, hvilket ligeledes understøttes af den omstændighed, at formålet med HMN's serviceordning ikke er at opnå en økonomisk fordel, men at opfordre slutbrugerne til at få udført service på deres naturgasfyr.

HMN har ikke i hverken principaftalen eller i mailen af 29. april 2014 forholdt sig til den konkurrenceretlige definition af, om parterne er aktuelle eller potentielle konkurrenter. I øvrigt kan den subjektive opfattelse hos private aktører ikke være det eneste eller det afgørende element i vurderingen, jf. Retten i Første Instans' afgørelse af 8. september 2016 i sag nr. T-472/13, H. Lundbeck mod Kommissionen, og Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. september 2015 i sag nr. KL-3.2014, Lely Nordic A/S mod Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet skulle have foretaget en analyse af, om HMN uden aftalen med servicepartnerne ville have foretaget de nødvendige investeringer for at etablere sin egen serviceafdeling, jf. Retten i Første Instans' afgørelse af 8. september 2016 i sag nr. T-472/13, H. Lundbeck mod Kommissionen.

Der er ikke grundlag for at konkludere, at parterne har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om koordinering af abonnementspriser, der har til formål at begrænse konkurrencen. Konkurrencerådet har alene baseret sin afgørelse på principaftalens pkt. 6 og enkelte mails, og ikke sagens samlede oplysninger.

Konkurrencerådet har i sin vurdering ikke anvendt "til formål"-begrebet i overensstemmelse med EU-Domstolens anvisninger i eksempelvis sag nr. C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires mod Kommissionen. "Til-formål"-begrebet skal fortolkes indskrænkende og finder alene anvendelse på koordinering mellem virksomheder, hvor den udførte analyse afslører en sådan tilstrækkelig skadelig virkning for konkurrencen, at det ikke er nødvendigt at undersøge de konkrete virkninger af aftalen eller den samordnede praksis.

Der er mange særlige karakteristika ved det relevante marked, der er helt centrale for vurderingen af den konkrete økonomiske og retlige sammenhæng, herunder at HMN's serviceordning drives som en "nulforretning", at HMN's formål var at holde prisen nede for at sikre, at så mange slutbrugere som muligt af sikkerhedsmæssige årsager fik regelmæssig service på deres naturgasfyr mv.

Konkurrencen er ikke de facto blevet hindret, idet omlægningen af serviceordningen samlet set medførte, at priserne for slutbrugere blev reduceret med ca. [REDACTED] kr.

Såfremt Konkurrenceankenævnet måtte finde, at parterne har indgået en retsstridig aftale og/eller samordnet praksis, er der alene tale om en accessorisk begrænsning i forhold til HMNs ensidige beslutning om at skabe en samlet set billigere serviceordning. Måtte Konkurrenceankenævnet finde, at stigningen i abonnementsprisen ikke udgør en lovlig accessorisk begrænsning, er betingelserne for individuel fritagelse opfyldt.

Selskabet er ikke rette adressat for afgørelsen, og Gastech kan tilslutte sig det af Kiertner anførte herom. Det er endvidere ikke foreneligt med det forvaltningsretlige ligebehandlingsprincip alene at rette afgørelsen mod udvalgte medlemmer af Debra.

Konkurrencerådet har i det væsentlige gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet navnlig gjort gældende, at HMN, Gastech, Kiertner og Debra har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 ved at aftale og/eller samordne, at HMN's priser til slutbrugerne skulle stige, således at servicepartnerne kunne hæve slutbrugerpriserne på deres egne serviceordninger, og at Konkurrencerådet derfor med rette har meddelt parterne påbud om at bringe overtrædelsen til ophør og fremover afstå fra aftaler og/eller samordnet praksis med samme eller tilsvarende formål.

