



SØ- OG HANDELSRETTEEN DOM

afsagt den 12. juni 2019

Sag BS-10007/2017-SHR

HMN Naturgas I/S
(advokat Olaf Køktvedgaard
og advokat Frederik André Bork (prøve))

mod

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

Denne afgørelse er truffet af retspræsident Ole Græsbøll Olesen, dommer Claus Forum Petersen og retsassessor Mette Skov Larsen samt de sagkyndige medlemmer Gitte Forsberg og Henrik Okholm.

Indledning og parternes påstande

Sagen, der er anlagt den 6. september 2017, drejer sig om prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 13. juli 2017, hvorved Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016 om, at HMN Naturgas I/S, Gastech-Energi A/S, Kiertner ApS og DEBRA Energibranchen havde indgået en aftale om koordinering af abonnementspriser for service på naturgasfyr i strid med konkurrence-lovens § 6, stk. 1.

Konkurrenceankenævnets afgørelse er alene indbragt af sagsøgeren, HMN Naturgas I/S (herefter HMN).

HMN har principalt nedlagt påstand om, at sagsøgte, Konkurrenceankenævnets, kendelse af 13. juli 2017 i sag nr. KL-4-2016 ophæves, subsidiært at sagen hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har påstået frifindelse.

HMN blev stiftet ved en fusion pr. 1. januar 2010 mellem to distributionsselskaber, HNG I/S og Naturgas Midt-Nord I/S. Selskabets formål er ledelse og drift af naturgasaktiviteter, herunder distribution af naturgas, anlæg og drift af distributionsnet samt salg af naturgas m.v. HMN dækker geografisk hovedstadsområdet og Nord- og Midtjylland og udgør Danmarks største naturgasselskab, der har ca. en kvart million kunder, hvilket svarer til ca. 2/3 af de danske naturgaskunder.

Oplysningerne i sagen

Konkurrenceankenævnets kendelse af 13. juli 2017 er sålydende:

”Resume af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 30. november 2016 truffet afgørelse i en sag, der angår, om HMN Naturgas I/S (HMN), Gastech-Energi NS (Gastech) og Kiertner ApS (Kiertner) sammen med brancheforeningen Debra Energibranchen (Debra) i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 har ind-

gået en aftale og/eller samordnet praksis om koordinering af abonnementspriser på service af naturgasfyr.

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, Gastech's og Kiertner's 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 naturgasfyr 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 service-tjek 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 bio-brændselsbaserede 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 Per Langkilde, der er administrerende direktør i Gastech, og som var bestyrelsesformand i Debra på dette tidspunkt, og Per Krabbe, 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. Per Langkilde (Debra/Gastech), Per Krabbe (Debra/Kiertner) og Jørgen K. Nielsen, 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 kig-

ger 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 lavere 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 Per Krabbe (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 Per Langkilde (Debra/Gastech), Per Krabbe (Debra/Kiertner) og Jørgen K. Nielsen (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 og kan dokumentere at HMN er prisleerende på serviceabonnementsordninger og der er mange identiske serviceabonnementsordninger på markedet som er væsentlig billigere end HMN.

HMN ønsker ikke længere at være prisleerende på markedet og HMN har et ønske om at holde såvel kundeprisen som servicefirmaernes afregningspriser i ro."

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 og der er massivt pres på HMN's organisation for at ændringer i prisstrukturer kun accepteres for så vidt indtjeningen i den enkelte servicevirksomhed ikke forringes

...

Forhandlingsstrategi og tilhørende usikkerheder

- ...
- Servicepartnerne 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. Annette Topholt 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 servicepartnerne 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 servicepartnerne ændres ikke, - det er ganske kort og ændres ikke i forhold til tidligere. Markedsandelen er ikke dominerende 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 Per Langkilde (Gastech/Debra) en mail til Jørgen K. Nielsen (Debra) og Per Krabbe (Kiertner/Debra) med et udkast til svar til HMN. Den 22. april 2014 fremsendte Per Langkilde svar til HMN i overensstemmelse med udkastet. Både Per Krabbe og Jørgen K. Nielsen 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 fremkommet af en forhandling, - men det er det vel egentlig heller ikke. Vi har nu holdt en række møder, og HMN har stædigt holdt fast i deres udgangspunkt og samtidig er de fleste af de ting, vi har diskuteret i kontrakten, ud over økonomi også fastholdt.

Servicepartnerne melder samstemmende tilbage, at det udspil, der er kommet, ikke er interessant. Servicepartnerne har selv flere kunder i egne ordninger end der er i HMN ordning, og udspillet fra HMN vil have ødelæggende indvirkning herpå. ...

Vi vil dog gerne være imødekommende 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 servicepartnerne. 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 Per Langkilde (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 25 % i tillæg til engrosprisen for alle prisgrupper. De eksisterende prisgrupper udgår.
- b. Reduktionen i reservedelsavancen kompenseres af følgende tillæg:
 - i. Hovedeftersyn 73 kr. pr. hovedeftersyn
 - ii. Udkald: 42 kr. årligt

...

6. Gennemslag i HMN's prissætning over for kunderne

- a. Omlægning af afregningsmodellen reflekteres i HMN's priser på serviceabonnemeter."

Samme dag videresendte Per Langkilde principaftalen til blandt andet Jørgen K. Nielsen (Debra) og Per Krabbe (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 abonnemeter uden at blive for dyre i forhold til HMN."

Efter afslutningen af forhandlingerne sendte Jørgen K. Nielsen (Debra) den 16. juni 2014 en mail til Per Langkilde (Gastech/Debra) og Kim Beyer Eskildsen (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 et hele, og det giver ikke mening at adskille de to elementer i aftalen, som Konkurrencerådet har gjort. Slutbrugerne købte en 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 ...

...

Kiertner ApS ...

...

Gastech-Energi A/S ...

...

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 servicepartnere 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 servicepartnere 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 servicepartnere 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 servicepartnere. 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 serviceabonnemeter. Aftalen og/eller den samordnede praksis skal bedømmes som en horisontal aftale om koordinering af, at HMN skulle hæve sine slutbrugerpriser på serviceabonnemeter, og ikke som en accessorisk begrænsning.

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

...

Resultat og begrundelse

Rette adressat

...

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 abonnementsservice 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 9 mio. 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 servicepartnere 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. I, har indgået en aftale om priskoordinering.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016 stadfæstes.”

I tilknytning til sagsfremstillingen i Konkurrenceankenævnets kendelse er det oplyst, at HMN i sin serviceordning havde 69 servicepartnere fordelt med 23 servicepartnere i hovedstadsområdet og 46 servicepartnere i Midt- og Nordjylland.

Det fremgår bl.a. af et oplæg til en work-shop, som HMN afholdt den 23. januar 2013 om serviceabonnementsordningerne, at der fandtes avanceaftaler vedrørende reservedele med en avance på mellem 29 % og 78 %.

Efter et forhandlingsforløb sendte HMN den 11. april 2014, som beskrevet i Konkurrenceankenævnets kendelse, en e-mail med HMN's udspil til en ændring af serviceordningen til Debra. Af den pågældende e-mail fremgår bl.a.:

”Det er fortsat vores opfattelse, at der ikke skal tillægges avance til reservedele til serviceordningen, når de aktuelle prisstrukturer for reservedele på engros- og ke-delmarkedet lægges til grund. Bortfaldet af den nuværende avancemodel omlæg-

ges til af en forhøjelse af betalingen for hovedeftersyn og en forhøjelse af betalingen for udkald. Omlægningen baseres på reservedelsforbruget til hovedeftersyn og udkald realiseret i HMN's jyske område i perioden maj 2012 til april 2013. Det vil indebære en forhøjelse af betalingen for hovedeftersyn med ... kr. og for udkaldsdækning med ... kr.

Lavere afhængighed af indtjening fra reservedele mod en forhøjelse af betaling for hovedeftersyn og udkald vil være med til at sikre en mere stabil omsætning i servicefirmaer i et marked, hvor der er stigende pres på reservedelsomkostninger (både pris og forbrugt mængde).

For forbrugerne vil mindre udgifter til reservedele mod en forhøjelse af abonnementsbetaling give forventning om mere stabil udgift fra år til. Dette vil være med til at opretholde loyaliteten overfor såvel gas som gasservice."

Det alternative forslag fra servicepartnere, som Per Langkilde sendte ved e-mail af 22. april 2014 til HMN, indebar, at HMN's foreslåede forhøjelse af betalingen ved henholdsvis hovedeftersyn og udkald skulle reduceres mod en avance på 25 % på reservedelene.

Samme dag, som principaftalen blev indgået, udarbejdede HMN et udkast til, hvorledes den nye afregningsmodel skulle kommunikeret til kunderne. Det fremgår af den foreslåede tekst, at HMN's serviceordning pr. 1. maj 2012 ville stige med lige under 10 %, men at reservedelene ville blive billigere.

Den 13. maj 2014 afholdt HMN et møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vedrørende gasserviceaftaler, hvorunder HMN's repræsentanter bl.a. udleverede en kopi af principaftalen.

HMN har udarbejdet følgende oversigt vedrørende økonomien i selskabets serviceordning:

Tabel 1: Pris/kunde – antal kunder opgjort primo år

År	Abonnement (mio. kr.)	Indekseret abonnement (mio. kr.)*	Reserve dele (mio. kr.)	Samlet omkostning	Kunder (stk.)	Pris/kunde (kr.)
2010	51,4	60,5	29,9	90,4	57.900**	1561
2011	53,8	62,1	32,5	94,6	57.814	1637
2012	55,7	62,5	36,7	99,2	57.712	1719
2013	55,5	59,1	40,2	99,3	57.547	1726
2014	58,1	60,2	29,8	90,0	56.421	1596
2015	60,8	60,8	29,2	90,0	56.193	1602

* HMN besluttede i 2013 at regulere prisen med 1 pct. i stedet for med BYG5-indekset. I 2013 og fremad blev det endvidere besluttet at anvende BYG5 årsgennemsnitsindeks i stedet for BYG5, 4. kvartals indeks.

** HMN Naturgas blev etableret i 2010. Antallet af servicekunder primo 2010 er derfor skønnet.

Tabel 2: Pris/kunde – antal kunder opgjort ultimo år

År	Abonnement (mio. kr.)	Indekseret abonnement (mio. kr.)*	Reserve dele (mio. kr.)	Samlet omkostning	Kunder (stk.)	Pris/kunde (kr.)
2010	51,4	60,5	29,9	90,4	57.814	1561
2011	53,8	62,1	32,5	94,6	57.712	1640
2012	55,7	62,5	36,7	99,2	57.547	1724
2013	55,5	59,1	40,2	99,3	56.421	1760
2014	58,1	60,2	29,8	90,0	56.193	1602
2015	60,8	60,8	29,2	90,0	54.051	1665

* HMN besluttede i 2013 at regulere prisen med 1 pct. i stedet for med BYG5-indekset. I 2013 og fremad blev det endvidere besluttet at anvende BYG5 årsgennemsnitsindeks i stedet for BYG5, 4. kvartals indeks.

** HMN Naturgas blev etableret i 2010. Middelantallet af servicekunder 2010 er derfor skønnet.

Tabel 3: Pris/kunde – antal kunder – gennemsnit over året

År	Abonnement (mio. kr.)	Indekseret abonnement (mio. kr.)*	Reserve dele (mio. kr.)	Samlet omkostning	Kunder (stk.)	Pris/kunde (kr.)
2010	51,4	60,5	29,9	90,4	57.857**	1562
2011	53,8	62,1	32,5	94,6	57.763	1637
2012	55,7	62,5	36,7	99,2	57.627	1721
2013	55,5	59,1	40,2	99,3	57.484	1727
2014	58,1	60,2	29,8	90,0	56.807	1584
2015	60,8	60,8	29,2	90,0	55.122	1633

* HMN besluttede i 2013 at regulere prisen med 1 pct. i stedet for med BYG5-indekset. I 2013 og fremad blev det endvidere besluttet at anvende BYG5 årsgennemsnitsindeks i stedet for BYG5, 4. kvartals indeks.

** HMN Naturgas blev etableret i 2010. Middelantallet af servicekunder 2010 er derfor skønnet.

Af Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016 fremgår bl.a. yderligere:

”3. SAGSFREMSTILLING

3.1 INDLEDNING

...

30. Denne sag vedrører derfor det *horisontale forhold* mellem HMN og servicepartnere og servicepartnere imellem, hvor disse konkurrerende virksomheder aftaler og koordinerer slutbrugerpriser på serviceabonnementer. Denne sag vedrører derimod ikke koordinering af slutbrugerpriser på reservedele. Sagen vedrører heller ikke *det vertikale forhold* mellem HMN og servicepartnere, hvor disse forhandler om blandt andet afregningsprisen mellem HMN og servicepartnere i deres egenskab af underleverandører til HMN. ...

...

3.3 MARKEDSBESKRIVELSE

3.3.1 Service på naturgasfy

...

56. Ved et servicebesøg, vil den pågældende serviceudbyder udskifte reservedele efter behov, idet det kan være forbundet med en sikkerhedsmæssig risiko ikke at skifte en defekt reservedel. For ejeren af naturgasfyret er det typisk hverken muligt, at vurdere om det er nødvendigt at få udskiftet en given reservedel eller at afvise udskiftningen af en given reservedel.
57. Det fremgår af serviceaftalen mellem HMN og HMN's slutbrugere, at arbejds lønnen forbundet med udskiftningen af reservedele er inkluderet i abonnementsprisen for HMN's slutbrugere, og at der ikke kan monteres reservedele og komponenter, som ikke er leveret eller bestilt af den relevante servicepartner.
58. Prisen for service på et naturgasfyret kan derfor siges, at bestå af to delkomponenter, som formentlig i langt de fleste tilfælde ikke kan skilles ad. Kunden betaler en fast abonnementspris for, at en udbyder af service foretager et fast hovedeftersyn, samt evt. udkald ved behov. Herudover betaler kunden for de reservedele, som serviceudbyderen udskifter i forbindelse med service på gasfyret. Kunden har som udgangspunkt ikke mulighed for at vælge udskiftningen af reservedele fra (såfremt det er nødvendigt for at naturgasfyret fungerer optimalt) eller mulighed for at få serviceudbyderen til at anvende en reservedel, som kunden selv har købt på internettet eller på anden vis.

...

3.5 HØRINGSSVAR

...

(iii) *"Til formål" at begrænse konkurrencen*

...

155. Styrelsen er bekendt med, at de forhandlinger, som foregik mellem parterne i den for sagen relevante tidsperiode, dækkende efteråret 2013/foråret 2014, indledningsvist og hovedsagligt vedrørte det vertikale aftaleforhold mellem HMN og HMN's underleverandører, herunder afregningspriser for hovedeftersyn, tilkald og reservedele.
156. Det fremgår imidlertid af sagens materiale, at parterne tillige drøftede vilkår af betydning for serviceudbydernes selvstændige abonnementspriser til slutbrugere. Styrelsen har derimod ikke fundet dokumentation for, at parterne ligeledes har koordineret serviceudbydernes reservedelspriser til slutbrugere.
157. Styrelsen har som følge af parternes bemærkninger præciseret, at den omhandlende konkurrencebegrænsende adfærd alene vedrører koordinering af serviceudbydernes abonnementspriser til slutbrugere og ikke reservedelspriser til slutbrugere. Præciseringerne fremgår blandt andet af sagens pkt. 30 og pkt. 459-460.

