



ØSTRE LANDSRET DOM

afsagt den 12. marts 2021

Sag BS-28455/2019-OLR
(10. afdeling)

Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S
(tidligere HMN Naturgas I/S)
(advokat Olaf Koktvedgaard og advokat Frederik André Bork)

mod

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

Sø- og Handelsretten har den 12. juni 2019 afsagt dom i 1. instans (sag BS-10007/2017-SHR).

Landsdommerne Katja Høegh, Malou Kragh Halling og Nicolai Uggerhøj-Winther har deltaget i ankesagens afgørelse

Påstande

Appellanten, Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S, har gentaget sin påstand for Sø- og Handelsretten om, at Konkurrenceankenævnets kendelse af 13. juli 2017 i sag nr. KL-4-2016, der stadfæster Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016, ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling af Konkurrencerådet.

Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S har herudover nedlagt påstand om, at Konkurrencerådet skal tilbagebetale 125.000 kr. til Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S med tillæg af procesrente fra den 26. juni 2019.

Betalingspåstanden angår de af Sø- og Handelsretten tilkendte sagsomkostninger, som Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S har betalt.

Indstævnte, Konkurrencerådet, har påstået stadfæstelse og frifindelse for påstanden om tilbagebetaling af de af Sø- og Handelsretten tilkendte og af Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S' betalte sagsomkostninger på 125.000 kr.

Konkurrencerådet er enig i, at hvis Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S får medhold, skal påstanden om tilbagebetaling tages til følge med rente som påstået.

Supplerende sagsfremstilling

"Hvile-i-sig-selv"-princippet

Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S (tidligere HMN Naturgas I/S – herefter HMN) har oplyst, at serviceordningen ikke var omfattet af forsyningsvirksomhedens lovpligtige "hvile-i-sig-selv princip", men at HMN havde valgt at drive serviceordningen som en "nulforretning", hvorved forstås, at HMN's omsætning forbundet med ordningen stort set svarede til udgifterne til samme.

Forløbet

I tillæg til, hvad der fremgår af Sø- og Handelsrettens dom, fremgår om forløbet før og efter indgåelsen af principaftalen af 29. april 2014 blandt andet følgende af sagens dokumenter:

HMN udarbejdede i juni 2013 et notat med overskriften "Orientering og status om serviceabonnementsordningen 2013/2014 samt udvikling og implementering af ny koncernstrategi på området serviceabonnementsordning/gasmesterordning" til blandt andre "Direktørgruppen". Af notatet fremgik om "Baggrund og formål" blandt andet:

"Internt i HMN har vi gennem længere tid haft en dialog om forskellige dilemmaer i vores serviceabonnementsordning. På en række områder ønsker vi, at skabe fleksibilitet i vores serviceordning samtidig med, at vi gerne ser en mere konkurrencepræget og markedsorienteret fastsættelse af især reservedelspriser."

Under overskriften "Hvad koster et serviceabonnement i markedet?" er det anført, at HMN har undersøgt dette og fundet, at HMN er blandt de dyreste i markedet. Det fremgår under overskriften "Reservedelspriser ...":

"Reservedelspriser er alt for høje og ensartede og der mangler reel konkurrence på området.

Det tilkendegives af mange i vvs-og gasbranchen – det vi enige i og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kigger os over skulderen p.t.!

Her skal vi have indarbejdet nogle velfungerende konkurrence- og markedsvilkår, - det gælder også i grossistledet.

Prissætningen pågår ved at HMN har valgt et "fodpunkt" opsat efter Elektro-Energy (EO) netto reservedelskatalog. Det har været praktisk fra starten af serviceabonnementsprojektet, og således har vi automatiseret hele forretningsgangen med reference til EO numre, - den udførende gastekniker taster et EO-nummer, forbrug overføres automatisk til HMN, der påføres aftalt avance og afregnes direkte til servicepartneren ultimo hver måned og med servicekunden på førstkommende aconto.

Elektro-Energy har stort set monopol som reservedelsgrossist på gasudstyr i Danmark og leverer et serviceniveau og en support som sikrer et velfungerende samarbejde med alle parter.

...

Elektro-Energy har mange strenge at spille på og kan servicere og give rabatter til sine kunder (vores servicepartnere) individuelt, med f.eks. færdige pakkeløsninger mht. kontrol, drifts- og vedligeholdelse af måleudstyr samt store rabatter på køb af reservedele. Det er HMN's vurdering at der kan opnås rabatter på 25-50% - det kan vi ikke dokumentere – men det er vores vurdering.

Slutbrugerens pris for reservedele i HMN's ordning er meget høj i forhold til de priser, som kan findes via internettet.

HMN oplever oftere og oftere kundeklager hvor det kan dokumenteres at komponenterne kan købes væsentligt billigere andre steder.

..."

Vedrørende "Avanceaftaler" fremgår det af notatet:

"Avanceaftaler og reservedelspriser når de er værst er specificeret nedenfor.

Avanceaftaler er ikke smart og moderne – her 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.

I dag har vi kontraktbundne avanceaftaler på henholdsvis 78 %, 35 % og 29 % i sammenfald med, at der i gennemsnit (HMN påstand) kan opnås 25-50 % rabat til servicepartneren med reference til Electro-Energy netto reservedelskatalog.

...

Hvis en servicepartner opnår 20 % på Electro Energy prisliste (vi har tidligere i nærværende dokument vurderet at det kan være helt op til 50 %) får han altså rød plus grøn i avance. Hvis det forudsættes at 25 % er rigtigt opnås avance til servicepartneren således:

78 % bliver til 128 %

35 % bliver til 74 %

29 % bliver til 66 %

Det er meget høje avancer som giver anledning til potentielle kundesklager og periodevis har T7 da også svært ved at forsvare prisniveauet."