HMN, Gastech og Kiertner var alle aktive på markedet for gasfyrsservice til slutbrugere, og parterne indgik alle serviceaftaler direkte med slutbrugerne. Parterne var derfor konkurrenter. At Gastech og Kiertner ligeledes var underleverandører til HMN ændrer ikke herpå. Parterne anså endvidere hinanden for konkurrenter, hvilket ligeledes skal inddrages i vurderingen, jf. EU-Domstolens dom af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, Toshiba mod Kommissionen, og Retten i Første Instans' dom af 12. juli 2011 sag T-112/07, Hitachi mod Kommissionen. Den omstændighed, at HMN er omfattet af et "hvile-i-sig-selv" princip medfører ikke, at HMN og servicepartnerne ikke kan anses for at være konkurrenter.

Aftalen udgør en horisontal aftale og/eller samordnet praksis om, at HMNs abonnementspriser til slutbrugerne skulle stige, så servicepartnerne også kunne hæve deres abonnementspriser over for egne kunder. Parterne har ikke taget afstand fra aftalen og/eller den samordnede praksis, hverken da den blev indgået eller siden.

Aftalen og/eller den samordnede praksis havde til formål at begrænse konkurrencen. Priskoordinering mellem konkurrenter vurderes generelt at have til formål at begrænse konkurrencen. Det er ikke et krav, at der er aftalt bestemte eller ens priser, jf. Retten i Første Instans' dom af 9. juli 2003 i sag nr. T-224/00, Archer Daniels mod Kommissionen. De målsætninger, der blev gennemført med principaftalen, var – ud fra en objektiv vurdering – at mindske priskonkurrencen mellem HMN og servicepartnerne. Der forelå ikke sådanne særlige forhold i den økonomiske og retlige kontekst for aftalen og/eller samordnede praksis, at der kan være tvivl om, hvorvidt aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Det forhold, at der alene blev aftalt og/eller samordnet en forhøjelse af abonnementsprisen og ikke bestemte priser, er tilstrækkeligt til, at der skete en begrænsning af konkurrencen. En kommunikation, som formindsker usikkerheden om konkurrenters forventelige adfærd, har til formål at føre til konkurrencebetingelser, der ikke svarer til normale markedsbetingelser, jf. EU-Domstolens dom af 19. marts 2015 i sag 286/13 P, Dole Food Company Inc. mod Kommissionen. Der er foretaget en vurdering af aftalen og/eller den samordnede praksis i forhold til den konkrete situation. Eventuelle prisreduktioner på reservedele i det vertikale forhold er ikke relevante at inddrage i vurderingen.

Det er på baggrund af aftalens indhold, formål og den økonomiske og retlige sammenhæng påvist, at aftalen og/eller den samordnede praksis var til skade for konkurrencen. Det er ikke et krav, at Konkurrencerådet skal foretage undersøgelser af kontrafaktiske begivenheder, jf. Retten i Første Instans' dom af 8. september 2016 i sag T-472/13, H. Lundbeck mod Kommissionen.

HMN, Kiertner, Gastech og Debra har ikke dokumenteret, at betingelserne for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt.

Det var ikke objektivt nødvendigt for den vertikale aftale mellem HMN og servicepartnerne, at der skete en horisontal koordinering af slutbrugerpriserne på serviceabbonement. Aftalen og/eller den samordnede praksis skal bedømmes som en horisontal aftale om koordinering af, at HMN skulle hæve sine slutbrugerpriser på serviceabbonement, og ikke som en accessorisk begrænsning.

Det bestrides, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har været inddraget forud for forhandlingerne og foretaget en vurdering af aftalen.

Både Kiertner og Gastech havde repræsentanter i den gruppe i Debra, som forhandlede med HMN, og de var således direkte involverede i og havde mulighed for at påvirke forhandlingerne. Kiertner og Gastech er derfor parter i og rette adressater for afgørelsen, jf. Kommissionsafgørelse af 26. oktober 1999 i FEG og TU (IV/33.884).

Resultat og begrundelse

Rette adressat

██████████, der er administrerende direktør i Gastech og i 2013/2014 var bestyrelsesformand i Debra, og ██████████, der er teknisk ansvarlig i Kiertner og formand for Debras branchegruppe gasservice, deltog i forhandlingsmøderne og mailkorrespondancen vedrørende den omhandlede principaftale. Gastech og Kiertner har anført, at ██████████ og ██████████ alene deltog som repræsentanter for Debra i denne forbindelse, og at Gastech og Kiertner derfor ikke er rette adressater for afgørelsen.