...

4. Vurdering

...

4.3 Konkurrencelovens § 6

...

4.3.2 Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

254. Den anden betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at der skal være tale om en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.

255. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb. Det konkurrenceretlige aftalebegreb omfatter både mundtlige og skriftlige aftaler, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt fx "gentlemen's agreements". Det afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en fælles eller *samstemmende vilje* til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Det er uden betydning, hvordan aftalen kommer til udtryk, når blot den korrekt afspejler parternes vilje.

...

4.3.2.1 HMN's, DEBRA's, Gastechs og Kiertners koordinering opfylder aftalebegrebet og/eller begrebet samordnet praksis

275. Den konkurrencebegrænsning, som er genstand for undersøgelse i denne sag, er HMN's, DEBRA's, Gastechs og Kiertners koordinering af abonnementspriser for service på naturgasfyrtil slutbrugere.

276. Materialet i sagen viser efter styrelsens vurdering, som det gennemgås i det følgende, at HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner i foråret 2013/efteråret 2014 forhandler om blandt andet *afregningsprisen* mellem HMN og servicepartnere, men også *slutbrugerprisen* på serviceabonnementer for naturgasfyrtil slutbrugere. Materialet viser, at HMN løbende afholder møder og korresponderer med DEBRA, Gastech og Kiertner, ligesom DEBRA, Gastech og Kiertner løbende afholder møder og korresponderer med servicepartnere i øst. For et overblik over den relevante periode se den overordnede tidslinje med centrale hændelser pkt. 73 ovenfor.

Om HMN's forberedelser til omlægningen af serviceordningen

277. Det fremgår af materialet, at HMN i en længere periode har villet omlægge serviceordningen, og at HMN i den forbindelse har afholdt workshops med udvalgte servicepartnere – i nogle tilfælde DEBRA, Gastech og Kiertner i andre tilfælde andre servicepartnere – eller på anden måde har inddraget DEBRA, Gastech og Kiertner i forløbet omkring omlægningen af serviceordningen. Dette følger blandt andet af materiale dækkende for perioden januar 2013 til januar 2014, som er citeret ovenfor i sagsfremstillingen, i pkt. 113, pkt. 78 og 80.

278. Af et internt HMN-notat fra **november 2013** fremgår det desuden, at HMN er opmærksom på, at en omlægning af HMN's serviceordning vil få væsentlig betydning for servicepartnernes egne serviceordninger, og at HMN gerne vil finde en model, som tilgodeser både HMN, andre serviceudbydere og slutbrugerne, jf. pkt. 79 ovenfor.

Om parternes rolle

279. Det fremgår af materialet, at HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner afholder flere forhandlingsmøder og udveksler forskellige forhandlingsudspil i løbet af foråret 2014, ligesom DEBRA, Gastech og Kiertner afholder møder for de servicepartnere, som de forhandler på vegne af, jf. det citerede materiale i pkt. 82-93 ovenfor.
280. Materialet viser efter styrelsens vurdering, at både HMN, DEBRA og HMN's servicepartnere, som er medlem af DEBRA, anser DEBRA, herunder Gastech og Kiertner, som forhandlingsrepræsentant(er) for disse servicepartnere, jf. formuleringer som "*Servicefirmaerne har på et tidspunkt valgt DEBRA som deres forhandlingspartner*" og "*Parterne er enige om, at DEBRA forhandler på alles vegne*".
281. Materialet viser herudover, at DEBRA, Gastech og Kiertner ud over afregningspriserne også kommunikerer om abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere, jf. formuleringer som "*Samtidig vil en reduktion i reservedels avancen betyde at vi på de kunder vi selv har er nødt til at hæve abonnements prisen med [...] kr, da det bliver vanskeligt at fastholde de hidtidige reservedels priser på disse kunder*", jf. pkt. 91, 93-95 og 98 ovenfor.
282. HMN bliver en del af kommunikationen vedrørende parternes abonnementspriser, da de øvrige parter inddrager HMN, ved at [...] (DEBRA/Gastech) den **22. april 2014** sender et forhandlingsudspil til [...] (HMN) med blandt andre [...] (DEBRA/Kiertner) og [...] (DEBRA) cc. Af vedhæftningen "*Hej [...].docx*", fremgår blandt andet, at:
...
283. Materialet viser, at HMN inddrager dette fælles udspil og de beskrevne forudsætninger fra forhandlingsrepræsentanterne i sit (næste) reviderede forhandlingsudspil, jf. intern HMN-mail af **25. april 2014** med emnet "*Vs: Serviceordningen 25 april 2014*", hvoraf det blandt andet fremgår:
...
284. Samlet viser materialet efter styrelsens vurdering, at parterne klart selv har anset de forskellige udspil som forhandlinger mellem HMN og forhandlingsrepræsentanterne, hvor det – efter flere indledningsvist forgæves forsøg – først lykkedes forhandlingsrepræsentanterne at rykke ved HMN's forhandlingsudspil med brevet af 22. april 2014, jf. pkt. 282.
285. Endvidere fremgår det klart, at der også rent faktisk har været tale om reelle forhandlinger, når man sammenholder indholdet af HMN's første forhandlingsudspil, gengivet i pkt. 86 ovenfor, med resultatet af forhandlingerne, gengivet i punkt 295 nedenfor, idet det er lykkedes forhandlingsrepræsentanterne at flytte HMN fra sit oprindelige udgangspunkt med en reservedelsavance på [0-5] % og et tillæg på hovedeftersyn på [...] kr. og på [...] kr. for udkald til en reservedelsavance på maksimalt [20-30] % og et tillæg på hovedeftersyn på [...] kr. og på udkald på [...] kr.
...
- Om resultatet af forhandlingerne***
293. HMN afholder den 29. april 2014, som afslutning på forløbet, et forhandlingsmøde. HMN har oplyst, at deltagerne på forhandlingsmødet ud

over HMN var DEBRA, Gastech og Kiertner. Resultatet af forhandlingerne blev udmøntet i en principaftale af 29. april 2014, som skulle danne grundlag for en ny standardunderleverandørkontrakt mellem HMN og den enkelte servicepartner.

294. Principaftalen fremsendes af [...] (HMN) til [...] (DEBRA/Gastech) med [...] (HMN) og [...] (HMN) cc., den **29. april 2014**, umiddelbart efter mødet, med emnet "*Principaftale*", følgende fremgår af følgemailed:

"Vedlagt som aftalt principaftale jf. vort møde d.d. med forbehold for fejl og mangler"

295. Af den vedhæftede principaftale fremgår blandt andet:

"Serviceordningen: Forhandlingsmøde 29. april 2014.

Der aftales følgende principper:

1. Omlægning af afregningsmodel

- a. Reservedelsavancen reduceres til maksimalt [20-30] % i tillæg til engrosprisen for alle prisgrupper. De eksisterende prisgrupper udgår.*
- b. Reduktion i reservedelsavancen kompenseres af følgende tillæg:*
 - i. Hovedeftersyn: [...] 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. [...]*

9. Andet

- a. Aftalen træder i kraft og har virkning fra 1. maj 2014.*
- b. Ovenstående principper udmøntes i en ny kontrakt snarest."*

[Styrelsens understregning]

296. Ovenstående viser også, at forhandlingerne ikke kun omhandlede *afregningsprisen* mellem HMN og servicepartnerne, det vil sige i *det vertikale forhold*, hvor servicepartnerne er underleverandører til HMN, men som minimum også HMN's abonnementspriser til slutbrugere, det vil sige i *det horisontale forhold*, hvor HMN og servicepartnerne er konkurrenter.

297. Det fremgår ikke eksplicit af ordlyden af principaftalens pkt. 6, at dette indebærer, at HMN's abonnementspriser skulle stige, eller at vilkåret hænger direkte sammen med servicepartnernes egne selvstændige abonnementspriser i forbindelse med de ydelser, som servicepartnerne udbyder i egne ordninger. Sammenholdes principaftalens pkt. 6 med principaftalens pkt. 1, som nævnt ovenfor i pkt. 295, kan principaftalens pkt. 6 om "gennemslag" og "reflekteres i" dog ikke forstås på andre måder end, at HMN's abonnementspriser skulle *stige*, da det ikke kan være andet end de ekstra tillæg for hovedeftersyn og udkald, som vil få gennemslag i HMN's abonnementspriser.

298. I tillæg hertil fremgår det tydeligt af det brev, som DEBRA, Gastech og Kiertner sender til HMN i mail af 22. april 2014, at HMN's forbrugerpriser skal stige på linje med afregningsprisen, og at dette er for, at servicepartnerne kan hæve deres egne abonnementspriser, jf. pkt. 282.

299. Tilsvarende fremgår det forhold, at HMN's abonnementspriser skulle stige, og at vilkåret hænger direkte sammen med servicepartnernes egne

selvstændige abonnementspriser, af materiale fra perioden efter mødet, fx den 29. april 2014, hvor [...] (DEBRA/Gastech) videresender principaftalen til [...] (DEBRA) med blandt andre [...] (DEBRA/Kiertner) og [...] (DEBRA) cc. i mail af **29. april 2014** med emnet "SV: kontrakt HMN", hvoraf følgende fremgår af følgemailed:

"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 abonnementspriser uden at blive for dyre i forhold til HMN."

[Styrelsens understregning]

300. Indholdet af brevet af 22. april 2014 viser, at DEBRA, Gastech og Kiertner er blevet enige om, og har en fælles vilje om, at HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementet skal *stige* på linje med det kompensationsbeløb servicepartnerne får af HMN for, at reservedelspriserne falder, og at alle er enige om, at dette skal ske for at sikre, at servicepartnerne også har mulighed for – uden at blive for dyre i forhold til HMN – at *hæve* deres egne abonnementspriser. Det fremgår herudover, at grunden til, at servicepartnerne også vil hæve deres egne abonnementspriser, er, at servicepartnerne samlet set har flere kunder i deres private ordninger end HMN har i sin ordning, og at HMN's udspil om at sænke reservedelspriserne vil have en "ødelæggende indvirkning" på servicepartners egne ordninger.
301. Indholdet af den i pkt. 299 nævnte mail af 29. april 2014 viser tilsvarende, at der foreligger en aftale mellem DEBRA, Gastech og Kiertner og en aftale mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner om, at den prisstigning, der er aftalt mellem HMN og servicepartnerne om "abonnement" (reelt "hovedeftersyn" og "udkald") i det *vertikale* forhold, hvor servicepartnerne er underleverandører til HMN, skal afspejles i HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementet, det vil sige i det *horisontale* forhold, hvor HMN og servicepartnerne er konkurrenter, jf. pkt. 340 ff. nedenfor.
302. Herudover fremgår det – når indholdet af den i pkt. 294 nævnte mail og den i pkt. 295 nævnte principaftale af 29. april 2014 sammenholdes med indholdet af brevet af 22. april 2014 – at hensigten med den aftalte *stigning* i HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementet er, at servicepartnerne skal kunne *hæve* deres egne slutbrugerpriser på serviceabonnementet uden at tabe kunder til HMN, det vil sige i det horisontale forhold, hvor HMN og servicepartnerne er konkurrenter.
303. Materialet omtaler derfor udtrykkeligt, at der er indgået en aftale, nemlig *principaftalen* af 29. april 2014, og at parternes aftale er en koordinering af parternes prispolitik, idet vilkåret i principaftalens pkt. 6 i sammenhæng med det øvrige materiale må fortolkes som udtryk for en fælles vilje om, at HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementer skal stige, for at servicepartnerne har mulighed for at hæve deres egne selvstændige slutbrugerpriser på serviceabonnementer, jf. fx formuleringen: "*HMN's forbrugerpriser stiger på linie med kompensationsbeløbet. Dette er for at sikre at vi også kan hæve egne abonnementspriser.*"

...

311. Styrelsen bemærker i øvrigt, at DEBRA tidligere overfor styrelsen har givet udtryk for, at HMN's avance på reservedele giver et konkurrencepres på servicepartnerens egne reservedelspriser, og at servicepartnerne derfor også ville flytte noget af prisen fra reservedelene over på serviceabonnementet på servicepartnerens egne serviceordninger. Dette stemmer overens med parternes oplysninger om, at HMN måtte gøre serviceordningen tilstrækkelig attraktiv for servicepartnerne, og at det som en del heraf, var "*det helt væsentlige*" for servicepartnerne, "*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*", jf. sagens pkt. 104.

...

Samlet vurdering

333. På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at det er bevist, at der har været en samstemmende vilje og/eller en fælles forståelse mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner om, at HMN's abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugerne skulle stige. Dette skulle ske som følge af, at afregningsprisen mellem HMN og servicepartnerne i deres vertikale forhold steg, og dette var en forudsætning fra servicepartnerens side, for at servicepartnerne skulle have mulighed for at hæve abonnementsprisen for service på naturgasfyr til slutbrugerne på deres egne selvstændige serviceordninger.
334. Ifølge retspraksis skal hver enkelt af de fremlagte beviser ikke nødvendigvis hver især opfylde bestemmelsens kriterier i forhold til hvert enkelt led i overtrædelsen. Ifølge retspraksis vil et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier – når de betragtes samlet – udgøre beviset for en overtrædelse af forbuddet. Et vist antal brudstykker fra forskellige beviser samt indicier vil – ud fra en samlet betragtning og i mangel af anden logisk forklaring – være tilstrækkeligt til at bevise en konkurrencebegrænsende aftale.
335. Samlet set vurderes det derfor, at bevismaterialet i sagen opfylder de krav, som ifølge EU-retspraksis skal være opfyldt for at kunne konstatere en overtrædelse af forbuddet i TEUF artikel 101, stk. 1, og dermed også forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, i form af en konkurrencebegrænsende aftale og/eller en samordnet praksis om koordinering af priser.

...

4.3.3.1 Visse former for aftaler og/eller samordnet praksis har til formål at begrænse konkurrencen

366. Det fremgår af Domstolens praksis, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder i sig selv kan være tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen.

367. Denne retspraksis er baseret på den omstændighed, at visse former for aftaler m.v. mellem virksomheder *efter deres art* kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår.
368. Ifølge fast EU-praksis er det væsentligste kriterium for at afgøre, om en aftale m.v. har et konkurrencebegrænsende formål, konstateringen af, at en sådan aftale m.v. *"i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen."*
369. Hvis en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det således unødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet, negative følger for konkurrencen på markedet eller at aftaleparterne rent faktisk har efterlevet aftalen.
370. I *CAD-sagen* fastslog Konkurrenceankenævnet, at en aftale m.v. må anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, når der foreligger *"formøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er formødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger. Såfremt en vedtaget bestemmelse i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen vil have negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge."*
371. For at en aftale og/eller samordnet praksis kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, er det således tilstrækkeligt, at den kan påvirke konkurrencen på det relevante marked negativt. I hvilket omfang en sådan konkurrencebegrænsende virkning rent faktisk indtræder, er alene relevant for udmålingen af bøder og retten til erstatning.
372. For at vurdere, om en aftale og/eller samordnet praksis i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne anses for at have konkurrencebegrænsende formål, skal der ifølge Domstolens faste retspraksis tages hensyn til (i) aftalens og/eller den samordnede praksis indhold, (ii) de målsætninger, der søges gennemført med aftalen og/eller den samordnede praksis og (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen og/eller den samordnede praksis indgår.
373. Det følger af EU-praksis, at en aftales m.v. formål skal fastlægges ud fra objektive kriterier, og parternes subjektive hensigt er således ikke afgørende, men kan tages i betragtning. I *Groupement des cartes bancaires* fastslog Domstolen fx, at *"Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning"*.
374. Konkurrencebegrænsende formål omfatter for horisontale aftalers vedkommende blandt andet prisaftaler og virksomheders udveksling af oplysninger om deres fremtidige adfærd vedrørende priser og mængder. Sådan adfærd fører erfaringsmæssigt til en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourceallokering til skade for navnlig forbrugerne.