Af et arbejdsdokument, revideret den 19. november 2013, som angiver at være "ejet af PEP", der må antages at være ... i HMN og ansvarlig for kontakten til servicepartnere i HMN's serviceordning, fremgår det blandt andet, at der var massivt pres på HMN's organisation for, at ændringer i prisstrukturer kun kunne accepteres, hvis indtjeningen i den enkelte servicevirksomhed ikke blev forringet. Det er desuden anført blandt andet:

"Forhandlings-strategi og tilhørende usikkerheder

- Vi skal have besluttet hvor langt vi vil gå for at opnå vores mål
- Vi skal have besluttet om vi vil kompensere for manglende indtjening på reservedele og hæve abonnementsprisen så kundens udgift blot omfordeles. Det kan give alvorlige konsekvenser og vi kan miste rigtig mange kunder hvis vi skal forklare den omstrukturering. Og hvad nu hvis markedet ikke følger med, - så bliver vi meget dyre.....
- Der er en potentiel risiko for at de eksisterende servicepartnere ikke vil forhandle men kollektivt sige stop. Det vil tvinge os til forhandlingsbordet med en ny indgangsvinkel og vi kan tabe "projektet" fuldt ud.
- Servicepartnere vil blive glade, hvis HMN vil overveje at træde ud af serviceabonnementsordningen, - de vil gerne håndtere det marked for dem selv. DONG og NGF vil sikkert også blive glade.
- Tidsplanen er tidligere fastsat til første kvartal 2014. Det er ikke realistisk efter de sonderinger der har været og sagen er langt mere kompliceret og vanskelig end først antaget.

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.

Der er virksomheder som har mange tusinde private servicekunder og de kunder vil implicit få tilsvarende lavere priser på reservedele – ellers kan servicepartnere ikke fastholde disse privatkunder i forholdet til HMN's ordning.

Vores ambition skal fortsat være at vi finder en model som alle parter oplever som passende, - især kunderne."

I forbindelse med forhandlingsforløbet mellem HMN og servicepartnerne i foråret 2014 sendte HMN et forhandlingsudspil i en mail til tre repræsentanter fra brancheforeningen DEBRA (herefter DEBRA) den 11. april 2014, hvori der blandt andet står:

"Som aftalt får I hermed vores samlede udspil til en modernisering af serviceordningen...

...

Det er fortsat vores opfattelse, at der ikke skal tillægges avance til reservedele til serviceordningen, når de aktuelle prisstrukturer for reservedele på engros- og kedelmarkedet lægges til grund. Bortfaldet af den nuværende avancemodel [avancer til reservedele] omlægges til 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 98 kr. og for udkaldsdækning med 57 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.

Vi vil ikke på forhånd afvise en indfasning af en ny afregningsmodel, hvor reservedelsavancen i det førstkommende år fastsættes til ca. 15 % mod en tilsvarende reduktion i ovennævnte tillæg til betalingen for hovedeftersyn og udkald, såfremt dette kan lette omlægningen."

Per Langkilde, Gastech-Energi A/S (herefter Gastech), sendte som følge af HMN's forhandlingsoplæg den 14. april 2014 angiveligt på vegne af DEBRA en mail til blandt andre en servicepartner fra HMN's vestlige distributionsområde med følgende indhold:

"Fra DEBRA's side finder vi oplægget aldeles uacceptabelt. Det mindste vi vil kunne acceptere er en løsning hvor vi får 20 % avance på EO's prisliste samt en reduktion i kompensationsbeløbet på 20 % samt efterfølgende + 5,03 % i pristalsregulering jf. kontrakten.

...

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 – det bliver svært. Dermed er det her med til at gøre vores egne forretninger ikke rentable.

...”

Efter indgåelse af principaftalen den 29. april 2014 blev der i HMN arbejdet på at forfatte en kort tekst om de aftalte ændringer til at lægge på hjemmesiden www.naturgas.dk. Af et udkast, der er sendt med mail til en række modtagere i HMN den 29. april 2014 og som der er enighed om, svarer til den endeligt anvendte tekst, fremgår:

”Prisen på en serviceaftale hos HMN Naturgas er pr. 1. maj 2014 steget med lige under 10 %. Bag denne stigning gemmer sig dog en positiv nyhed for vores servicekunder; reservedelene bliver billigere. Vi er i øjeblikket i dialog med vores servicepartnere, med henblik på at vores kunder får mindre omkostninger til reservedele på deres gasfyr. Denne besparelse går direkte til vores kunder, da HMN ingen fortjeneste har på reservedelene.

Skulle forhandlingerne mod forventning ikke falde på plads, ruller vi stigningen delvist tilbage – stigningen vil i givet fald blive på ca. 5 %, da vores servicepartnere naturligvis skal have den normale prisstigning indenfor branchen som i år er på ca. 5,26 %.

Med til historien hører at HMN i 2013 valgte at fastholde servicepriserne fra 2012 på trods af, at vi skulle afregne vores servicepartnere en højere pris for deres arbejde.”

HMN sendte den 9. maj 2014 til personer fra DEBRA og Gastech forslag til ny kontrakt med bilag samt et dokument ”principaftale med henvisninger”, hvorom det angives, at det heri ”anvises, hvor de enkelte punkter udmøntet i kontrakten”. I det pågældende dokument står der blandt andet:

”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

Udmøntes i bilag 1

...

6. Gennemslag i HMN's prissætning over for kunderne

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

Priser er tilrettet pr. 1. maj 2014"

De i principaftalen aftalte ændringer blev endvidere kommunikeret til servicepartnerne via HMN's nyhedsbrev, "Service-nyt" af juni 2014, blandt andet således:

"Hvad betyder prisændringerne for vores kunder?

Der er ingen ændringer i servicebetingelserne, men kunderne vil opleve, at prisen på en serviceaftale hos HMN Naturgas er steget med knap 10 %. Til gengæld bliver reservedelen billigere."

På en konkret henvendelse fra en servicepartner vedrørende "udvikling, indhold og implementering af HMN engrosprisliste på gasreservedele" svarede HMN den 23. december 2014 blandt andet følgende:

"HMN's undersøgelser og sonderinger mandede ud i en beslutning om, at økonomien blev omlagt via en såkaldt kompensationsmodel, hvor en del af avancer på reservedele blev konverteret til en øget abonnementspris på den årlige indeksregulerede serviceydelse.

...

Grundlaget for den overordnede kompensationsmodel er, at den gennemsnitlige servicepartner i vest (HMN servicepartnere i Jylland) hverken vinder eller taber på denne omlægning af økonomien.

Mange servicepartnere vil få en forbedret indtjening i forhold til tidligere, for så vidt de har haft et reservedelsforbrug på hovedeftersyn og udkald som er mindre end gennemsnittet for samtlige servicepartnere i Jylland.

...

Som en konsekvens af en fast indeksreguleret pris for hovedeftersyn og udkaldsdækning og variable priser på reservedele giver omlægningen en større økonomisk sikkerhed for mange servicepartnere – og gevinst i jeres tilfælde.

Reservedelsmarkedet er konkurrenceudsat og i forbindelse med indsamling af data fra grossister/leverandører til introduktionen af HMN's engrosprisliste for gasreservedele, har vi allerede set betydelige prisændringer for udvalgte reservedele.