Det fremgår af sagens materiale, at Debra – herunder ██████████ og ██████████ – forhandlede på vegne af servicepartnerne, herunder Gastech og Kiertner, hvor de to er ansat i ledende stillinger. Under de foreliggende omstændigheder finder Konkurrenceankenævnet det ubetænkeligt at lægge til grund, at ██████████ og ██████████ i forbindelse med forhandlingerne tillige har varetaget deres respektive virksomheders interesser, og at virksomhederne således havde direkte mulighed for at påvirke forhandlingerne.

Konkurrenceankenævnet finder derfor, at der ikke er grundlag for at ophæve Konkurrencerådets afgørelse i forhold til Gastech og Kiertner med henvisning til, at de to selskaber ikke er rette adressater for afgørelsen.

Konkurrencelovens § 6

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, forbyder virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart. Det følger direkte af konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1, at prisaftaler anses for konkurrencebegrænsende.

På grundlag af de dokumenter, der er fremlagt under sagen, tiltræder Konkurrenceankenævnet, at der foreligger tilstrækkelige beviser for, at HMN, Debra, Gastech og Kiertner har indgået en aftale om koordinering af prisen for abonnementservice på gasfyr. Parterne indgik således en aftale om, at HMN's abonnementspriser skulle fastsættes på en sådan måde, at servicepartnernes priser ikke forholdsmæssigt blev for dyre. Principaftalen er en horisontal aftale, da både HMN, Gastech og Kiertner indgår serviceaftaler direkte med slutbrugerne. Virksomhederne må således anses for at være leverandører af gasfyrsservice på det relevante marked, og Konkurrenceankenævnet tiltræder på den baggrund, at virksomhederne må anses for konkurrenter. Det kan ikke føre til et andet resultat, at HMN benytter underleverandører til at udføre serviceopgaven og således ikke selv har A-certificerede teknikere ansat, og det kan heller ikke føre til et andet resultat, at HMN er et kommunalejet selskab, der drives efter "hvile-i-sig-selv" princippet.

Konkurrenceankenævnet tiltræder, at aftalen, der vedrører prisfastsættelsen over for slutbrugerne, i sig selv og i lyset af den økonomiske sammenhæng er egnet til og dermed havde til formål at skade konkurrencen. Det er herefter ikke nødvendigt at foretage en nærmere undersøgelse af, om aftalen har haft negative følger for konkurrencen på det relevante marked. Den omstændighed, at priserne for slutbrugerne, som følge af omlægningen af serviceordningen blev reduceret med i alt [REDACTED] kr., er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at godtgøre, at aftalen ikke var skadelig for konkurrencen. Konkurrenceankenævnet finder således, at HMN, Gastech, Kiertner og Debra ikke har godtgjort, at priserne for slutbrugerne ikke ville være blevet reduceret yderligere uden prisaftalen. Det er heller ikke godtgjort, at det var nødvendigt at indgå prisaftalen for at sikre, at servicepartnerne fortsat ville levere gasfyrsservice til HMN.

Den omstændighed, at konkurrencen på markedet for reservedele i tidligere omsætningsled skulle være øget, kan ikke tillægges betydning i forbindelse med vurderingen af prisaftalen, da prisaftalen ikke var nødvendig for at reducere reservedelsprisen.

Konkurrenceankenævnet finder det endvidere ikke dokumenteret, at aftalen opfylder betingelserne for fritagelse efter konkurrencelovens § 8.

Med disse bemærkninger tiltræder Konkurrenceankenævnet, at HMN, Gastech, Kiertner og Debra i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, har indgået en aftale om priskoordinering.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

John Christensen

Rasmus Kristian Feldthusen

Birgitte Sloth

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 13. juli 2017

Sign. af Erhvervsstyrelsen

Marianne Kristine Andersen

Nævnsssekretær