...

4.3.3.3 Parternes koordinering af priser har til formål at begrænse Konkurrencen

...

(i) Aftalens og/eller den samordnede praksis' indhold

...

414. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at aftalen og/eller den samordnede praksis om, at omlægningen af afregningsmodellen mellem HMN og servicepartnere skal have "gennemslag i"/"reflekteres i" HMN's abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere, med henblik på at sikre, at servicepartnere også kan hæve deres egne abonnementspriser, ud fra sit indhold, i sig selv, er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at have et konkurrencebegrænsende formål, idet aftalen og/eller den samordnede praksis indebærer en horisontal koordinering af virksomhedernes prispolitik.

...

(ii) De målsætninger, der søges gennemført med aftalen m.v.

...

442. Da det samlede materiale i sagen viser, at aftalen og/eller den samordnede praksis har til formål at sikre, at servicepartnere har mulighed for at kunne hæve deres egne abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugerne, og at en forudsætning herfor er, at HMN hæver sine abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugerne, er det styrelsens vurdering, at målsætningen med aftalen og/eller den samordnede praksis er at mindske priskonkurrencen mellem serviceudbydere i *det horisontale forhold* med henblik på at undgå at ødelægge særligt servicepartnernes indtjeningsgrundlag i forbindelse med deres individuelle og selvstændige kundeforhold. Dette understøtter, at aftalen og/eller den samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen.

(iii) Den retlige og økonomiske kontekst

...

Markedskarakteristika

...

Omlægningen af HMN's serviceordning

...

455. Som styrelsen således forstår den økonomiske sammenhæng, som den i nærværende sags omhandlede aftale og/eller samordnede praksis optræder i, var der tale om, at HMN ønskede at ændre på sammensætningen af servicekundernes betaling til HMN, sådan at servicekundernes betaling for reservedele blev mindre, mens betalingen for et serviceabonnement blev højere. HMN oplyser, at det oprindeligt var HMN's subjektive hensigt, at dette skulle medføre, at det samlet set blev billigere for HMN's slutbrugere at have en serviceordning hos HMN eller i det mindste, at den ændrede sammensætning af slutbrugernes betaling samlet set skulle føre til den samme betaling for slutbrugerne som før ændringen.

456. På denne måde ville HMN sikre, at slutbrugerne fremover skulle betale en mere kosttægt pris for henholdsvis reservedele og serviceabonnement. Samtidig ville en lavere pris for reservedele for slutbrugere – hvilket svarer til den pris en servicepartner afregnes af HMN for den pågældende reservedel – mindske servicepartnernes incitament til at udskifte reservedele uden reelt behov herfor.
457. HMN har, som beskrevet ovenfor i pkt. 41, i praksis valgt at drive sin serviceordning, som en nulforretning, hvor HMN's omsætning forbundet med serviceordningen stort set svarer til HMN's udgifter forbundet med ordningen. En reducere af slutbrugerprisen for reservedele alene – og dermed afregningsprisen til servicepartnere for reservedele – ville derfor betyde en reducere af servicepartnernes indtjening gennem HMN's serviceordning.
458. Samtidig med reducere af reservedelspriserne blev afregningsprisen – fordelt på hovedeftersyn og udkald – fra HMN til servicepartnere forhøjet. Forhandlingerne om henholdsvis reducere af reservedelspriserne og forhøje af afregningspriserne blev udmøntet i principaftalen af 29. april 2014.
- ...
489. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er særlige karakteristika ved markedet, som kan rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen, eller som gør at en konkurrencebegrænsning er objektiv nødvendig, og at den økonomiske sammenhæng derfor bekræfter og understøtter, at aftalens og/eller den samordnede praksis' indhold og målsætninger udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Særlovgivning

...

495. Det er styrelsens vurdering, at der ikke er forhold, som følger af særlovgivningen, som kan rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger en aftale og/eller samordnet praksis, der har til formål at begrænse konkurrencen, eller som kan begrunde en nødvendig konkurrencebegrænsning, og at den retlige sammenhæng derfor bekræfter og understøtter, at aftalens og/eller den samordnede praksis' indhold og målsætninger udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen.

...

Delkonklusion

510. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at aftalen og/eller den samordnede praksis mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner om koordinering af abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere har til formål at begrænse konkurrencen.
511. Styrelsen har ved denne vurdering lagt særligt vægt på, at:
- priser er et væsentligt konkurrenceparameter mellem udbydere af service på gasfyr,

- aftalen og/eller den samordnede praksis mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner vedrører serviceudbydernes prispolitik over for slutbrugerne,
- målsætningen med aftalen og/eller den samordnede praksis er, at HMN skal hæve sine abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere for, at Gastech og Kiertner også skal kunne hæve deres egne abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugerne. Herved er målsætningen med aftalen og/eller den samordnede praksis at formindske usikkerheden om konkurrerende virksomheders prispolitik,
- intet i den økonomiske eller retlige kontekst kan begrunde denne *horisontale koordinering* af serviceudbydernes prispolitik overfor slutbrugerne.

512. Samlet vurderer styrelsen, at aftalen og/eller den samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, om fastsættelse af *købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser*, og at aftalen og/eller den samordnede praksis derfor i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge aftalens følger.

...

4.4 Fritagelse

...

4.4.2 Aftalen og/eller den samordnede praksis opfylder ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8

...

(i) Bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling

...

539. Uafhængigt af dette bemærker styrelsen dog, at den af HMN anførte besparelse udspringer af det vertikale forhold mellem HMN og servicepartnere, hvor slutbrugerne ifølge HMN har opnået en besparelse, fordi afregningsprisen mellem HMN og servicepartnere er blevet omlagt.

540. Som nævnt i pkt. 30 ovenfor vedrører denne sag imidlertid ikke det vertikale forhold mellem HMN og servicepartnere, men den horisontale koordinering, hvorefter der skal ske en stigning i HMN's serviceabonnenter (slutbrugerpriser), for at servicepartnere også kan hæve deres egne slutbrugerpriser på serviceabonnenter.

541. Det samme gør sig gældende i forhold til HMN's lavere avance og referencesats på reservedele i afregningsprisen til servicepartnere. Dette omhandler også det vertikale forhold mellem HMN og servicepartnere, og det øgede konkurrencepres på reservedelsprisen ville således allerede være opnået ved omlægningen af den vertikale afregningspris mellem HMN og servicepartnere. Det skal herudover bemærkes, at denne sag ikke vedrører serviceudbydernes slutbrugerpriser på reservedele, men alene deres slutbrugerpriser på serviceabonnenter.

542. Styrelsen vurderer, at HMN på det foreliggende grundlag ikke har dokumenteret, at den i sagen omhandlende horisontale koordinering har ført til en effektivitetsgevinst i form af en besparelse for HMN's servicekunder. Den besparelse, og det øgede konkurrencepres, som HMN henviser til, ville allerede have været opnået ved omlægning af afregningsprisen mellem HMN og servicepartnerne, jf. nærmere pkt. 549-551 nedenfor.

...

(ii) Sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved

546. Da det er styrelsens vurdering, at aftalen og/eller den samordnede praksis ikke bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af tjenesteydelserne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og ingen af sagens parter, på det foreliggende grundlag, har dokumenteret, at der foreligger effektivitetsgevinster, er det ikke relevant at vurdere de øvrige betingelser.

547. Selv hvis HMN kunne dokumentere en effektivitetsgevinst som følge af den i sagen omhandlende horisontale koordinering, og en sådan effektivitetsgevinst var videreført til HMN's slutbrugere, i form af en samlet set lavere betaling til HMN, har aftalen og/eller den samordnede praksis også formodningsvist virkninger for Gastechs og Kiertners servicekunder. Ingen af parterne – og således heller ikke HMN – har på det foreliggende grundlag påberåbt sig og dokumenteret effektivitetsgevinster af betydning for Gastechs og Kiertners servicekunder.

...

(iii) Ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål

549. Da det er styrelsens vurdering, at aftalen og/eller den samordnede praksis ikke bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af tjenesteydelserne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og ingen af sagens parter, på det foreliggende grundlag, har dokumenteret, at der foreligger effektivitetsgevinster, er det ikke relevant at vurdere, hvorvidt aftalen og/eller den samordnede praksis pålægger parterne unødvendige begrænsninger.

550. Selv hvis parterne kunne dokumentere effektivitetsgevinster, og at disse kom alle servicekunderne – det vil sige HMN's, Gastechs og Kiertners slutbrugere – til gode, er det vanskeligt at se, at det skulle være nødvendigt for at realisere dette, at det skulle aftales og/eller samordnes, at omlægningen af afregningsprisen mellem HMN og HMN's servicepartnere også skulle have gennemslag i HMN's abonnementspriser til slutbrugerne for, at servicepartnere skulle have mulighed for at hæve deres egne selvstændige abonnementspriser til slutbrugerne, idet parterne på denne måde formindsker usikkerheden omkring konkurrerende virksomheders prispolitik. Den besparelse og det øgede konkurrencepres, som HMN henviser til, ville i sig selv allerede være opnået ved omlægningen af afregningsprisen mellem HMN og servicepartnere."

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af Søren Hylleberg Sørensen, der har forklaret blandt andet, at han er driftsdirektør i HMN med 33 års anciennitet i selskabet. Han var teknisk direktør i HMN i 2013/2014, da serviceordningen blev ændret, og var medlem af direktionen, men han deltog ikke i forhandlingerne, som direktionen blev orienteret om.

HMN er Danmarks største fælleskommunale selskab, der drives som et hvile-i-sig-selv-selskab. Hovedaktiviteten er distribution af naturgas, og selskabet har biaktiviteter vedrørende energibesparelse og salg af gas, mens serviceordningen blev solgt fra i 2017. Det følger af hvile-i-sig-selv-princippet, at selskabets aktiviteter hver især skal kunne bære egne omkostninger, og det er ikke tilladt at overføre midler fra den ene aktivitet til den anden. Der bliver ikke udbetalt udbytte til de kommunale ejere, idet hensigten er, at enhver gevinst skal komme kunderne til gode.

Selskabet tjente ikke penge på serviceordningen, men fik dækket sine administrationsomkostninger og tab på debitorer, hvilke omkostninger udgjorde ca. 4 % af den samlede abonnementsbetaling fra kunderne. De tjente heller ikke penge på serviceordningen efter omlægningen i 2014. Baggrunden for omlægningen var klager fra kunderne, der mente, at reservedelspriserne var for høje. HMN undersøgte forholdet, herunder hvad reservedelene kostede i Tyskland, og kunne konstatere, at priserne på reservedele var 2-3 gange højere, end hvad kunderne ville kunne købe reservedelene til andetsteds. HMN lagde ikke skjul på, at de mente, at reservedelspriserne var alt for høje.

HMN kunne samtidig konstatere, at der var meget store forskelle på landsdelene i relation til omsætningen på reservedele, der var mindst i Jylland og størst i Storkøbenhavn, hvor komponenterne blev skiftet omkring 8 gange så ofte, som i Jylland. Der var ingen fornuftig forklaring herpå, og HMN ønskede at imødegå dette problem. De kunne ikke have, at kunderne blev snydt.

Udgangspunktet før omlægningen var, at man på baggrund af reservedelspriser fra Electro Energy, der er en storleverandør, beregnede avance på reservedelene. Det betød, at der var en skjult avance for de store virksomheder, der kunne opnå meget store

rabatter, mens de mindre servicepartnere ikke havde samme mulighed for at opnå en rabataftale.

Serviceordningen indebar, at en montør efterså kundens gaskedel med et fast interval fra et til tre år afhængig af kedeltypen. Dette betegnes i serviceaftalen som et hovedeftersyn. Serviceordningen indeholdt endvidere en mulighed for tilkald ved f.eks. driftsstop. Det tredje element i serviceordningen var reservedelene, der skulle skiftes i forbindelse med hovedeftersyn og udkald, hvor kunderne de facto var låst til de reservedele, som montøren leverede. Reservedelene udgjorde 40 % af den samlede omsætning ved serviceordningen, der var på omkring 100 mio. kr. inden omlægningen og 90 mio. kr. efter.

En af årsagerne til, at HMN ønskede at udbyde serviceordningen var, at de ville skabe tryghed for kunderne omkring omkostningerne ved at være gaskunde. Ordningen var derudover med til at skabe en gennemsigtighed på servicemarkedet. Der er ikke en stor udskiftning af kunder inden for serviceordninger på gasfyr. Udskiftningen sker typisk i forbindelse med ejerskifte af boliger, men det sædvanlige er, at nye ejere tegner serviceaftale samme sted som de tidligere ejere. Der er enkelte, der skifter til en anden serviceleverandør.

HMN betalte deres servicepartnere for at være underleverandør således, at de det første år under en serviceaftale modtog betaling for selve hovedeftersynet og for første års eventuelle udkald som en slags forsikring, mens servicepartnerne det andet og eventuelt tredje år alene modtog betaling i form af udkaldsforsikringen, der skulle dække eventuelle udkald. Hvor ofte der skete betaling for hovedeftersyn afhang af kundernes abonnement. Hvis der blev skiftet reservedele hos en kunde, modtog servicepartnerne betaling for den pågældende reservedel ved først kommende månedsskifte. Servicepartnerne sendte en samlet liste over de anvendte reservedele til HMN, som herefter blev betalt.

Kunderne betalte kvartalsvis a conto for gas og en forholdsmæssig andel af prisen på serviceabonnementet, således at betalingen for serviceabonnementet var uafhængig af,

om der blev udført hovedeftersyn det pågældende år. Betalingen for eventuelle reservedele blev opkrævet ved først kommende kvartalsbetaling.

Den orientering, de modtog i direktionen om forhandlingerne med servicepartnerne om en ny aftale, var, at forhandlingerne foregik i en meget belastet stemning. Der var overvejelser om at stoppe serviceordningen, da det var temmelig hårde forhandlinger, men synligheden og hensynet til deres slutbrugere gjorde, at de fortsatte forhandlingerne med henblik på at etablere en fornuftig serviceordning. HMN ville ikke hæve kundernes abonnementspris, hvis det ikke samtidig resulterede i lavere reservedelspriser. Det var et samlet hele, og ændringerne i pris skulle også slå igennem hos grossisterne.

Han har kendskab til principaftalen. Direktionen forstod ordningens punkt 1 således, at det var en afklaring af, hvad HMN skulle betale til serviceleverandørerne. Ordningen betød, at reservedelsavancen blev reduceret til 25 %, hvor den tidligere havde været omkring 76-77 %. Punkt 1 i principaftalen angår forholdet mellem HMN og servicepartnerne. Punkt 6 i serviceaftalen relaterede sig til forholdet mellem HMN og kunderne og reflekterede hvile-i-sig-selv-princippet, således at besparelserne på reservedelene slog fuldt igennem, og de foreliggende tillæg til servicepartnerne for service og udkald slog igennem på abonnementspriserne i et vist omfang.