Hvis priserne på gasreservedele falder yderligere, vil det komme forbrugerne til gode, og naturligvis vil en konsekvens være et lavere dækningsbidrag for servicepartneren, da avancen er en fast procentsats.

...

HMN Naturgas I/S må og kan på ingen måde tage stilling til hvordan hver enkelt servicepartner driver eller prissætter deres egen private serviceordning. Dette vil kunne opfattes som forhandling og aftalte priser, hvilket HMN Naturgas I/S, naturligvis ikke ønsker at være en del af.

...

HMN Naturgas I/S understøtter konkurrence- og markedsvilkår således, at vi motiverer til en fortsat konkurrence på markedet for serviceabonnementsordninger, hvor både priser og vilkår meget gerne må være forskellige fra HMN's serviceordning. Vi ser meget forskellige priser i markedet for serviceordninger og håber at trenden fortsætter, - også gerne på reservedele."

Konkurrencerådets afgørelse

Af Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016 (ikke fortrolig version) fremgår i tillæg til det, der er anført i Sø- og Handelsrettens dom, blandt andet følgende angående Konkurrencerådets vurdering (fodnoter med henvisning til blandt andet Kommissionens retningslinjer og retspraksis fra EU-Domstolen og Retten samt understregninger udeladt):

" 4.33 Til formål og/eller til følge at begrænse konkurrencen

336. Den tredje betingelse for, at forbuddet i konkurrencelovens § 6 finder anvendelse, er som nævnt, at aftalen og/eller den samordnede praksis direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.
337. Forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, omfatter både horisontale og vertikale aftaler.
338. Et af grundprincipperne i TEUFs artikel 101, stk. 1, der svarer til konkurrencelovens § 6, stk. 1, og som kommer til udtryk i EU Domstolens praksis, er, "*... at enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, som han vil føre på det fælles marked...*"
339. Som beskrevet ovenfor i afsnit 4.3.2, er der i denne sag tale om en aftale og/eller samordnet praksis mellem sagens parter om at koordinere abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere. Som det fremgår ovenfor, behandles aftalen og/eller den samordnede praksis som én samlet aftale og/eller samordnet praksis, da parternes aftale og/eller den samordnede praksis om, at HMN skal hæve sine abonnementspriser er en forudsætning for, at servicepartnerne kan hæve deres egne abonnementspriser.

HMN, Gastech og Kiertner er aktuelle konkurrenter

...

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

[Pkt. 366-374 er citeret i Sø- og Handelsrettens dom]

375. I det følgende vurderes det, hvorvidt den i denne sag omhandlede adfærd – priskoordinering mellem konkurrenter – *generelt set* kan antages at have til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.2 Priskoordinering mellem konkurrenter antages generelt at have til formål at begrænse konkurrencen

376. De konkurrencebegrænsninger, der er genstand for undersøgelse i denne sag, udspringer af pkt. 6 i en principaftale af 29. april 2014 indgået mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner og det forudgående forhandlingsmateriale i sagen, herunder særligt et brev af 22. april 2014 fra DEBRA, Gastech og Kiertner til HMN.
377. Pkt. 6 i principaftalen sammenholdt med dokumentationen for indholdet af forhandlingerne, herunder særligt brevet af 22. april 2014, indebærer en horisontal koordinering af parternes prispolitik for så vidt angår slutbrugerpriser for serviceabonnenter for naturgasfyr.
378. Det fremgår udtrykkeligt af konkurrencelovens § 6, stk., 1, jf. stk. 2, nr. 1, at konkurrencebegrænsende aftaler m.v. kan bestå i at *"fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser"*. Tilsvarende fremgår det af TEUF artikel 101, stk. 1, litra a, at aftaler m.v. som begrænser konkurrencen navnlig kan bestå i *"direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser"*.
379. At aftaler vedrørende priser generelt antages at have til formål at begrænse konkurrencen, kan blandt andet udledes af konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 1, hvoraf det fremgår, at de såkaldte bagatelgrænser i stk. 1, ikke gælder for aftaler om priser, avancer m.v., da sådanne aftaler netop betragtes som særligt grove overtrædelser.
380. Ligeledes kan det udledes af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af Traktatens art. 101, stk. 3, at aftaler vedrørende priser har til formål at begrænse konkurrencen. Det følger således af retningslinjerne, at:
- "For horisontale aftalers vedkommende omfatter konkurrencebegrænsende formål bl.a. prisaftaler, begrænsning af produktionen og markeds- og kundedeling."*
381. Derudover viser erfaringen fra praksis, at aftaler m.v. mellem konkurrenter vedrørende priser har til formål at begrænse konkurrencen, fordi de udgør overtrædelser, der i sig selv er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen. Det skyldes blandt an-

det, at sådanne aftaler m.v. sætter de normale markedsvilkår ud af kraft og medfører højere priser til skade for forbrugerne.

382. Priser er normalt det mest relevante konkurrenceparameter mellem virksomheder. Ifølge praksis udgør fastsættelse af priser derfor "*en åbenlys begrænsning af konkurrencen*". Fastsættelse af såvel salgspriser som indkøbspriser kan have til formål at begrænse konkurrencen.
383. I FNSEA-sagen fastslog Retten således, at:

"For det andet bemærkes hvad angår indførelsen af en prisaf tale, at artikel 81, stk. 1, litra a) EF udtrykkeligt foreskriver, at foranstaltninger, som består i direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser, udgør konkurrencebegrænsninger. Ifølge fast retspraksis udgør fastsættelse af priser nemlig en åbenlys begrænsning af konkurrencen."
384. I *Groupement des cartes bancaires*-sagen udtalte Domstolen, at adfærd, der resulterer i horisontal prisfastsættelse, har til formål at begrænse konkurrencen, da erfaringer viser, at det fører til nedgang i produktion og prisstigninger og dermed i sidste ende skader forbrugerne:

"Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF er uforment at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet [...]. Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne."
385. Det følger af retspraksis, at begrebet "priser" ikke skal fortolkes indskrænkende. Begrebet dækker også over fx dele af en pris.
386. Det fremgår fx af CMA CGM-sagen, at en aftale om, at der ikke må ydes rabatter på en del af en pris, også kan have til formål at begrænse konkurrencen:

"En aftale som den her omhandlede, der indeholder et forbud mod, at sagsøgerne yder deres kunder rabatter på de offentliggjorte tariffer for fragttillæg, har, gennem en indirekte fastsættelse af priserne, til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, litra a), EF, eller artikel 2, litra a), i forordning nr. 1017/68, eftersom deltagerne i FETTSCA på grundlag af denne aftale gensidigt har givet afkald på adgangen til at yde deres kunder rabatter på de offentliggjorte tariffer." ...
387. I *Freight Forwarding*-sagen fastslog Kommissionen ligeledes, at priskoordinering med hensyn til en del af prisen kan have til

formål at begrænse konkurrencen. I sagen havde flere transportfirmaer koordineret forskellige gebyrer:

"The freight forwarders concerned coordinated in relation to all four infringements their behaviour to remove uncertainty in relation to various elements of price in the freight forwarding sector. Therefore they substituted practical cooperation between them for the risks of competition"

...

"Such agreements and concerted practices on price or other trading conditions do by their very nature prevent, restrict or distort competition."

388. Derudover har Domstolen i henholdsvis *T-Mobile*-sagen og *Dole Food Company*-sagen fastslået, at kommunikation der kan føre til konkurrencebetingelser, der ikke svarer til de normale markedsbetingelser, og som kan fjerne eller formindske usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd, kan have til formål at begrænse konkurrencen. Domstolen har således udtalt, at:

"Udveksling af oplysninger mellem konkurrenter har et konkurrencebegrænsende formål, når de kan fjerne usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd."

Og:

"[...] Kommissionen med rette kunne konkludere, at kommunikationen forud for prisfastsættelsen, idet den for hver af deltagerne kunne formindske usikkerheden med hensyn til konkurrenternes forventelige adfærd, havde til formål at føre til konkurrencebetingelser, der ikke svarede til de normale markedsbetingelser, og således gav anledning til en samordnet praksis, der havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81."

389. Det har endvidere ikke betydning for vurderingen, om aftalparterne rent faktisk har efterlevet aftalen, hvis det vurderes, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Det skyldes, at en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, ifølge sin natur er konkurrencebegrænsende – uanset om den efterleves eller ikke efterleves. Det fremgår af Kommissionens beslutning i *Aminosyrer*-sagen, at:

"...overholdelsen af aftalerne om indikativpriser, som man blev enige om i de fleste tilfælde, ikke nødvendigvis kræver, at disse priser senere også rent faktisk finder anvendelse på markedet. Sådanne aftaler føres ud i livet, når parterne fastsætter deres priser med henblik på at få dem til at gå i retning af det aftalte mål."

390. For at en aftale og/eller samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, er det dermed ikke nødvendigt, at kon-

kurrenter aftaler en fast pris, som alle følger, og det er dermed heller ikke nødvendigt, at alle aftaleparternes priser rent faktisk ligger på samme niveau, så længe aftalen og/eller den samordnede praksis fjerner eller formindsker usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd, som nævnt ovenfor.

391. Der er på baggrund af ovennævnte praksis fastslået, at horisontale aftaler og/eller samordnede praksis om priskoordinering blandt konkurrenter *generelt set* anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.
392. Det skal herefter *konkret* vurderes, om parternes aftale og/eller samordnede praksis har til formål at begrænse konkurrencen.

4.3.3.3 Parternes koordinering af priser har til formål at begrænse konkurrencen

393. Ved vurderingen af, hvorvidt HMN's, DEBRA's, Gastechs og Kiertners koordinering af abonnementspriser i sagen konkret har haft til formål at begrænse konkurrencen, tages der udgangspunkt i ovennævnte kriterier fra dansk og EU-praksis. Der ses således på (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.

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

394. HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner indgår, som beskrevet ovenfor, den 29. april 2014 en principaftale, som skal danne grundlag for en ny standardunderleverandørkontrakt, som skal være gældende i det vertikale forhold mellem HMN og den enkelte servicepartner.
395. I det følgende gennemgås det vilkår i denne principaftale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i denne sag har valgt at undersøge nærmere for at vurdere, om vilkåret har til formål at begrænse konkurrencen. Det skal i den forbindelse bemærkes, at styrelsen ikke herved har taget stilling til, om de øvrige vilkår i principaftalen eller vilkår i den endelige standardunderleverandørkontrakt har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.
396. Principaftalen af 29. april 2014 indeholder i pkt. 6 et vilkår om gennemslag i HMN's prissætning overfor slutbrugerne:

"6. Gennemslag i HMN's prissætning over for kunderne

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

397. Med denne betingelse har parterne aftalt og/eller samordnet, at de forhandlinger, som foregik mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner om afregningsgrundlaget mellem HMN og servicepartnerne – det vil sige i *det vertikale forhold*, hvor servicepartnerne er underleverandører til HMN – ligeledes skulle have betydning for HMN's prissætning overfor HMN's kunder, det vil sige i *det horisontale forhold*, hvor HMN og servicepartnerne er konkurrenter.
398. Det nærmere indhold af dette vilkår fremgår, når det ses i sammenhæng med det øvrige materiale fra forhandlingerne mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner. DEBRA, Gastech og Kiertner sender blandt andet den 22. april 2014 et brev til HMN om, at servicepartnerne ikke kan acceptere HMN's seneste udspil af 11. april 2014 til omlægningen af afregningsmodellen – det vil sige i *det vertikale forhold*, hvor servicepartnerne er underleverandører til HMN. Af brevet fremgår blandt andet:
- "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".*
399. Dokumentet er underskrevet:...
400. Forudsætningen i brevet af 22. april 2014 og vilkåret i principaftalen af 29. april 2014 vedrører begge slutbrugerpriser for serviceabonnementer på naturgasfyr – forudsætningen i brevet af 22. april vedrører både servicepartnernes og HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementer, principaftalen af 29. april 2014 vedrører efter sin ordlyd alene HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementer, dog som en forudsætning for, at servicepartnerne kan *hæve* sine egne slutbrugerpriser på serviceabonnementer – og vedrører dermed *det horisontale forhold* mellem HMN og servicepartnerne, hvor disse konkurrerer om serviceaftaler med slutbrugerne.
401. Forudsætningen i brevet af 22. april 2014 gør det samtidig klart, at der er tale om en aftale og/eller samordnet praksis om, at slutbrugerpriserne for serviceabonnementer på naturgasfyr skal *stige*. Hvilket rent faktisk også sker for så vidt angår HMN's abonnementspriser ved, at HMN sætter sine abonnementspriser op pr. 1. maj 2014 med omkring [0-5] % ud over den normale indeksstigning på [5-10] %, jf. pkt. 119.
402. Styrelsen vurderer, at HMN og servicepartnerne ved ovenstående forudsætning og vilkår i principaftalen af 29. april 2014 med en rimelig grad af sikkerhed har kunnet forudsige, hvordan de konkurrerende serviceudbydere, det vil sige HMN, Gastech og Kiertner, hver især efterfølgende ville tilrettelægge deres prispolitik.