Han vurderer ikke, at HMN kunne have opnået et bedre resultat for slutbrugere, end man faktisk gjorde. Det var meget hårde forhandlinger, hvor de stod over for en sammenslutning, der bestod af hele servicebranchen. Alternativet havde været at opgive at forhandle en serviceordning, hvilket havde været til skade for deres slutbrugere. Forhandlingerne resulterede i en besparelse på 10 % for kunderne, hvilket han både dengang - og i dag - vurderer er et rigtig godt resultat. Han kan bekræfte, at den nye ordning gav en besparelse på 9,3 mio. kr., hvilke blev taget fra servicepartnerne og givet til kunderne i form af lavere reservedelspriser. Besparelserne for kunderne var forskellige afhængigt af, hvilket abonnement den enkelte kunde havde, mængden af reservedele, der blev skiftet, og om man boede i Øst- eller Vest-Danmark.

HMN indgik ikke en aftale med serviceleverandørerne om, hvorledes stigningen i HMN's abonnementspris skulle være, men servicepartnerne ville dog kunne konstatere dette efter forhandlingernes afslutning, idet priserne for slutbrugerne blev lagt på HMN's hjemmeside.

Parternes synspunkter

For HMN Naturgas I/S er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 19. februar 2019, hvoraf fremgår bl.a.:

"4. ANBRINGENDER

Indledning

- 4.1 Sagens konkurrenceretlige hovedspørgsmål er, om HMN og Gastech, Kiertner og Debra koordinerede priser for service på naturgasfyr i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.
- 4.2 Efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, er det forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Da Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet konkluderede, at Principaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, undersøgte myndighederne ikke, og traf ikke afgørelse om, hvorvidt aftalen havde til følge at begrænse konkurrencen.
- 4.3 Begrebet "konkurrencebegrænsende formål" skal fortolkes indskrænkende og kan kun anvendes på aftaler, der i sig selv – efter deres art – kan anses for tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til, at det kan fastlås, at det ikke er nødvendigt at undersøge virkningerne heraf.
- 4.4 HMN gør overordnet gældende, at Principaftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen. HMN gør til støtte herfor navnlig gældende:
 - a) Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet begik en retlig fejl ved i relation til konkurrencelovens § 6 at dele Principaftalens bestemmelser om reservedelsomkostninger og omkostninger til hovedeftersyn og udkald op i stedet for at vurdere omkostningerne – og dermed prisændringerne – under ét;
 - b) En korrekt formålsvurdering, hvor reservedelsomkostningerne og omkostningerne til hovedeftersyn og udkald – og dermed gennemslaget over for kunderne – vurderes under ét, viser, at Principaftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen; og
 - c) Selv hvis man delte reservedelsomkostningerne og omkostningerne til hovedeftersyn og udkald op som sket af Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet, er Ankenævnets formålsvurdering forkert og viser ikke, at Principaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

- 4.5 HMN gør herudover gældende, d), at Principaftalen under alle omstændigheder opfyldte betingelserne for at blive fritaget efter konkurrencelovens § 8.
- 4.6 De enkelte anbringender vil blive uddybet nedenfor.
- 4.7 Sø- og Handelsretten har kompetence til at foretage en fuldstændig efterprøvelse af Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets retsanvendelse og sagens faktiske omstændigheder, og HMN har mulighed for at inddrage samtlige faktuelle forhold i sagen, jf. Vestre Landsrets dom af 24. maj 2018 i sag B1828-16, *Ørsted A/S mod Konkurrencerådet*, Sø- og Handelsrettens dom af 30. august 2016 i sag U-1-08, *DONG Energy A/S mod konkurrencerådet*, og Sø- og Handelsrettens kendelse af 22. juni 2018 i nærværende sag.

Re a): Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet begik en retlig fejl ved i relation til konkurrencelovens § 6 ikke at vurdere Principaftalen under ét

- 4.8 Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet kan ikke meningsfuldt vurdere, om Principaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, når Ankenævnet og Rådet deler aftalens bestemmelser om reservedelsomkostningerne og omkostningerne til hovedeftersyn og udkald op i to dele.
- 4.9 Ved en sådan opdeling bliver Principaftalens indhold, de objektive formål med aftalen og den korrekte økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgik, ikke undersøgt. Det ses bl.a. tydeligt ved, at Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet finder, at aftalen var *"egnet til at medføre, at HMN's slutbrugere og servicepartnernes slutbrugere samlet set har betalt for meget for service på naturgasfyrr"*, jf. Afgørelsens punkt 471 og Duplikken side 4, selv om Principaftalen netop imødegik kundeklager over for høje priser ved at føre til en billigere Serviceordning.
- 4.10 Det ses endvidere bl.a. ved, at Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet behandlede reservedelsomkostningerne og omkostningerne til hovedeftersyn og udkald forskelligt, selv om Principaftalen *såvel i det vertikale som i det horisontale forhold* behandlede de to omkostninger ens. Begge omkostninger blev i det vertikale forhold ændret, jf. Principaftalens punkt 1, og begge omkostningsændringer fik i det horisontale forhold gennemslag over for HMN's kunder, jf. Principaftalens punkt 6. Den eneste forskel var, at reservedelsomkostningerne blev reduceret, mens omkostningerne til hovedeftersyn og udkald blev delvist øget – med den konsekvens at Serviceordningen samlet set blev mere end 9 mio. kr. (svarende til ca. 10 %) billigere for HMN's kunder.
- 4.11 Skulle man følge Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets argumentation i sagen, skulle gennemslaget af *enhver* omkostning, dvs. også de reducerede reservedelsomkostninger, *efter sin art* have samme konkurrenceskadelige potentiale. Dette savner i sagens natur mening, når kundernes reservedelspriser blev reduceret (med den fulde omkostningsbesparelse), men sammenligningen viser, at Ankenævnets og Rådets analyser er forkerte.
- 4.12 Det giver ikke mening, at det horisontale gennemslag af omkostningerne til hovedeftersyn og udkald skulle udgøre en formålsovertrædelse og – som

sket – føre til tiltale efter straffelovens § 299c med en strafferamme på op til 6 års fængsel, når konkurrencemyndighederne samtidig blåstempler det *horisontale* gennemslag af reservedelsomkostningerne ved ikke at gribe ind over for denne del af Principaftalen.

- 4.13 Som det fremgår nedenfor, er der hverken i de faktiske forhold eller i medfør af praksis støtte for at opdele Principaftalen i to ved vurderingen af, om aftalen tilsidesatte konkurrencelovens § 6. Ankenævnets og Rådets opdeling af Principaftalen førte til, at formålsvurderingen blev mangelfuld og forkert. Kendelsen skal allerede som følge heraf ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling.

De faktiske forhold: Principaftalen udgjorde et hele, hvor reservedele ikke kunne udskilles fra hovedeftersyn og udkald

- 4.14 Der er hverken i baggrunden for HMN's ønske om at omlægge Serviceordningen, forhandlingsforløbet mellem parterne eller i selve Principaftalen støtte for at opdele aftalen som gjort af Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet:
- Baggrunden for indgåelsen af Principaftalen udsprang af kundeklager over for høje reservedelspriser. Det var reservedelspriserne, og ikke abonnementspriserne, der var årsagen til Principaftalen, og det vil derfor være meningsløst at undtage reservedelspriserne fra vurderingen af aftalens formål;
 - HMN's første egentlige forslag til forhandlingsløsning af 11. april 2014 vedrørte både reservedelsomkostningerne og omkostningerne til hovedeftersyn og udkald, ligesom HMN lagde op til, at begge omkostningsposter – på en ikke nærmere angivet måde – skulle have gennemslag over for kunderne via lavere reservedelspriser og højere abonnementspris, jf. Bilag HMN's fokus i forhandlingerne var fra start af både reservedelspriserne og abonnementsprisen. Gastechs, Kiertners og Debra's e-mail af 22. april 2014 ændrede ikke herved;
 - Principaftalen regulerede i det *vertikale* forhold både reservedelsomkostningerne og omkostningerne til hovedeftersyn og udkald, jf. aftalens punkt 1. Principaftalen bestemte endvidere, at begge omkostningsformer på en ikke nærmere angivet måde skulle have gennemslag over for kunderne i det *horisontale* forhold, jf. aftalens punkt 6. Parternes aftale vedrørte således både reservedelspriserne og abonnementsprisen – helt i overensstemmelse med HMN's oprindelige tilkendegivne hensigt med omlægningen af Serviceordningen;
 - HMN orienterede kunderne om, at ændringerne i abonnementsprisen var *betinget* af gennemførelsen af de billigere reservedele, jf. Bilag I forhold til kunderne var reservedelspriserne således også en integreret del af forhandlingsresultatet;
 - Kontrollen med og udskiftningen af reservedelene var en integreret del af Serviceordningen og skete i forbindelse med hovedeftersyne-

ne/udkaldene. Kunderne kunne ikke fravælge HMN's reservedele og indkøbe deres egne, ligesom arbejds lønnen forbundet med udskiftningen af reservedele indgik som en del af abonnementsprisen i stedet for at blive lagt på reservedelspriserne. Serviceordningen udgjorde ét hele, hvor man ikke kunne udskille reservedelene fra resten af ordningen;

- Kunderne kunne heller ikke adskille omkostningerne til reservedele og abonnementsprisen, jf. Afgørelsens punkt 56-58

Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets anbringende om, at det ikke er den samlede pris inklusive reservedele, der er relevant for kunderne, jf. f.eks. ..., er ikke nærmere underbygget. Konkurrencerådet har på intet tidspunkt foretaget en markedsundersøgelse, der viser, at den samlede pris inklusiv reservedele *ikke* skulle være den relevante pris for kunderne. Anbringendet er i direkte strid med Afgørelsens punkt 56-58 og hænger ikke sammen med, at omlægningen af Serviceordningen tog afsæt i kundeklager over reservedelspriserne, der faktureres af HMN sammen med abonnementsprisen. Anbringendet er endvidere i strid med, at Ankenævnet og Rådet afgrænser det relevante marked til "*Markedet for gasfyrsservice*", jf. Afgørelsens punkt 222, og angiver, at "*Service på gasfyr indeholder et eftersyn, hvor en VVS-installatør ... kontrollerer at naturgasfyret er velfungerende og udskifter reservedele efter behov*", jf. Afgørelsens punkt 207 (egen fremhævning). Anbringendet fremstår endelig intuitivt forkert, da det afgørende for kunderne må være, hvad de samlet skal betale for at få tilset deres gasfyr og ikke, hvad de enkelte delelementer af ordningen koster.

Praksis: Principaftalen udgjorde et hele, hvor reservedele ikke kunne udskilles fra hovedeftersyn og udkald

- 4.15 Dansk praksis og EU-praksis støtter også, at Principaftalen udgjorde et hele og ikke skulle opdeles forud for formålsvurderingen.
- 4.16 Dét kommer tydeligt frem i Konkurrencerådets afgørelse af 27. august 2003, *DONG's aftaler om gasfyrsservice (DONG-sagen)*. *DONG-sagen* er særlig interessant, fordi afgørelsen vedrørte helt samme marked og ydelser som i nærværende sag, og fordi Konkurrencerådet konkluderede, at DONG's aftale med selskabets servicepartnere ikke faldt ind under konkurrencelovens § 6. Det på trods af, at DONG og servicepartnere aftalte, at der skulle ske en fordeling af kunderne mellem parterne i forholdet 1:5, hvilket som udgangspunkt udgør en *horisontal* kundedelingsaftale. Når Konkurrencerådet kunne acceptere denne alvorlige konkurrencebegrænsning, kan det kun forklares med, at Rådet vurderede det vertikale og horisontale forhold samlet og konkluderede, at DONG's aftale samlet set ikke begrænsede konkurrencen, jf. også *DONG-afgørelsens* punkt 2:

"2. De to sæt af aftaler – underentreprenøraftalen med VVS-virksomhederne og serviceaftalen overfor gaskunderne – skal ses i sammenhæng med hinanden, da serviceaftalen er en forudsætning for underleverandøraftalen." (egen fremhævning)

- 4.17 Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2018 i sag U-2-16 og U-3-16, *Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S mod Konkurrencerådet (Vejstribe-sagen)*, støtter også, at Principaftalen i relation til konkurrencelovens § 6 skal vurderes under ét. ...
- 4.18 Vestre Landsret foretog også ved dom af 19. maj 2010 i sag V.L. S-0513-10, *Dyrlæge-sagen*, en bredere kontekstvurdering af en samarbejdsaftales objektive formål. Retten fandt ikke i sagen, at en aftale mellem en række dyrlæger i Aarhus om at fordele dyrlægevagterne imellem sig havde til formål at begrænse konkurrencen.
- 4.19 Konkurrenceankenævnet fandt i kendelse af 17. maj 2001, *Interflora-Danmark*, at en aftale skulle vurderes i sin helhed og i sin rette kontekst. ...
- 4.20 Konkurrenceankenævnet fandt også i kendelse af 18. marts 1999, *MD Foods A.m.b.A. og Kløver Mælk A.m.b.A.*, at spørgsmålet om konkurrencebegrænsning skulle tage udgangspunkt i parternes *aftalekompleks* som helhed og ikke i de enkelte aftaler/aftalernes enkelte bestemmelser. ...
- 4.21 EU-Domstolen har vurderet, at det afgørende i relation til TEUF artikel 101 er, om selve *aftalen* er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, og ikke om de enkelte *bestemmelser* i aftalen isoleret set måtte være konkurrencebegrænsende. I sag C-345/14, *Maxima Latvija*, ... Domstolen sondrede skarpt mellem *lejekontrakten* som helhed og den mulige konkurrencebegrænsende *bestemmelse* og fandt, at erhvervslejekontrakten ikke havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. præmis 22-24 i Domstolens dom af 26. november 2015:
- ...
- 4.22 Domstolen har også i andre tidligere sager foretaget bredere vurderinger af aftalers objektive formål i relation til TEUF artikel 101, jf. f.eks. dom af 11. september 2014 i sag C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, præmis 40-94. ...
- 4.23 Praksis fra andre EU-lande støtter tilsvarende, at Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets opdeling af Principaftalen var forkert. Den svenske Patent- og marknadsöverdomstolen fandt f.eks. ved dom af 29. november 2017 i sag PMT 7498-16, *Konkurrensverket mod Alfa Quality Moving Aktiebolag*, at en aftale, der som udgangspunkt indeholdt en bestemmelse om markedsdeling, skulle ses i sin helhed. ...
- 4.24 Patent- og marknadsöverdomstolens afgørelse ligger tæt op ad princippet om accessoriske begrænsninger, der også viser, at en aftale skal vurderes i sin helhed. I modsat fald ville enhver accessorisk begrænsning udgøre en konkurrencebegrænsning, og med Ankenævnets og Rådets tilgang endda en formålsovertrædelse.
- 4.25 Samlet er der ikke belæg for Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets opdeling af Principaftalen. Opdelingen indebærer en skævvridning af aftalens objektive formål og parternes subjektive hensigter, der fører til en mangelfuld og forkert formålsvurdering.

Re b): En korrekt formålsvurdering viser, at Principaftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen

4.26 HMN gør gældende, at en korrekt formålsvurdering baseret på hele Principaftalen, dvs. såvel ændringerne i reservedelspriserne som abonnementspriserne, viser, at aftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen.