403. Forhandlingerne om indholdet af en ny standardunderleverandørkontrakt og udmøntningen i pkt. 6 i principaftalen af 29. april 2014 formindsker således på dette punkt usikkerheden med hensyn til konkurrenters forventelige adfærd og fører således til konkurrencebetingelser, der ikke svarer til de normale markedsbetingelser.
404. Det er styrelsens vurdering, at aftalen og/eller den samordnede praksis er egnet til at mindske priskonkurrencen mellem serviceudbyderne og begrænser serviceudbydernes incitamenter til selvstændigt at fastsætte deres prispolitik.
405. DEBRA har anført, jf. pkt. 131 ovenfor, at:
- "Den formelle aftalefrihed hvad angår priser også gælder i praksis, da der ikke er en stiltiende forståelse om nogen form for koordinering af priser i relation til slutbrugerne.*
- Det kan dokumenteres ved, at de faktiske priser over for slutbrugerne er vidt forskellige. Der henvises til det dokument som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen medtog ved kontrolundersøgelsen hos DEBRA (AVH4), der viser en oversigt over abonnementspriser, hvoraf det fremgår, at der er betydelige forskelle i abonnementspriserne mellem servicepartnerne og HMN Naturgas I/S og imellem de enkelte servicepartnere. For de 1-årige aftaler spænder prisen fra kr. [...] til kr.[...] (en prisforskel på cirka 80 %), og HMN Naturgas I/S' pris er på kr.[...], hvilket er [...].*
406. Gastech har i samme tråd anført, jf. pkt. 134 ovenfor, at:
- "The standard service partner agreement between HMN and the service partners does not contain any provisions that directly or indirectly determines the end-customer prices of HMN nor does it contain any provisions that directly or indirectly determine the end-customer process of the service partners. [...]*
- Furthermore, HMN and the service partners have not otherwise had any influence on each other's end-customers prices. This is also clear from several documents seized by the DCCA during its on-site inspections at GE, HMN and the other service partners, where it is specifically stated that the service partners are free to set the prices towards their own customers (independent of HMN and of the other service partners) and there are also several documents showing that HMN and the service partners de facto have charged (and still charge) different end-customers prices."*
407. Styrelsen skal heroverfor bemærke, som angivet ovenfor i pkt. 389-390, at det ikke er nødvendigt, at parterne rent faktisk har fulgt aftalen og/eller den samordnede praksis, samt at det ikke er nødvendigt, at parterne ved aftalen og/eller den samordnede praksis har koordineret den specifikke pris, men dog en stigning eller muligheden for en stigning af serviceudbydernes abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere,

idet det er tilstrækkeligt for at anse aftalen og/eller den samordnende praksis for at have mindsket konkurrencen, at denne har ændret de involverede virksomheders incitamenters til at konkurrere indbyrdes.

408. Hertil kommer, at den omstændighed, at det ikke er udtrykkeligt nævnt i den nye standardunderleverandørkontrakt af 1. november 2014, at principaftalens pkt. 6 om gennemslag i HMN's abonnementspriser, og forudsætningen om, at servicepartnerne skulle have mulighed for at hæve abonnementsprisen for service på naturgasfyr til slutbrugerne på deres egne selvstændige serviceordninger, ikke kan ændre ved det forhold, at parterne i forbindelse med forhandlingerne, som førte op til principaftalen af 29. april 2014, allerede på dette tidspunkt har indgået en aftale og/eller samordnet praksis om koordinering af abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere.
409. Gastech henviser ovenfor i pkt. 134245 til, at det af flere af sagens dokumenter fremgår, at parterne frit har kunnet fastsætte deres abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere, og de facto har opkrævet forskellige priser.
410. Gastech har ikke angivet, hvilke konkrete dokumenter der dokumenterer dette. Styrelsen bemærker dog, at det fx fremgår af mail af **21. februar 2013** fra [...] (HMN) til [...] (DE-BRA/Kiertner) med emnet "*Ifølge aftale*":

"Der er ikke aftalte priser med HMN i forhold til jeres privatkunder, det vil være ulovligt i forhold til konkurrencestyrelsen."
411. Mailen indeholder herudover oplysninger om otte af servicepartnernes abonnementspriser, som HMN har fundet på nettet.
412. Styrelsen bemærker i den forbindelse, at indholdet af denne mail ikke ændrer på indholdet af principaftalen, sammenholdt med forudsætningen i brevet af 22. april 2014, men viser dog, at HMN og – i dette tilfælde – Kiertner havde kendskab til, at det ikke er lovligt, at koordinere abonnementspriser for service på gasfyr til slutbrugere.
413. Som nævnt ovenfor er aftaler mellem konkurrenter om direkte eller indirekte at fastsætte priser og andre forretningsbetingelser direkte omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og der gælder en formodning for, at sådanne aftaler er alvorlige konkurrencebegrænsende aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen.
414. Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at aftalen og/eller den samordnede praksis om, at omlægningen af afregningsmodellen mellem HMN og servicepartnerne skal have "gennemslag i"/"reflekteres i" HMN's abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere, med henblik på at sikre, at servicepartnerne 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.

415. Det bemærkes, at vurderingen af de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, beror på en objektiv vurdering og er uafhængig af, om parterne har haft til hensigt at begrænse konkurrencen eller ej. Selvom parternes subjektive hensigt således ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet til hinder for, at hensigten tages i betragtning.
416. Styrelsen har i forbindelse med behandlingen af sagen – efter udsendelsen af MOB – modtaget modsatrettede oplysninger med hensyn til formålet med principaftalens pkt. 6 om gennemslag i slutbrugerpriser på serviceabonnementer som følge af omlægningen af afregningsmodellen mellem HMN og servicepartnerne.
417. Både HMN, DEBRA og Gastech har dog gjort opmærksom på, at vilkåret skal ses i sammenhæng med den omlægning af afregningsmodellen mellem HMN og servicepartnerne, som er relevant for *det vertikale forhold* mellem parterne. Dette behandles i det efterfølgende afsnit om den retlige og økonomiske kontekst.
418. HMN har oplyst, at vilkåret er indsat af HMN i principaftalen for at gøre servicepartnerne opmærksomme på, at omlægningen af afregningsmodellen ville få den betydning, at serviceabonnementspriserne ville stige for HMN's kunder, og der derfor var en risiko for, at nogle kunder ville opsigte deres serviceabonnement hos HMN.
419. DEBRA har oplyst, at vilkåret er udtryk for et naturligt forhandlingselement i forbindelse med forhandlingerne mellem på den ene side HMN og på den anden side servicepartnerne, hvor HMN som hovedleverandør vil forsøge at presse prisen med den begrundelse, at slutkunderne vil have lave priser, mens servicepartnerne som underleverandører ikke vil acceptere en lavere afregning, hvis resultatet alene er, at hovedleverandørens avance stiger. Ifølge DEBRA lå der ikke i vilkåret et forsøg på at påvirke, hvilken pris HMN kunne opkræve overfor sine slutbrugere.
420. DEBRA har dog også oplyst, at servicepartnerne var bange for at blive presset til at gå ned i pris, og at HMN efterfølgende ville tage avancen i egen lomme, derfor skulle prissætningen over for servicepartnerne – ifølge DEBRA's efterfølgende oplysninger til styrelsen – *"have gennemslag, så HMN slutbrugerpri-*

ser også faldt. Dette var hensigten fra servicepartnernes side med pkt. 6 i principaftalen.", jf. pkt. 132 ovenfor.

421. Gastech har oplyst, at enhver underleverandør som bliver presset til en reduktion i sin indkomst, med henvisning til køberens – her HMN's – angivelige behov for at reducere prisen overfor sine slutbrugere, har et naturligt og uproblematisk behov for at afprøve køberens forklaring herom. Hvor det ville være mere acceptabelt, hvis køberens besparelser blev givet videre til slutbrugerne, som anført af køberen, i modsætning til at køberen selv beholdt besparelsen.
422. Overfor parternes forklaringer om formålet med principaftalens punkt 6 – som er afgivet *efter* afslutningen af forhandlingerne i efteråret 2013/foråret 2014 og i løbet af sagens behandling i styrelsen – står de ret klare tilkendegivelser i sagens samtidige materiale, der illustrerer, at det både er HMN og servicepartnernes subjektive hensigt, at *abonnementsprisen* for service på naturgasfyr til slutbrugerne skal *stige*. Det ændrer ikke herpå, at HMN har oplyst, at HMN havde en subjektiv hensigt om, at den *totale pris* for service på naturgasfyr til slutbrugerne skulle *falde*.
423. Da HMN og servicepartnerne – ud over *det vertikale forhold*, hvor servicepartnerne er underleverandører til HMN – i *det horisontale forhold* konkurrerer om serviceaftaler med slutbrugerne, indebærer pkt. 6 i principaftalen af 29. april 2014, objektivt set, at priskonkurrencen i *det horisontale forhold* mellem serviceudbyderne (HMN såvel som Gastech og Kiertner) mindskes som følge af, at aftalen og/eller den samordnede praksis formindsker usikkerheden om indbyrdes konkurrerende virksomheders prispolitik.
424. Denne betragtning understøttes af det øvrige samtidige materiale i sagen, fx i brev af 22. april 2014 beskrevet ovenfor fra DEBRA, Gastech og Kiertner til HMN, hvor det forudsættes, at HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementer *skal stige* på linje med forhøjelsen af afregningen mellem HMN og servicepartnerne i *det vertikale forhold*, hvor servicepartnerne er underleverandører til HMN, og at dette er for at sikre, at servicepartnerne også *kan hæve* deres egne selvstændige slutbrugerpriser på serviceabonnementer, det vil sige i *det horisontale forhold*, hvor serviceudbyderne konkurrerer om serviceaftaler med slutbrugerne. At hensigten var at aftale og/eller samordne vilkår af betydning for slutbrugerpriserne på serviceabonnementer understøttes endvidere også af de følgende mailkorrespondancer.
425. Det fremgår fx af en mail af **14. april 2014** fra [...] (DEBRA/Gastech) til en servicepartner med [...] (DEBRA) og [...] (DEBRA/Kiertner) cc, med emnet "*SV: service kontrakt*". [...] (DEBRA/Gastech), at:

"Fra DEBRA's side finder vi oplægget aldeles uacceptabelt. [...] 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 – det bliver svært. Dermed er det her med til at gøre vores egne forretninger ikke rentable."

...

426. Efter forhandlingsmødet den 29. april 2014 fremsender [...] (DEBRA/Gastech) resultatet af forhandlingerne i en mail af samme dato til [...] (DEBRA), med blandt andre [...] (DEBRA/Kiertner) og [...] (DEBRA) cc, med emnet "SV: kontrakt HMN". I mailen skriver [...]:

"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 servicepartnere i abonnement [her sigtes til "hovedeftersyn"] og udkald vil blive afspejlet i [HMN's] kundepriserne. Det betyder at vi vil kunne hæve vores egne abonnementer uden at blive for dyre i forhold til HMN."

...

427. Det fremgår også udtrykkeligt af materialet, at HMN følger op på aftalen og/eller den samordnede praksis og hæver sine abonnementspriser til slutbrugerne, jf. blandt andet pkt. 327 ovenfor.
428. Samlet viser ovenstående, at parternes subjektive hensigt med aftalen og/eller den samordnede praksis på tidspunktet for aftalen og/eller den samordnede praksis har været, at HMN skulle hæve sine abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere, så servicepartnere kunne hæve deres abonnementspriser for service på naturgasfyr til slutbrugere i deres egne serviceordninger.
429. Parternes efterfølgende forklaringer – om, at principaftalens pkt. 6 skulle forstås, som henholdsvis en varslings til servicepartnere om, at nogle af HMN's kunder potentielt ville forlade serviceordningen som konsekvens af, at HMN ensidigt ville fastsætte højere abonnementspriser for kunderne, og forklaringen om, at principaftalens pkt. 6 skulle forstås som en opfordring fra servicepartnere til HMN om, at HMN skulle nedsætte sine slutbrugerpriser på serviceabonnementer, så HMN ikke blot "skummede fløden" ved at presse servicepartnernes afregningspris ned – kan derfor ikke lægges til grund i den videre analyse.
430. Det bemærkes hertil, at konkurrenter under alle omstændigheder ikke bør drøfte slutbrugerpriser, uanset om der er tale om en forhøjelse eller nedsættelse af slutbrugerprisen, jf. pkt. 390 ovenfor.