4.27 Konkurrencereglerne, dvs. TEUF artikel 101 og 102 samt konkurrencelovens §§ 6 og 11, har grundlæggende til formål at forbedre *effektiviteten* i markedet.

Aftaler, der ikke skader effektiviteten i markedet, er konkurrenceretligt uproblematisk.

4.28 Det afgørende formål med konkurrencereglerne er derfor at ramme adfærd, der enten har eller konkret er egnet til have konkurrencebegrænsende virkninger. Det gør sig også gældende for formålsovertrædelser under TEUF artikel 101 og konkurrencelovens § 6, selv om det for formålsovertrædelser ikke er nødvendigt at påvise konkrete virkninger, jf. Generaladvokat Wahl i forslag til afgørelse i sag C-413/14 P, *Intel*, punkt 43:

...

4.29 EU-Domstolen har præciseret formålsbegrebet i en række nyere domme, jf. f.eks. dom af 11. september 2014 i sag C-67/13, *Cartes Bancaires*, dom af 19. marts 2015 i sag C-286/13 P, *Dole Food Company*, dom af 26. november 2015 i sag 345/14, *Maxima Latvija*, dom af 20. januar 2016 i sag C-373/14 P, *Toshiba*, dom af 6. december 2017 i sag 230/16, *Coty*, og dom af 23. januar 2018 i sag C-179/16, *Hoffmann-La Roche*. Det følger af Domstolens praksis, at formålsbegrebet skal fortolkes indskrænkende og er forbeholdt de meget alvorlige former for konkurrencebegrænsende adfærd som f.eks. hemmelige pris- eller markedsdelingsaftaler, jf. bl.a. *Cartes Bancaires*-sagens præmis 51 og 58:

...

4.30 Kernen i formålsbegrebet er, at en aftale i sig selv, dvs. efter sin art, rummer "et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornuddent at påvise faktiske indtrådte skadevirkninger", jf. f.eks. Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. april 2016 i *Vejstribe*-sagen.

4.31 Parterne er enige om, at den konkurrenceretlige formålsvurdering skal foretages ved at analysere (i) *indholdet af aftalens bestemmelser*, (ii) *de objektive formål*, som aftalen tilsigter at opfylde, samt (iii) *den økonomiske og retlige sammenhæng*, hvori aftalen indgår, herunder arten af de produkter eller ydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, jf. bl.a. Afgørelsens punkt 372, Domstolens dom i *Cartes Bancaires*-sagen, præmis 53, og Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. september 2018 i sag KL-22017, *Icopal Danmark ApS m.fl. mod Konkurrencerådet*. En parts subjektive hensigt er ikke afgørende for vurderingen af, hvorvidt en aftale er konkurrencebegrænsende, men konkurrencemyndighederne kan tage den i betragtning, jf. bl.a. Domstolens dom i sag C-286/13 P, *Dole Food*, præmis 118, og *Cartes Bancaires*-sagen, præmis 54. En parts subjektive hensigt er

omvendt ikke tilstrækkelig til at fastslå, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, jf. bl.a. Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i *Cartes Bancaires*-sagen, punkt 109.

Principaftalen

- 4.32 HMN gør gældende, at Konkurrenceankenævnet ikke har løftet sin bevisbyrde for, at Principaftalens egentlige formål var at begrænse konkurrencen. Ankenævnet og Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at der var "fornøden sikkerhed for, at [Principaftalen] efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktiske indtrådte skadevirkninger", jf. *Vejstribe*-sagen.
- 4.33 HMN's forhandlingsoplæg af 11. april 2014 udsprang fra kundeklager over for høje reservedele, og Principaftalen blev indgået for at imødekomme disse klager. Principaftalen reducerede HMN's omkostninger til Servicepartnerne til gavn for kunderne, der samlet set fik en Serviceordning, som var ca. 9 mio. kr. billigere. Dét øgede konkurrencen mellem HMN's Serviceordning, Servicepartnernes egne ordninger og servicemarkedet i øvrigt, dvs. i det horisontale forhold. Det øgede endvidere konkurrencen på indkøbet af reservedele, da det blev vigtigere for Servicepartnerne at forhandle med grossisterne om attraktive priser.
- 4.34 Omlægningen af Serviceordningen – således som omlægningen kom til udtryk i Principaftalen – var derfor efter sin karakter ikke konkurrencebegrænsende.
- 4.35 Der foreligger ikke øvrige forhold, der taler for, at Principaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Det er forkert, når Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet vurderede, at aftalen fjernede en relevant risiko i markedet.
- 4.36 Servicepartnerne – og andre markedsaktører – vidste, at HMN drev Serviceordningen som en nulforretning, og at ændrede omkostninger derfor nødvendigvis ville have gennemslag i forhold til kunderne. Gennemslaget af både reservedelsomkostningerne og omkostningerne til hovedeftersyn og ud kald fjernede derfor ikke nogen risiko i markedet, men bød sig til "som en så nærliggende mulighed", at en ikke nærmere konkretiseret aftale herom ikke kan antages i sig selv at have til formål at begrænse konkurrencen, jf. afsnit 6.5 i Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2009, *Dansk Transport og Logistik*. Det kunne endvidere ikke forventes eller kræves, at HMN ville begynde at drive Serviceordningen med tab, hvilket ikke blot ville være forretningsmæssigt uforsvarligt (sml. *Vejstribe*-sagen), men sandsynligvis også ulovligt efter konkurrencelovens § 11. Den reelle økonomiske usikkerhed var således ikke, om de ændrede omkostninger til Servicepartnerne ville få gennemslag over for kunderne, men hvordan gennemslaget ville udmønte sig. Sidstnævnte forhold sagde Principaftalen ikke noget om.
- 4.37 Dansk praksis og EU-praksis understøtter, at Principaftalen ikke kan anses at have til formål at begrænse konkurrencen. Formålsovertrædelser skal reserveres til undtagelsestilfældene, hvor der ikke er tvivl om, at aftalen kan have alvorlige konkurrenceskadelige virkninger.

- 4.38 Underleverandøraftaler mellem konkurrenter anses ikke for at have til formål at begrænse konkurrencen. Det er heller ikke tilfældet, selv om aftalen måtte have betydning i det horisontale forhold mellem aftaleparterne, jf. Konkurrencerådets afgørelse af 27. august 2003, *DONG's aftaler om gasfyrsservice*. DONG-afgørelsen er som nævnt særlig interessant, fordi afgørelsen vedrørte helt samme marked og ydelser som i nærværende sag. Det er i øjenfaldende, at Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet endnu ikke troværdigt har forsøgt at forklare, hvordan Principaftalen kunne have til formål at begrænse konkurrencen, når DONG's aftale var lovlig, sml. Det er ikke dækkende, når det blot kort anføres, at DONG-sagen ikke vedrørte det horisontale forhold mellem DONG og servicepartnerne: DONG-aftalen gik som nævnt ud på, at DONG og servicepartnerne skulle fordele kunder imellem sig i forholdet 1:5, dvs. skulle fordele kunderne i det horisontale forhold.
- 4.39 EU-Domstolen fandt endvidere ved dom af 26. november 2015 i sag C-345/14, *Maxima Latvija*, at en vertikal aftale, der samtidig regulerede det horisontale forhold mellem konkurrenter, ikke havde til formål at begrænse konkurrencen.
- 4.40 Det fremstår da også ubegrundet, når Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet finder, at gennemslaget af omkostningerne til hovedeftersyn/udkald i abonnementsprisen havde til formål at begrænse konkurrencen, mens gennemslaget af reservedelsomkostningerne i reservedelspriserne var konkurrence retligt uproblematisk. Det var endvidere uden betydning for konkurrencen i markedet, om HMN satte kundepriserne ned som sket, eller om HMN havde reduceret reservedelspriserne delvist mod ikke at ændre abonnementspriserne. Når HMN valgte den første løsning, var det ikke for at begrænse konkurrencen, men for at imødekomme kundeønskerne mest muligt og gennemføre så kostægte priser som muligt.
- 4.41 Der er samlet ikke belæg for at konkludere, at Principaftalen udgjorde en formålsovertrædelse, dvs. "det værste af det værste" inden for konkurrenceretten. Konkurrenceankenævnet har ikke godtgjort et sådant konkurrenceskadeligt potentiale ved aftalen, at Ankenævnet blev fritaget for pligten til at bevise konkrete konkurrenceskadelige virkninger, jf. bl.a. *Cartes Bancaires*-sagen og *Vejstribes*-sagen. Konkurrenceankenævnets formålsvurdering var forkert, og Kendelsen skal ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Re c): Selv hvis man kunne dele Principaftalen op var Konkurrenceankenævnets formålsvurdering forkert

- 4.42 HMN gør gældende, at Konkurrenceankenævnets formålsvurdering også er forkert, selv hvis Principaftalen måtte kunne opdeles i flere dele.
- 4.43 Konkurrenceankenævnet begik en retlig fejl ved at opstille en formodning for en formålsovertrædelse, der sammenblander begreberne "til formål" og "til følge". Sammenblandingen skete ved, at Ankenævnet i sin formålstest pålagde HMN at godtgøre, at "priserne for slutbrugerne ikke ville være blevet reduceret yderligere", jf. ...

4.44 Konkurrenceankenævnets formålsanalyse strider derved åbenbart med kravene efter EU-konkurrenceretten, jf. også Generaladvokat Kokott i forslag til afgørelse i sag C-8/08, *T-mobile*, punkt 45:

...

4.45 Konkurrenceankenævnets formålsanalyse indebærer endvidere, at formålsbegrebet *ikke* bliver fortolket indskrænkende til kun at omfatte de typer af aftaler, der i sig selv – efter deres art – er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge virkningerne. Ankenævnet udvider i stedet formålsbegrebet til at dække en situation, som kun bliver anset for at være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, *hvis* HMN ikke fører dokumentation for aftalens manglende virkninger. Dette er i direkte strid med EU-praksis, jf. *Cartes Bancaires*-sagen.

4.46 Konkurrencemyndighederne har bevisbyrden for, at der foreligger en formålsovertrædelse. Konkurrencemyndighederne kan ikke løfte sin bevisbyrde ved at opstille en abstrakt og udokumenteret hypotese om, at priserne for slutbrugerne kunne være blevet reduceret yderligere uden aftalen. Der er ingen dokumentation for, at det var forretningsmæssigt forsvarligt at sætte priserne lavere, når hele reservedelsbesparelsen blev videregivet til kunderne. Forhandlingsforløbet mellem HMN og Servicepartnerne viser, at HMN gik til grænsen i forhandlingerne og opnåede det bedst mulige resultat, og kunderne fik 100 % glæde af forhandlingsresultatet.

4.47 Konkurrenceankenævnets formodning om en formålsovertrædelse strider mod uskyldsformodningen i artikel 48, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter, jf. Domstolens dom i sag C-74/14, *Eturas*, præmis 41. Den opstillede formodning, der kun kan tilbagevises, hvis HMN godtgør, at "*priserne for slutbrugerne ikke ville være blevet reduceret yderligere*", har nærmere karakter af et såkaldt "*probatio diabolica*", dvs. et umuligt (negativt) bevis. Brugen af "*probatio diabolica*" strider mod EU-retten, jf. f.eks. Rettens dom af 14. marts 2013 i sag T-587/08, *Fresh Del Monte Produce*, præmis 689, Generaladvokat Mischos' forslag til afgørelse i sag C-6/99, *Greepeace France*, punkt 72, og Generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, *Paranova*, punkt 103. I sidstnævnte forslag til afgørelse udtalte Generaladvokat Jacobs nærmere:

...

4.48 Generaladvokats Jacobs udtalelse står i skærende kontrast til Konkurrenceankenævnets anbringende om, at "*Det påhviler ikke konkurrencemyndighederne at redegøre for, hvilke konkrete beviser der vil være tilstrækkelige til, at HMN kan løfte sin bevisbyrde for, at den horisontale prisaf tale ikke har til formål at begrænse konkurrencendet*", jf. HMN har godtgjort – og Ankenævnet har tiltrådt – at Serviceordningen blev mere end 9 mio. kr. billigere, og at dette forhandlingsresultat blev opnået efter langvarige og særdeles hårde forhandlinger med Gastech, Kiertner og Debra. HMN kan ikke herudover pålægges at godtgøre "*noget mere*" for at vise, at priserne ikke ville være blevet reduceret yderligere – og slet ikke når Ankenævnet ikke kan redegøre for, hvad dette "*noget mere*" skulle omfatte.

- 4.49 Selv hvis man kunne opdele Principaftalen, inden formålsvurderingen blev gennemført, ville Konkurrenceankenævnets vurdering være mangelfuld og forkert og bør føre til ophævelse, subsidiært hjemvisning.

Re d): Konkurrencelovens § 8

- 4.50 Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 finder ikke anvendelse, såfremt en aftale opfylder betingelserne for at blive fritaget efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.
- 4.51 En aftale kan fritages efter § 8, stk. 1, såfremt følgende fire kumulative betingelser er opfyldt:
- 1) aftalen bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
 - 2) aftalen sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
 - 3) aftalen pålægger ikke virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
 - 4) aftalen giver ikke virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.
- 4.52 Det er parterne i en aftale, der skal godtgøre, at betingelserne i Konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt. Godtgøres dette, påhviler det de relevante konkurrencemyndigheder at godtgøre, at betingelserne alligevel ikke er opfyldt.
- 4.53 Det fremgår udtrykkeligt af praksis, at konkurrencelovens § 8, stk. 1, også finder anvendelse på aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, jf. f.eks. Konkurrencerådets afgørelse af 29. oktober 2003, *Anmeldelse af brancheaftale om prisberegningsprincipper for lejebetaling for fællesudnyttelse af master til radiokommunikationsformål, der er under 50 meter*, Konkurrencerådets afgørelse af 26. november 2003, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, samt Kommissionens beslutninger af 7. april 2004, *Société Air France/Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.*, og af 24. januar 1999, CECED.
- 4.54 Konkurrencerådet henviser i ... til, at det fremgår af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08) punkt 46, at det ikke er sandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder betingelserne i TEUF artikel 101, stk. 3. Denne passus er begrundet i retningslinjernes punkt 46 med, at de såkaldte *hardcore* konkurrencebegrænsninger normalt ikke skaber objektive økonomiske fordele eller er til gavn for forbrugerne. Der skal i den forbindelse sondres mellem de klassiske *hardcore* konkurrencebegrænsninger (som f.eks. egentlige priskarteller og markedsdelingskarteller) og andre former for "til formål"-overtrædelser, som på ingen måde har samme konkurrenceskadelige potentiale som de klassiske *hardcore* begrænsninger, sml. også Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. september 2018 i sag KL-2-2017, *Icopal Danmark ApS m.fl. mod Konkurrencerådet*.

4.55 Hvis retten i nærværende sag (modsat HMN) måtte finde, at der foreligger en formålsovertrædelse, skal retten fortsat foretage en udførlig vurdering efter § 8. Retten skal i den forbindelse inddrage, at det konkurrenceskadelige potentiale – og deraf mulige konkurrenceskadelige virkninger – af Principaftalen under alle omstændigheder er begrænset og ikke kan sidestilles med et egentligt kartel, og at der derfor ikke skal meget til, førend betingelser efter § 8 kan anses for opfyldt.