431. HMN anfører i tråd hermed flere steder, b[1]andt andet i styrelsens referat dateret 16. marts 2016 af MOB-møde med HMN Naturgas I/S med HMN's bemærkninger i mark up, at:

"Styrelsen ser kun på et delement af omlægningen af Serviceordningen og ikke på hele omlægningen. Styrelsen ser dermed ikke på sagen i sin rette kontekst.

Konsekvensen af HMN's omlægning af Serviceordningen var, at ordningen blev billigere for kunderne. Dette faktum glemmer styrelsen, når den kommer frem til sin arbejdshypotese om, at der foreligger en konkurrencebegrænsende koordinering af priserne.

Billigere priser til slutkunderne er ikke konkurrencebegrænsende, men konkurrencefremmende, og har hverken til formål eller til følge at begrænse konkurrence. Billigere priser til slutkunderne afkræfter styrelsens arbejdshypoteser om, at HMN har deltaget i ulovlig priskoordinering."

432. Styrelsen bemærker, at det for så vidt er underordnet om indbyrdes konkurrerende virksomheder aftaler et eller flere delkomponenter i en slutbrugerpris eller aftaler en samlet slutbrugerpris. Det er herudover for så vidt også underordnet, om indbyrdes konkurrerende virksomheder aftaler, at et eller flere delkomponenter i en slutbrugerpris skal stige eller falde, da en sådan aftale er med til at formindske usikkerheden om konkurrerende virksomheders prispolitik, jf. pkt. 388. Styrelsen finder det dog, som det er fremgået af gennemgangen ovenfor, bevist, at parterne *har* indgået en aftale og/eller samordnet praksis om, at den delkomponent af slutbrugerprisen, som udgøres af abonnementsprisen, skulle stige for så vidt angår HMN, og at der skulle være mulighed for at den steg for så vidt angår servicepartnerne.

433. Det fremgår videre fx Domstolens dom i BIDS-sagen, at det:

"...er åbenbart i modstrid med den grundtanke, der ligger bag EF-traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på markedet. Artikel 81, stk. 1, EF opstiller således et forbud mod enhver form for koordinering, der bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde."

434. Konkurrencelovens § 6 og TEUF Artikel 101, stk. 1, opstiller således dels et forbud mod direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser og dels et forbud mod enhver form for koordinering, der bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence med indbyrdes praktisk samarbejde.
435. DEBRA og Kiertner har i deres fælles høringssvar anført, at prisen for serviceeftersyn hænger uløseligt sammen med prisen for reservedele, og at den samlede pris derfor er det eneste relevan-

te konkurrenceparameter. DEBRA og Kiertner anfører, at det derfor er forkert, når styrelsen kun vurderer stigningen på serviceabonnementer til slutbrugere og ikke vurderer den samlede slutbrugerpris (inklusive reservedele), som faldt som følge af omlægningen af serviceordningen.

436. Hertil bemærker styrelsen, at slutbrugerne, når de vælger en serviceudbyder til at udføre service på deres naturgasfyr, ikke har mulighed for at sammenligne de forskellige serviceudbydere "samlede slutbrugerpriser" i form af en abonnementsbetaling og priser for reservedele. Slutbrugeren har mulighed for at sammenligne serviceudbydernes abonnementspriser, mens prisen for reservedele først bliver aktuel og kendt af forbrugeren, når der er behov for udskiftning af reservedele. Styrelsen er derfor ikke enig med parterne i, at den samlede pris er det eneste relevante konkurrenceparameter.
437. Endelig bemærker styrelsen, at formuleringen i brev af 22. april 2014 om, at *"HMN's forbrugerpriser stiger på linie med kompensationsbeløbet. Dette er for at sikre, at vi også kan hæve egne abonnementspriser"* ligeledes ikke harmonerer med, at abonnementsprisen slet ikke skulle være nogen konkurrenceparameter.
438. Abonnementsprisen for service på naturgasfyr er et vigtigt konkurrenceparameter. Derfor skal enhver serviceudbyder selvstændigt fastsætte denne pris og må ikke – som det er sket i nærværende sag – koordinere forhøjelser af denne med sine konkurrenter.
439. Som nævnt i afsnit 4.3.3.2 viser erfaringer fra retspraksis, at aftaler m.v. mellem konkurrenter om priser, hvor priser skal forstås i bred forstand, sætter de normale markedsvilkår ud af kraft og medfører højere priser til skade for forbrugerne, og derfor har til formål at begrænse konkurrencen.
440. DEBRA og Kiertner har også i deres fælles høringssvar anført, at den retspraksis, som styrelsen henviser til i sagens pkt. 311-313 – nu pkt. 385-387 – vedrørende en del af en pris, ikke er relevant for situationen i den nærværende sag, idet disse sager vedrørte et selvstændigt priselement, som ikke havde direkte sammenhæng med andre delkomponenter.
441. Styrelsen henviser i den forbindelse til, at det ligeledes fremgår af retspraksis, at konkurrenters kommunikation, der kan føre til konkurrencebetingelser, der ikke svarer til de normale markedsbetingelser, og som kan fjerne eller formindske usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd, kan have til formål at begrænse konkurrencen, jf. sagens fx pkt. 388 ovenfor.
442. Da det samlede materiale i sagen viser, at aftalen og/eller den samordnede praksis har til formål at sikre, at servicepartnerne 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 servicepartneres 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

443. For så vidt angår det sidste kriterium, vil styrelsen vurdere aftalen og/eller den samordnede praksis i den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen og/eller den samordnede optræder i. I forbindelse med vurderingen af denne sammenhæng tages der hensyn til, hvilke produkter eller tjenesteydelser der er tale om, og hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.
444. I den forbindelse vurderes det ligeledes, om der foreligger en objektiv nødvendighed for at inddrage henholdsvis HMN og servicepartneres slutbrugerpriser på serviceabonnenter i *den vertikale aftale* mellem HMN og servicepartnerne, hvor servicepartnerne er underleverandører til HMN, da dette kan betyde, at aftalen og/eller den samordnede praksis vedrørende slutbrugerpriser på serviceabonnenter i *det horisontale forhold* falder udenfor forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der skal dog være tale om objektive faktorer, som er eksterne i forhold til parterne selv, og hensyn til parternes subjektive synspunkter kan således ikke udelukke anvendelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.
445. Det bemærkes i den sammenhæng, at betingelsen om objektiv nødvendighed ikke kan fortolkes således, at den indebærer en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger (rule of reason). En sådan afvejning kan kun foretages i forbindelse med vurderingen af, om aftalen kan fritages for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.
446. Som det allerede er belyst ovenfor, er aftalen og/eller den samordnede praksis mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner en overtrædelse, der udtrykkeligt er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, da den vedrører en aftale mellem konkurrenter om koordinering af priser. I de tilfælde hvor en aftale vedrører en formålsovertrædelse, skal der alene tages summarisk hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvilket fx fremgår af domstolens dom i *Siemens-sagen*:

"...in themselves, an object restrictive of competition and fall within a category of agreements expressly prohibited by Article 101(1) TFEU.