4.56 Vurderingen af, om Principaftalen kan fritages efter konkurrencelovens § 8, skal tage afsæt i *aftalens samlede nettoeffekt*, dvs. inkl. de positive virkninger på konkurrencen ved de reducerede reservedelspriser. Det er endvidere uden betydning, om Principaftalen måtte kunne opdeles som påstået af Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet, jf. Kommissionens Meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), punkt 33 og 43:

...

4.57 Her er det netop den samme gruppe af forbrugere, der blev berørt af både de reducerede reservedelspriser og de øgede abonnementsudgifter og som derfor nød godt af nettoeffekten af omlægningen af Serviceordningen.

4.58 HMN gør overordnet gældende, at Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets § 8-vurdering er mangelfuld og forkert ved at opdele Principaftalen i flere dele, således at de reducerede reservedelsomkostninger – og dermed de reducerede reservedelspriser – ikke indgik i vurderingen af aftalens nettoeffekt. En korrekt formålsvurdering foretaget på baggrund af hele Principaftalen viser, at de fire kumulative betingelser under § 8 er opfyldt.

4.59 ...

§ 8, stk. 1, nr. 1: Aftalen bidrager til at styrke effektiviteten

4.60 Allerede fordi Konkurrenceankenævnet har konkluderet, jf. Kendelsens side 18, at Serviceordningen samlet set blev mere end 9 mio. kr. billigere for kunderne, har HMN løftet bevisbyrden for, at Principaftalen styrkede effektiviteten i § 8, stk. 1, nr. 1's forstand, jf. også Kommissionens Meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), punkt 64ff.

4.61 Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet begik en retlig fejl ved ikke at inddrage besparelsen på mere end 9 mio. kr. i § 8-vurderingen. Konkurrenceankenævnet anerkender i ..., at den samlede omkostningsbesparelse, der udsprang af Principaftalen, skal indgå i § 8-vurderingen. På trods heraf udskilte Ankenævnet og Rådet besparelsen på 9 mio. kr. fra effektivitetsanalysen med den begrundelse, at sagen ikke vedrørte reservedelsomkostningerne/reservedelspriserne, jf. Afgørelsens punkt 539-541:

...

- 4.62 Omlægningen af Serviceordningen førte endvidere til, at konkurrencen på indkøbet af reservedele blev styrket, da Servicepartnerne fik et større incitament til at forhandle om reservedelepriserne på indkøbsmarkedet. Også denne effektivitetsfordel undlod Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet at inddrage i vurderingen.
- 4.63 Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets fejl indebærer, at hele § 8-vurderingen blev forkert. Vurderingen af de øvrige betingelser i § 8, stk. 1, forudsætter, at effektivitetsfordelene (dvs. nettoeffekten af hele omlægningen af betalingen for reservedele og abonnement) er vurderet og inddraget korrekt, jf. nedenfor.

§ 8, stk. 1, nr. 2: Aftalen sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene

- 4.64 Det er efter HMN's opfattelse åbenbart, at betingelsen i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 2, er opfyldt.
- 4.65 For at betingelsen er opfyldt, er det ikke nødvendigt, at hver individuel forbruger drager fordel af den undersøgte aftale. Det er tilstrækkeligt, at virkningerne på forbrugerne *som helhed* er gunstig, jf. Domstolens dom af 23. november 2006 i sag C-238/05, *Asnef-Equifax*, præmis 70.
- 4.66 HMN tog initiativ til at omlægge Serviceordningen for at imødekomme kundeklager, og HMN's forslag til aftale af 11. april 2014 samt selve Principaftalen forudsatte, at de reducerede omkostninger til Servicepartnerne skulle have gennemslag over for kunderne og dermed komme kunderne til gode. Serviceordningen blev mere end 9 mio. kr. (svarende til ca. 10 %) billigere for HMN's kunder, og forbrugerne fik 100 % fordel af den aftalte omkostningsreduktion.
- 4.67 Besparelsen kom samtidig indirekte andre slutbrugere til gode, idet den billigere Serviceordning lagde et større konkurrencepres på markedets øvrige serviceordninger, jf. Afgørelsens punkt 91, 281, 300 og 311, hvor det er anført, at de billigere reservedelspriser over for HMN's kunder også ville slå igennem over Servicepartnernes egne kunder.
- 4.68 Konkurrenceankenævnets og Konkurrencerådets vurdering af betingelse nr. 2 gik heroverfor alene ud på at konstatere, at det ikke var "relevant" at vurdere betingelsen, og at eventuelle effektivitetsgevinster "formodningsvist" ikke havde betydning for Servicepartnernes kunder, jf. Afgørelsens punkt 546-547:
- ...
- 4.69 Denne "vurdering" er åbenbar utilstrækkelig og strider direkte imod, at de lavere reservedelspriserne til HMN's kunder som nævnt også ville få betydning for Servicepartnernes egne kunder, jf. Afgørelsens punkt 91, 281, 300 og 311. Ankenævnet og Rådet har på ingen måde tilbagevist, at de af Ankenævnet konstaterede effektivitetsgevinster på mere end 9 mio. kr. kom kunderne (forbrugerne) til gode i § 8, stk. 1, nr. 2's forstand.

§ 8, stk. 1, nr. 3: Aftalen pålægger ikke virksomhederne begrænsninger, der er unødvendige for at opnå disse mål

- 4.70 Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet anførte også vedrørende betingelse nr. 3, at det ikke var "relevant" at vurdere denne betingelse, da der ikke var dokumenteret effektivitetsgevinster, jf. Afgørelsens punkt 549. Ankenævnets og Rådets vurdering vedrørende betingelse nr. 3 lider således også af følgevirkningerne af den fejl, som Ankenævnet og Rådet begik vedrørende vurderingen af betingelse nr. 1.
- 4.71 Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet anførte endvidere, jf. Afgørelsens punkt 550, at "[d]en besparelse og det øgede konkurrencepres, som HMN henviser til, ville i sig selv allerede være opnået ved omlægningen af afregningsprisen mellem HMN og servicepartnere" (egen understregning). Dette er forkert. De reducerede reservedelsomkostninger i det *vertikale* forhold mellem HMN og Servicepartnere førte kun til lavere kundepriser og et øget konkurrencepres, *fordi* ændringen i reservedelsomkostningerne fik gennemslag i det *horisontale* forhold over for HMN's kunder.
- 4.72 Det relevante retlige spørgsmål, som Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet burde have undersøgt, var derfor, om *gennemslaget af omkostningerne til hovedeftersyn og udkald*, der påvirkede abonnementspriserne, var *nødvendigt* for at opnå gennemslaget af reservedelsomkostningerne, der førte til lavere reservedelspriser – og dermed til en *nettogevinst* for kunderne.
- 4.73 Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet undersøgte ikke dette forhold, og myndighedernes § 8-vurdering er derfor også af denne grund mangelfuld og forkert.
- 4.74 HMN gør gældende, at Principaftalens bestemmelser om gennemslag af omkostningerne til hovedeftersyn og udkald (der havde betydning for ændringen af kundernes abonnementspris) var nødvendige for at få reduceret reservedelspriserne og dermed samlet set gøre Serviceordningen billigere for kunderne.
- 4.75 Det retlige kriterium efter § 8, stk. 1, nr. 3, er, om den påståede konkurrencebegrænsning "*med rimelighed*" var nødvendig for at opnå de effektivitetsgevinster, som Principaftalen førte til, jf. Kommissionens Meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), punkt 73. Det indebærer bl.a., at konkurrencebegrænsninger kan være nødvendige efter § 8 "*for at få parternes incitament afstemt efter hinanden og sikre, at de koncentrerer sig om aftalens gennemførelse*", jf. retningslinjernes punkt 80.
- 4.76 Vurderingen heraf skal tage markedsvilkårene og den økonomiske realitet, som HMN stod over for, i betragtning. Vurderingen skal omvendt ikke indebære en revurdering af HMN's forretningsmæssige beslutninger, ligesom vurderingen ikke skal forholde sig til teoretiske eller hypotetiske scenarier, jf. Kommissionens Meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), punkt 73, samt Sø- og Handelsrettens dom i *Vejstribesagen* side 357.

- 4.77 Det langstrakte og anspændte forhandlingsforløb mellem HMN og Gastech, Kiertner og Debra viser entydigt, at HMN gik til grænsen og opnåede det bedst mulige resultat. HMN's første egentlige løsningsforslag af 11. april 2014, der i det store og hele endte med at finde vej til Principaftalen, blev i første omgang stemplet som "aldeles uacceptabelt", "uartigt" og som "rene mafia metoder", jf. ...
- 4.78 Den omstændighed, at HMN kompenserede Servicepartnerne med et tillæg for hovedeftersyn og udkald – og lod omkostningerne få gennemslag over for kunderne – var i det lys "nødvendigt" for at imødekomme kundeklagerne og få sænket reservedelspriserne. Det ville endvidere ikke have været forretningsmæssigt forsvarligt – og næppe heller lovligt – hvis HMN havde videreført reservedelsbesparelserne 100 % til kunderne og var begyndt at drive ordningen med tab ved ikke at videreføre de delvist øgede omkostninger til hovedeftersyn og udkald til kunderne. Dette ville endvidere gøre op med princippet om at drive Serviceordningen som en nulforretning og dermed stride med HMN's opfattelse af at være "kundernes selskab".
- 4.79 Der er på den baggrund ikke tvivl om, at alle dele af Principaftalen var nødvendige for at opnå det bedst mulige forhandlingsresultat for kunderne, og at det opnåede forhandlingsresultat var sagligt og proportionalt i forhold til at gøre Serviceordningen mere end 9 mio. kr. billigere for kunderne.

§ 8, stk. 1, nr. 4: Aftalen giver ikke virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen

- 4.80 Principaftalen udelukkede på ingen måde konkurrencen på markedet.
- 4.81 Principaftalen førte til lavere priser og mere konkurrence på markedet for service af gasfyr. Aftalen førte endvidere til mere konkurrence på markedet for indkøb af reservedele.
- 4.82 Betingelse nr. 4 var derfor også opfyldt.

Konklusion

- 4.83 HMN har i tilstrækkelig grad dokumenteret, at Principaftalen opfyldte de fire kumulative betingelser i konkurrencelovens § 8. Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet har ikke efterfølgende godtgjort, at betingelserne alligevel ikke skulle være opfyldt.
- 4.84 Såfremt Sø- og Handelsretten måtte finde, at Principaftalen begrænser konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, kan aftalen derfor opnå individuel fritagelse efter lovens § 8.
- 4.85 Den indbragte Kendelse skal også af denne grund ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling i Konkurrencerådet."

For Konkurrencerådet er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 19. februar 2019, hvoraf fremgår bl.a.:

”3. ANBRINGENDER

3.1 Indledning

Til støtte for frifindelsespåstanden gøres det overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets kendelse af 13. juli 2017 ..., hvorved ankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016 ... om, at HMN og servicepartnerne har indgået en aftale om koordinering af serviceudbydernes abonnementspriser for service på naturgasfyre til slutbrugere, som i strid med konkurrencelovens § 6 har til formål at begrænse konkurrencen, og at det ikke er dokumenteret, at aftalen opfylder betingelserne for fritagelse i konkurrencelovens § 8.

3.2 Konkurrencelovens § 6

3.2.1 *Der er indgået en horisontal prisaftale*

Efter konkurrencelovens § 6, der skal fortolkes i overensstemmelse med den tilsvarende bestemmelse i TEUF artikel 101, stk. 1, er det forbudt for virksomheder at indgå aftaler eller samordnet praksis mv., der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb og omfatter både mundtlige, skriftlige, udtrykkelige og stiltiende aftaler, jf. nærmere punkt 254ff i rådets afgørelse. Det afgørende er, at de involverede virksomheder har en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Det er ikke afgørende, hvorledes denne vilje manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje, jf. C-2/01 P, Bayer mod Kommissionen, EU:C:2004:2, præmis 97.

Efter Konkurrencerådets opfattelse er det ubestrideligt, at HMN og servicepartnerne har indgået en horisontal aftale om koordinering af priserne på serviceabonnementer, og at dette er dokumenteret i overensstemmelse med de beviskrav, der gælder herfor, jf. nærmere om begrundelsen i punkt 275-335 i rådets afgørelse. Det er uden betydning, om denne horisontale prisaftale fremgår direkte af Principaftalen eller også skal udledes af parternes øvrige korrespondance i forbindelse med forhandling af principaftalen.

Det samlede materiale i sagen viser således klart og utvetydigt, at aftaleparterne under forhandlingerne var enige om, at prisstigningen i det vertikale forhold mellem HMN og serviceparterne skulle reflekteres i HMN's slutbrugerpriser på abonnementer for service for naturgasfyre, så servicepartnerne kunne hæve deres slutbrugerpriser på tilsvarende abonnementer.

Det fremgår bl.a. nærmere af sagens oplysninger, at HMN og de øvrige parter under forhandlingsforløbet var fuldt ud opmærksomme på, at en ændret betaling til servicepartnerne kunne få betydning for servicepartnernes rentabilitet, herunder at prisen på servicepartnernes egne serviceabonnementer (dvs. i det horisontale forhold, hvor parterne var konkurrenter) kunne blive påvirket negativt, og at der skulle findes en for parterne tilfredsstillende løsning herpå, jf. ...

Gastech, Kiertner og DEBRA sendte i forlængelse af denne interne korrespondance den 22. april 2014 et fælles brev til HMN, hvor de havde som forudsætning for de videre forhandlinger, at HMN's forbrugerpriser skulle stige for at sikre, at servicepartnerne kunne hæve prisen på deres egne serviceabonnementer. Af brevet fremgår, at forhandlingerne ikke kun vedrørte afregningsprisen mellem HMN og servi-

cepartnerne (vertikalt), men også slutbrugerprisen på serviceabonnementerne på naturgasfyr (horisontalt):

...

HMN var under forhandlingerne indforstået med, at prisstigningen i det vertikale forhold mellem HMN og servicepartnerne skulle reflekteres i HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementer dvs. i det horisontale forhold, hvor parterne var konkurrenter. Dette fremgår bl.a. af et internt dokument fra HMN dateret 25. april 2014 (punkt 99 i rådets afgørelse), hvoraf fremgår, at HMN ville fremsende et nyt forhandlingsudspil inden næste forhandlingsmøde den 29. april 2014, og at udspillet ville blive fulgt af en følgeskrivelse, hvori det bl.a. om øvrige forudsætninger nævnt i brevet af 22. april 2014 hedder:

"ad. 1 Forhøjelse af betalingen for hovedeftersyn og udkald reflekteres i HMN Naturgas' abonnementspris." (min understregning)

På baggrund af forhandlingerne sendte HMN den 29. april 2014 en mail til repræsentanterne for DEBRA, Gastech og Kiertner, hvor et dokument med titlen "Principaftale" er vedhæftet med følgende indhold ...:

...

Korrespondancen mellem HMN, DEBRA, Kiertner og Gastech i perioden efter indgåelsen af principaftalen viser i øvrigt, at parterne ikke tog afstand fra aftalen og/eller den samordnede praksis om abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere. ...

Endelig fremgår det af sagens oplysninger, at HMN efter den indgåede horisontale pris aftale rent faktisk med virkning fra den 1. maj 2014, dvs. to dage efter indgåelse af principaftalen, hævede prisen på serviceabonnementer med 10 % i forhold til kunderne, jf. ..., hvilket dog ikke er afgørende for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

3.2.2 Den horisontale pris aftale har til formål at begrænse konkurrencen

Konkurrenceankenævnet har fundet, at den horisontale pris aftale har til formål at begrænse priskonkurrencen på serviceabonnementer på naturgasfyr til slutbrugere.

Om baggrunden for denne vurdering fremhæves, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 hviler på et grundprincip om, at enhver virksomhed uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet, jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-8/08, T-Mobile, EU:C:2009:343, præmis 32-33.

Denne uafhængighed udelukker kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt, der er egnet til enten at have indflydelse på en eksisterende eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller over for en konkurrent at afsløre den adfærd, som virksomheden selv har bestemt sig for at udvise, eller som virksomheden overvejer at udvise, når sådanne kontakter har til formål (eller følge) at påvirke konkurrencen, jf. sag C-74/14, Eturas, EU:C:2016:42, præmis 27.

Det fremgår heraf bl.a., at en aftale efter fast retspraksis siges at have til formål at begrænse konkurrencen, hvis en undersøgelse af navnlig 1) rækkevidden af afta-

lens indhold, 2) de formål aftalen efter en objektiv vurdering tilsigter at opfylde samt 3) den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, jf. eksempelvis Domstolens domme i sag C-32/11, Allianz Hungaria, EU:C:2013:160, sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, sag C-172/14, ING Pensii, EU:C:2015:484, sag C-345/14, SIA Maxima Latvija, EU:C:2015:784, og sag C-373/14 P, Toshiba, EU:C:2016:26.

Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den konkurrencebegrænsende karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne at tage denne hensigt i betragtning, jf. præmis 54 i sag C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, med henvisninger til yderligere praksis, hvilket da også sker i vidt omfang, jf. Faull&Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. udgave, 2014, side 236.

Hvad angår vurderingen af parternes horisontale prisaf tale, er der konkret lagt vægt på, at indholdet af aftalen mellem HMN, Gastech, Kiertner og DEBRA, der var aktuelle konkurrenter, jf. ..., bl.a. var, at HMN skulle hæve sine abonnementspriser til slutbrugerne for at sikre, at servicepartnere også havde mulighed for at hæve deres abonnementspriser i forhold til deres andre slutkunder, jf. ...

Udover at ramme HMN's egne slutkunder førte den horisontale prisaf tale således også til, at priskonkurrencen på abonnementer i forhold til servicepartnernes andre slutkunder helt eller delvist blev sat ud af kraft.

Formålet med den horisontale prisaf tale, der blev gennemført, var – ud fra både en objektiv og subjektiv (dvs. efter parternes egen udtrykkeligt tilkendegivne hensigt) vurdering – at mindske priskonkurrencen mellem HMN og servicepartnere i relation til abonnementspriser til slutbrugerne (det horisontale forhold). Dette skete med henblik på at undgå at ødelægge servicepartnernes indtjeningsgrundlag i forbindelse med deres individuelle og selvstændige kundeforhold, jf. ...

Det er uden betydning for vurderingen heraf, om aftalen er "hemmelig" eller er indgået i offentlighed. Det afgørende er aftalens indhold, jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-209/07, BIDS, EU:C:2008:643, og sag C-32/11, Allianz Hungaria, EU:C:2013:160.

Hvad angår kriteriet om den retlige og økonomiske kontekst, skal der i henhold til den ovenfor gengivne retspraksis tages hensyn til ethvert relevant forhold, navnlig arten af de pågældende varer eller tjenesteydelser, og hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer. Der er imidlertid ikke krav om en mere dybtgående eller fuldstændig analyse af markedsforholdene, herunder af de angivelige konkurrencefremmende virkninger af aftalen, som indgår i vurderingen efter TEUF artikel 101, stk. 3, jf. herved jf. Faull&Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. udgave, 2014, side 235ff samt eksempelvis Domstolens domme i sag C-226/11, Expedia, EU:C:2012:795, præmis 35ff, sag C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, præmis 48ff og 78ff, sag C-373/14 P, Toshiba, EU:C:2016:26, præmis 28ff.

Visse aftaler, herunder horisontale prisaf taler, har endvidere efter fast retspraksis et konkurrencebegrænsende formål i sig selv og tilhører en kategori af aftaler, som konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, udtrykkeligt forbyder, idet et sådant formål i udgangspunktet ikke kan retfærdiggøres gennem en analyse af den

økonomiske sammenhæng, hvori den pågældende adfærd indgår, jf. Faull&Nik-pay, *The EU Law of Competition*, 3. udgave, 2014, side 235ff samt eksempelvis Domstolens domme i sag C-226/11, *Expedia*, EU:C:2012:795, præmis 35ff, sag C-67/13, *Groupement des Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204, præmis 48ff og 78ff, sag C-373/14 P, *Toshiba*, præmis 28ff, og EFTA-domstolens dom i sag E-3/16, *Ski Taxi SA mod Norge*, præmis 58, 63 og 66.

For horisontale prisaftaler kan undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng derfor begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. f.eks. sag C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204, præmis 28ff, og Faull&Nik-pay, *The EU Law of Competition*, 3. udgave, 2014, side 236f, med yderligere henvisninger til praksis.

Hvis det på baggrund af en undersøgelse af de ovennævnte forhold kan fastslås, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge aftalens sandsynlige negative virkninger for konkurrencen nærmere (dvs. det er uden betydning om en skade på konkurrencen faktisk indtræder, herunder omfanget af skaden). Dette skyldes den omstændighed, at sådanne aftaler mellem virksomheder efter deres art i sig selv kan betragtes som så skadelige for de normale konkurrencevilkår, at der derfor normalt uundgåeligt også vil foreligge konkurrenceskadelige følger.

Der foreligger ikke særlige forhold i den konkrete økonomiske og retlige kontekst for den horisontale prisaf tale, at det kan ændre på, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. HMN har ikke påvist, at det var objektivt nødvendigt for den vertikale aftale mellem HMN og servicepartnere, hvor servicepartnere var underleverandører til HMN, at der samtidig skete en horisontal koordinering af slutbrugerpriser på serviceabonnemeter, jf. ...

Sagens kerne er, at HMN - i stedet for at fastsætte sine priser i forhold til slutbrugerne uafhængigt af konkurrenterne - valgte at indgå en horisontal aftale med sine konkurrenter herom. En aftale som udover at ramme HMN's egne slutkunder også førte til, at priskonkurrencen i forhold til servicepartnernes andre kunder helt eller delvist blev sat ud af kraft.

Det forhold, at der ikke blev aftalt og/eller samordnet specifikke eller ens priser, men alene en forhøjelse af abonnementsprisen, er efter retspraksis fuldt ud tilstrækkelig til, at der skete en ulovlig begrænsning af konkurrencen, jf. bl.a. T-224/00, *Archer Daniels*, EU:T:2008:428, præmis 120 og den i punkt 388ff i rådets afgørelse omtalte praksis. En kommunikation, som mindsker usikkerheden om konkurrenters forventelige adfærd, har i sig selv til formål at føre til konkurrencebetingelser, der ikke svarer til normale markedsbetingelser.

HMN's valg om at drive serviceordningen efter et "hvile i sig selv"-princip kan heller ikke ændre på, at den horisontale prisaf tale var egnet til at begrænse konkurrencen. HMN har i den forbindelse ikke godtgjort, at HMN's eget valg om at drive serviceordningen efter et "hvile i sig selv"-princip har fjernet enhver usikkerhed om HMN's prissætning af serviceabonnemeter.

Den foretagne vurdering af, at aftalen medførte en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen på baggrund af dens indhold, formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, har i relevant omfang taget hensyn til de konkrete omstæn-

digheder i sagen. Det er således ikke rigtigt, at der efter retspraksis skulle have været foretaget yderligere undersøgelser af aftalens betydning for konkurrencen.

Det er særligt ikke, som ellers anført af HMN, et krav, at der herudover foretages en egentlig undersøgelse af de kontrafaktiske begivenheder, der ville være indtruffet uden den omtvistede aftale og/eller samordnede praksis (det kontrafaktiske scenarie), jf. Rettens dom i sag T472/13, Lundbeck, EU:T:2016:449, præmis 472.

3.2.3 *HMN's øvrige indsigelser*

3.2.3.1 *Indledende bemærkninger*

Som Konkurrencerådet forstår HMN's synspunkter, bestrider HMN ikke reelt, at den horisontale prisaftale i sig selv havde til formål at begrænse konkurrencen. HMN gør derimod i det væsentligste gældende, at formålet med Principaftalen skal vurderes ud fra aftalen som helhed, og at det i den forbindelse ikke har nogen betydning, at vilkåret om HMN's prisfastsættelse på serviceabonnementer i aftalens punkt 6 isoleret set indebar, at HMN afstod fra at konkurrere med servicepartnere på dette område. Det er derimod HMN's synspunkt, at en samlet bedømmelse af aftalen som helhed viser, at formålet var at føre besparelser på reservedelsomkostninger videre til forbrugerne.

HMN's anbringender er i strid med fast retspraksis fra Domstolen om, hvorledes vurderingen af, om aftaler kan siges at have til formål at begrænse konkurrencen, skal foretages.

Der skal således efter fast retspraksis ikke foretages en samlet til formåls-vurdering af den horisontale og den vertikale aftale (punkt 3.2.3.2). Det er i den forbindelse forkert, at retspraksis om accessoriske begrænsninger støtter HMN's synspunkt om, at en aftales formål altid skal vurderes ud fra aftalens helhed (punkt 3.2.3.3). Det er videre uden betydning, om den indgåede Principaftale, som påstået af HMN, samlet set angiveligt ikke måtte have skadelige virkninger for forbrugerne (punkt 3.2.3.4).

3.2.3.2 *Der skal ikke foretages en samlet til formåls-vurdering af den horisontale og den vertikale aftale*

HMN gør overordnet gældende, at formålsvurderingen skal foretages under ét, således at formålet med den horisontale prisaftale skal vurderes sammen med formålet med den vertikale underleverandøraftale. Det forhold, at parterne har valgt at behandle de to særskilte aftaler i samme Principaftale, kan imidlertid ikke føre til, at der er tale om én vertikal underleverandøraftale, der skal vurderes samlet.

HMN's forståelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, hvorefter der skal foretages en samlet vurdering af den horisontale og den vertikale aftale, er afvist af Domstolen i eksempelvis dom af 20. november 2008 i C-209/07, Beef Industry Development Society Ltd (BIDS), EU:C:2008:643.

Det følger udtrykkeligt af dommens præmis 19-21, at en aftale skal anses for at have et konkurrencebegrænsende formål inden for rammerne af TEUF artikel 101, stk. 1, selv om aftalen også måtte forfølge andre lovlige formål, og selv om det konkurrencebegrænsende element dermed udelukkende indgår i aftalen som led i realiseringen af andre lovlige formål. Det forhold, at der også måtte foreligge en lovlig underleverandøraftale, udelukker dermed ikke, at der er indgået en horisontal aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen.

Domstolen har endvidere fastslået, at en aftale kan have til formål at begrænse konkurrencen på grund af et enkelt vilkår i aftalen, uanset om aftalen i øvrigt måtte have konkurrencegavnige virkninger. I Domstolens dom af 13. oktober 2011 i sag C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, havde en kontraktbestemmelse om forbud mod salg på internettet i nogle almindelige forretningsbetingelser eksempelvis til formål at begrænse konkurrencen. Den samlede aftales konkurrencegavnige virkninger indgik ikke i den vurdering.

Det kan ikke, som påstået af HMN, udledes af Domstolens dom af 26. november 2015 i sag C-345/14, *Maxima Latvija*, EU:C:2015:784, at en enkelt kontraktbestemmes potentiale for konkurrenceskadelige virkninger skal bedømmes ud fra en samlet vurdering af aftalens bestemmelser. Det kan tværtimod udledes af dommens præmis 22, at hvis den pågældende klausul i sig selv faktisk havde været tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, så ville aftalen have haft til formål at begrænse konkurrencen. Baggrunden for Domstolens afgørelse var, at Domstolen konkret fandt, at den pågældende klausul ikke i sig selv var tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen. Domstolen lagde i denne forbindelse i øvrigt udtrykkelig vægt på, at aftalen ikke var indgået mellem konkurrerende virksomheder, jf. præmis 21, hvilket ikke gælder for Principaftalen.

Heller ikke Domstolens dom i sag C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204, støtter HMN's anbringende om, at der skal foretages en samlet vurdering af aftalen. Domstolen foretog en vurdering af de enkelte omtvistede foranstaltninger og ikke af det samlede aftalegrundlag. Domstolen fandt, at Kommissionen ikke havde inddraget markedets to-sidede karakter, og dommen vedrører ikke, om en eller flere aftaler skulle vurderes samlet eller hver for sig.

Domstolen har da også i efterfølgende praksis holdt fast i, at der skal ses på de enkelte konkurrencebegrænsninger for sig, jf. eksempelvis sag C-230/16, *Coty*, EU:C:2017:941, og sag C-487/16 P, *Telefonica*, EU:C:2017:961.

HMN's synspunkt om en samlet vurdering stemmer endvidere ikke med Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01) ("horisontale retningslinjer"), den vertikale gruppefritagelsesforordning og Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger.

Det fremgår klart af de pågældende retsakter, at vurderingen af aftaler inden for rammerne af TEUF artikel 101, stk. 1, bygger på et princip om, at en aftales horisontale og vertikale elementer vurderes hver for sig bl.a. med henblik på at afgøre, om disse elementer hver for sig medfører, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.

Tilsvarende fremgår det af Kommissionens arbejdsrapport om aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen (SWD (2014) 198 Final), at der fokuseres på de enkelte konkurrencebegrænsninger hver for sig og ikke på en samlet bedømmelse af de aftaler, som de pågældende konkurrencebegrænsninger indgår i, jf. f.eks. side 5 ("*Agreements containing one or more "by object" or hardcore restrictions cannot benefit from the safe harbour of the De Minimis Notice.*").

HMN har under skriftvekslingen henvist til en række danske afgørelser. De pågældende afgørelser støtter heller ikke HMN's synspunkt.

Det er således forkert, når HMN gør gældende, at Principaftalens formål skal vurderes samlet for den horisontale og den vertikale aftale, og at en sådan samlet vurdering skal føre til, at Principaftalen falder uden for anvendelsesområdet for konkurrencelovens § 6.

I modsat fald kunne konkurrenter omgå sondringen mellem aftaler, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrence ved at indføre klausuler, der åbenbart har til formål at begrænse konkurrencen, såsom horisontale prisaftaler og markedsdelingsaftaler, i en vertikal leverandørkontrakt, hvorved klausulerne ikke længere skulle have til formål at begrænse konkurrencen, selv om klausulernes indhold og potentiale for konkurrenceskadelig virkning er uændret.

Selv hvis HMN måtte have ret i, at der skal foretages en samlet vurdering af Principaftalen som et rent vertikalt forhold/at den horisontale prisaftale skal vurderes som et vilkår i en ren vertikal aftale, så ville aftalen om at hæve priserne på serviceabonnementer have til formål at begrænse konkurrencen, idet aftalen i givet fald ville udgøre en aftale om bindende videresalgspriser, der efter fast retspraksis har til formål at begrænse konkurrencen uafhængigt af, om den aftale, som de bindende videresalgspriser er en del af, i øvrigt måtte have konkurrencegavnlige virkninger.

3.2.3.3 *Retspraksis om accessoriske begrænsninger viser ikke, at en aftales formål altid skal vurderes samlet*

HMN anfører, at retspraksis om accessoriske begrænsninger viser, at en aftales bestemmelser altid skal bedømmes samlet ved vurderingen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål.

Dette er forkert. Doktrinen om accessoriske begrænsninger er en snæver *undtagelse* (og *den eneste* undtagelse) til hovedreglen om, at der skal foretages en særskilt vurdering af hver konkurrencebegrænsende klausul for sig.

Det følger således af fast retspraksis, at en aftale med en kontraktbestemmelse, som isoleret set findes at have et konkurrencebegrænsende formål, kun i ekstraordinære tilfælde alligevel kan falde uden for artikel 101, stk. 1, fordi den pågældende bestemmelse er en objektivt nødvendig for den samlede aftale, som i øvrigt er lovlig, og ikke går videre end nødvendigt for den samlede aftale, jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-382/12 P, MasterCard, EU:C:2014:2201.

For en ordens skyld skal det fremhæves, at betingelserne i denne praksis ikke er opfyldt i den konkrete sag. Det ville kræve, at HMN kunne godtgøre, at koordineringen af slutbrugerprisen på serviceabonnementer var uløseligt bundet sammen med den vertikale aftale, og at begrænsningen af konkurrencen i det horisontale forhold var objektivt nødvendig for, at servicepartneraftalen kunne fungere.

Dette har HMN ikke godtgjort. Konkret var slutbrugerprisen på serviceabonnementer ikke uløseligt bundet sammen med reservedelsprisen, selv om aftaleparterne måtte have kædet det sammen i forhandlingerne og principaftalen. Det var, som allerede anført ovenfor, heller ikke objektivt nødvendigt for den vertikale aftale mellem HMN og servicepartnerne, hvor servicepartnerne var underleverandører til HMN, at der samtidig skete en horisontal koordinering af slutbrugerpriserne på serviceabonnementer.

Når slutbrugerne vælger serviceleverandør, er abonnementsprisen den del af prisen, der er forudsigelig for kunderne. Det er reelt kun denne del af prisen, som kunderne kan sammenligne med andre leverandørers priser, da behovet for og prisen på reservedele er uforudsigeligt. Det er derfor ikke den samlede pris inklusive reservedele, der er relevant for slutbrugerne ved valg af serviceleverandør. Abonnementsprisen er derfor utvivlsomt et selvstændigt og meget væsentligt konkurrenceparameter, hvilket også bekræftes af parternes egne tilkendegivelser under forhandlingerne.

Konkurrenter må ikke koordinere adfærd i relation til væsentlige konkurrenceparametre, herunder fremtidig prisadfærd - heller ikke hvis det indgår i overvejelser om evt. nedsættelser af priser på andre ydelser, jf. ...

3.2.3.4 *Evt. positive virkninger for forbrugerne er uden betydning for vurderingen af aftalens konkurrencebegrænsende formål*

HMN's synspunkt om, at der ved vurderingen af den horisontale prisaf tale, skal ses på de angivelige positive virkninger for konkurrencen af den vertikale aftale, er herudover udtryk for en sammenblanding af den vurdering, der efter fast retspraksis skal foretages efter konkurrencelovens § 6 og den vurdering, der skal foretages efter konkurrencelovens § 8.

Såfremt en aftale medfører effektivitetsgevinster som angivet af HMN, så skal dette ikke inddrages under analysen af, om aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, men derimod i forbindelse med vurderingen af, om aftalen kan få en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, jf. herom nedenfor. Eventuelle prisreduktioner på reservedele og øget transparens/konkurrence i det vertikale forhold er derfor ikke relevante at inddrage i vurderingen af, hvorvidt den horisontale aftale om, at HMN skulle hæve sine slutbrugerpriser på serviceabonnementer, har til formål at begrænse konkurrencen.

De angivelige konkurrencefremmende virkninger af aftalen, som indgår i vurderingen efter konkurrencelovens § 8/TEUF artikel 101, stk. 3, kan således efter fast retspraksis ikke inddrages ved vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen.

Dette gælder navnlig for horisontale prisaf taler, hvor det efter retspraksis umiddelbart kan lægges til grund, at sådanne aftaler har til formål at begrænse konkurrencen, jf. eksempelvis Domstolens domme i sag C-226/11, Expedia, EU:C:2012:795, præmis 35ff, sag C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, præmis 48ff og 78ff, sag C-373/14 P, Toshiba, EU:C:2016:26, præmis 28ff, og EFTA-domstolens dom i sag E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge, præmis 58, 63 og 66.

Dermed kan det således ikke tillægges nogen betydning for til formåls-vurderingen af den horisontale prisaf tale, at den vertikale aftale ifølge HMN skulle have medført besparelser for visse forbrugere.

4. KONKURRENCELOVENS § 8

Konkurrenceankenævnet har med rette vurderet, at betingelserne for en individuel fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke er opfyldt.

Efter konkurrencelovens § 8, der skal fortolkes i overensstemmelse med TEUF artikel 101, stk. 3, finder forbuddet i § 6, stk. 1, ikke anvendelse, hvis en aftale mellem

virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder

- bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
- sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
- ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
- ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Bevisbyrden for, at samtlige de kumulative betingelser for en individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, er opfyldt, påhviler de pågældende virksomheder.

Aftaler, som har til formål at begrænse konkurrencen, kan i princippet også opfylde betingelserne for fritagelse, men det må kræve en særligt underbygget begrundelse, hvis aftaler, som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, skal kunne opfylde betingelserne i konkurrencelovens § 8, jf. herved punkt 1 i Kommissionens arbejdsrapport om, hvilke konkurrencebegrænsninger som har til formål at begrænse konkurrencen og punkt 46 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3).

Ved sådanne alvorlige konkurrencebegrænsninger må der derfor kræves en meget klar dokumentation for, at de kumulative betingelser i § 8 er opfyldt. Det bemærkes herved, at aftalen om koordinering af prisen på serviceabonnementer udgør en horisontal prisaftale, som efter sin art er en alvorlig konkurrencebegrænsning i henhold til Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08). Som det udtrykkeligt fremgår af retningslinjernes punkt 46, er det ikke sandsynligt, at sådanne alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder betingelserne i TEUF artikel 101, stk. 3.

Fremlæggelse af dokumentation for effektivitetsgevinster skal være i en form, hvorved konkurrencemyndighederne har mulighed for at efterprøve sandsynligheden for og størrelsen af hver af de påståede effektivitetsgevinster og forbindelsen mellem den konkurrencebegrænsede aftale og effektivitetsgevinsterne, samt hvordan og hvornår hver af de påståede effektivitetsgevinster opnås, jf. herved nærmere punkt 48-72 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu TEUF artikel 101, stk. 3).

Det er HMN, som i overensstemmelse med de ovenfor anførte dokumentationskrav skal påvise, at de fire kumulative betingelser for en individuel fritagelse er opfyldt, og dette har HMN ikke gjort, jf. herved punkt 523ff i rådets afgørelse.

HMN har ikke godtgjort, at de påståede effektivitetsfordele var en følge af den horisontale koordinering af priserne på serviceabonnementer, jf. punkt 50-53 i retningslinjerne, eller at der i øvrigt er tale om objektive fordele som omhandlet i retningslinjernes punkt 49.

Som anført i rådets afgørelses punkt 542 og i Konkurrenceankenævnets kendelse, påhviler det HMN at godtgøre, at evt. besparelser ikke var realiseret uden den horisontale prisaftale. Det er i den forbindelse ikke korrekt, at der ved vurderingen

efter konkurrencelovens § 8 også skal lægges vægt på de effekter, der skyldes ændringerne i det vertikale forhold mellem HMN og servicepartnerne.

HMN's henvisning til punkt 43 i Kommissionens retningslinjer kan ikke føre til et andet resultat. Efter punkt 43 skal effektivitetsgevinster i udgangspunktet vurderes for hvert relevant marked for sig, men der kan ved indbyrdes forbundne markeder gøres en undtagelse. Dette er et helt andet spørgsmål end spørgsmålet om, hvorvidt der er årsagssammenhæng mellem konkurrencebegrænsningen og evt. effektivitetsgevinster som sådan.

For det tilfælde at det kunne godtgøres, at den påståede omkostningsbesparelse havde en sammenhæng med den horisontale pris aftale, er det ikke korrekt at opgøre besparelsen til over 9 mio. kr., jf. nærmere punkt 538 i rådets afgørelse. Det er således ikke korrekt, når HMN anfører, at Principaftalen "*ubestridt*" førte til en omkostningsbesparelse på ca. 9 mio. kr., jf. punkt 3.11 i processkrift 2.

Dertil kommer, at undtagelsen i punkt 43 under alle omstændigheder forudsætter, at det i det væsentlige er den samme gruppe af forbrugere, der berøres af konkurrencebegrænsningen, som får andel i effektivitetsgevinsterne. Det er netop ikke tilfældet i denne sag, hvor den horisontale pris aftale udover at ramme HMN's egne slutkunder også førte til, at priskonkurrencen i forhold til servicepartnernes andre kunder helt eller delvist blev sat ud af kraft. Disse kunder fik ingen glæde af evt. nedsættelser af reservedelspriserne. Dette understøttes også af, at ingen af de øvrige parter i aftalen har påberåbt sig effektivitetsgevinster, jf. ...

Selv hvis der kunne lægges vægt på effektivitetsgevinsterne fra den vertikale aftale, har HMN ikke godtgjort, at den horisontale priskoordinering var nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne, jf. punkt 550 i rådets afgørelse. Det bemærkes i den forbindelse, at kriteriet om nødvendighed i overensstemmelse med Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, skal forstås som et krav om, at effektivitetsgevinsterne er en nødvendig *følge af selve konkurrencebegrænsningen*, jf. retningslinjernes pkt. 74 og 79.

Endelig har HMN ikke dokumenteret, at aftalen og/eller den samordnede praksis ikke gav parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af den pågældende tjenesteydelse."

Rettens begrundelse og resultat

Det følger af det materiale, som HMN udarbejdede til brug for workshops og forhandlinger med servicepartnerne, herunder Debra, at HMN i 2013 og 2014 ønskede at sænke priserne på reservedele, som HMN's kunder blev faktureret for under HMN's serviceordning. Endvidere fremgår af referatet fra mødet den 8. marts 2013 med repræsentanter fra servicepartnerne og Debra bl.a., at HMN ønskede at fastholde de daværende serviceabonnementspriser over for kunderne.

Af e-mailen af 11. april 2014 med HMN's samlede forhandlingsudspil fremgår, at det var HMN's opfattelse, at der ikke skulle tillægges avance på reservedele under service-

ordningen. Endvidere fremgår bl.a., at for forbrugerne ville mindre udgifter til reservedele mod en forhøjelse af abonnementsbetalingen give en forventning om en mere stabil udgift fra år til år.

Servicepartnerne og Debra kunne ikke acceptere dette udspil og foreslog en avance på reservedelspriserne kombineret med et lavere kompensationsbeløb i forbindelse med serviceeftersyn og udkald bl.a. under forudsætning af, at HMN's forbrugerpriser skulle stige på linje med kompensationsbeløbet, og anførte, at dette var for at sikre, at servicepartnerne kunne hæve egne abonnementspriser.

Herefter blev principaftalen indgået den 29. april 2019, hvor punkt 1 angår omlægningen af afregningsmodellen med angivelse af en maksimal reservedelsavance og kompensationsbeløb ved hovedeftersyn og udkald. Denne del af aftalen angår alene, hvorledes servicepartnerne skal afregnes af HMN i relation til kunder tilsluttet HMN's serviceordning - det såkaldte vertikale forhold - og forholdene angivet heri, herunder maksimeringen af reservedelspriserne, har efter ordlyden alene betydning for kunder omfattet af HMN's serviceordning.

Principaftalens punkt 6 med overskriften "Gennemslag i HMN's prissætning over for kunderne" indebærer efter sit indhold, at omlægningen af afregningsmodellen skulle reflekteres i HMN's priser på serviceabonnementer.

Retten finder, at denne bestemmelse efter baggrunden herfor betød, at HMN skulle lade priserne på sine serviceabonnementer stige. Bestemmelsen angår efter sin ordlyd, uanset baggrunden herfor, alene det såkaldte horisontale forhold mellem HMN og servicepartnerne, der hver især udbød serviceabonnementer og således var konkurrenter på dette marked. Formålet med bestemmelsen var efter det ovenfor anførte, at servicepartnerne kunne forhøje priserne på deres serviceabonnementer.

Selve prisen på et serviceabonnement udgør den forudseelige del af de samlede omkostninger ved et serviceabonnement, mens omkostningerne til reservedele er afhængige af behovet for udskiftning af dele og derfor mindre forudseelige, hvorfor alene priserne på selve serviceabonnementet umiddelbart kan sammenlignes.

Retten anser på denne baggrund selve prisen på et serviceabonnement som et væsentligt konkurrenceparameter og finder herefter, at principaftalens punkt 6 og den samordning af prisstigninger, som denne del af aftalen er udtryk for, mindsker konkurrencen mellem serviceudbydere, herunder HMN.

Som anført ovenfor havde principaftalens punkt 1 alene efter sit indhold betydning for kunder omfattet af HMN's serviceordning, mens principaftalens punkt 6 om stigning i abonnementspriserne havde betydning for såvel HMN's kunder som servicepartnernes egne kunder og blev indgået med det formål, at servicepartnere kunne sætte deres priser op over for egne kunder.

I hvert fald under disse omstændigheder og efter det, der i øvrigt er anført, er der ikke grundlag for i relation til konkurrencelovens § 6 at behandle principaftalen under et, og retten finder herefter, at principaftalens punkt 6 havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. lovens § 6, stk. 1.

Spørgsmålet er herefter, hvorvidt principaftalen er omfattet af konkurrencelovens § 8, stk. 1. Det påhviler i den forbindelse HMN at godtgøre, at de fire kumulative betingelser i denne bestemmelse er opfyldt.

HMN har ikke løftet denne bevisbyrde, allerede fordi det ikke er godtgjort, at principaftalens punkt 6, uanset forhandlingsforløbet, var objektiv nødvendig for at opnå den anførte effektiviseringsgevinst. Hertil kommer, at den anførte effektiviseringsgevinst alene angår HMN's egne kunder, uanset at principaftalens punkt 6 havde til formål at sikre, at priserne kunne sættes op over for servicepartnernes egne kunder.

Retten tager derfor Konkurrencerådets påstand om frifindelse til følge.

Sagsomkostninger

HMN skal efter sagens udfald betale sagsomkostninger til Konkurrencerådet med 125.000 kr. til dækning af rimelige udgifter til advokatbistand inkl. moms. Beløbet er fastsat efter sagens værdi, omfang og karakter.

THI KENDES FOR RET:

Konkurrencerådet frifindes.

HMN Naturgas I/S skal inden 14 dage betale 125.000 kr. i sagsomkostninger til Konkurrencerådet. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Publiceret til portalen d. 12-06-2019 kl. 10:01

Modtagere: Sagsøger HMN Naturgas I/S, Advokat (H) Jacob Pinborg,
Sagsøgte Konkurrencerådet, Advokat (H) Olaf Koktvedgaard