Such an object cannot be justified by an analysis of the economic context of the anti-competitive conduct concerned"

Markedskarakteristika

447. Ejere af naturgasfyr har mulighed for at få udført service på deres naturgasfyr af en række serviceudbydere på markedet. Nogle serviceudbydere tilbyder alene service på naturgasfyr som abonnementsordninger, hvor servicen udbydes med faste intervaller, fx 1-, 2- eller 3-årige intervaller. Inkluderet i disse abonnementsordninger er typisk muligheden for at tilkalde en reparatør i tilfælde af akutte behov herfor. Andre serviceudbydere tilbyder ligeledes service på naturgasfyr efter behov, hvor ejeren af naturgasfyret derfor ikke indgår en løbende aftale (abonnementsordning) med serviceudbyderen, jf. pkt. 55 ovenfor.
448. For at tilbyde service på naturgasfyr kræves det, at den udførende person har et A-certifikat. Nogle serviceudbydere på markedet har ansatte med A-certifikat, mens andre anvender underleverandører, hvor den udførende person har et A-certifikat.
449. HMN har ikke ansatte med A-certifikat til at udføre service på HMN's kunders naturgasfyr og anvender derfor underleverandører til udførslen af selve servicen på naturgasfyrene. Underleverandørerne (servicepartnerne) tilbyder, ligesom HMN, service på naturgasfyr og har i den forbindelse selvstændige kundeforhold med gasfyrsejere.
450. HMN og servicepartnerne har, som det fremgår ovenfor, i efteråret 2013/foråret 2014 forhandlet om indholdet af en ny standardunderleverandørkontrakt til reguleringen af det vertikale forhold mellem HMN og den enkelte servicepartner. Der er ofte ikke konkurrenceretlige betænkeligheder forbundet med forhandlinger om et indbyrdes vertikalt aftaleforhold. Når hovedleverandøren og underleverandørerne tillige er i indbyrdes konkurrence for så vidt angår slutkunderne, kan sådanne forhandlinger imidlertid udnyttes til at begrænse konkurrencen ved at aftale og koordinere forhold på det horisontale niveau af betydning for slutkunderne.

Omlægningen af HMN's serviceordning

451. Både DEBRA, Gastech og HMN har henvist til, at pkt. 6 i principaftalen af 29. april 2014 skal vurderes i sammenhæng med hele den omlægning af HMN's serviceordning, som parterne forhandlede om forud for principaftalen af 29. april 2014.
452. Om omlægningen af HMN's serviceordning, har HMN blandt andet oplyst:

"I 2014 besluttede HMN at omlægge økonomien i Serviceordningen med det formål at reducere de samlede udgifter for HMN's gaskunder.

Den primære årsag til omlægningen var, at HMN kunne konstatere, at Servicepartnere i Østdanmark skiftede ca. dobbelt så mange reservedele i forhold til Servicepartnere i Vestdanmark. Udskiftningen af de mange reservedele havde ingen effekt på driften af gaskedlerne, og nedsatte ej hellere antallet af udkald/udfald i forhold til niveauet i Vestdanmark. Hertil kom, at visse Servicepartnere tog meget høje avancer på salg af reservedele. Det havde den virkning, at kunderne klagede til HMN over Serviceordningen og de priser, som HMN opkrævede på reservedele, idet kunderne kunne købe reservedele betydeligt billigere over Internettet.

En omlægning af Serviceordningen var derfor nødvendig, hvis kunderne ikke skulle fravælge ordningen.

Omlægningen gennemførtes ved, at der over for Servicepartnerne blev indført en maksimalavance på [20-30] % (i stedet for tidligere [20-30] %, [30-40] % og [70-80] %) for alle udskiftninger af reservedele jf. HMN's brev af 4. december 2015, der vedlægges som bilag 2. Samtidig satte HMN yderligere fokus på princippet om "behovsbaseret service", der går ud på, at Servicepartnerne kun skal udskifte reservedele, som er nedslidte, jf. bilag 3. Det reducerede avanceloft på [20-30] % medførte, at Servicepartnerne mistede indtjening på reservedele ved omlægningen af Serviceordningen. Som konsekvens heraf ændrede HMN sine priser over for Servicepartnerne på hovedeftersyn (steg med [...] kr. pr. eftersyn) og udkald (steg med [...] kr. årligt). Prisændringen blev gennemført for at fastholde Servicepartnerne i Serviceordningen og dermed sikre ordningens fortsatte eksistens.

Serviceordningen har karaktertræk, der kan sammenlignes med et to-sidet marked, idet HMN både skal tiltrække et nødvendigt antal Servicepartnere og et nødvendigt antal gaskunder. Servicepartnerne og gaskunderne er således uundværlige for hinanden og for eksistensen af selve Serviceordningen.[...].

[...] HMN reducerede gaskundernes omkostninger til reservedele mod i stedet at sætte abonnementsgebyret op, og det samlede resultat medførte lavere priser for kunderne. Både omkostningerne til reservedele og abonnementsgebyret afregnes direkte mellem HMN og gaskunderne, og der var således tale om en omlægning af den samlede pris, som gaskunderne skulle betale til HMN. Indholdet af punkt 6 i principaftalen skal ses i lyset heraf: HMN tilkendegav, at et delelement (abonnementsprisen) af gaskundernes pris ville blive påvirket af omlægningen, fordi et andet delelement af prisen (omkostningerne til reservedele) også blev påvirket, uden at HMN tilkendegav, hvilken samlet pris gaskunderne ville blive tilbudt efter omlægningen af Serviceordningen.

[...] Omlægningen af Serviceordningen var nødvendig for at opretholde balancen mellem gaskundernes og Servicepartnernes modsatrettede interesser og dermed eksistensen af ordningen. Gaskunderne ønskede ikke at modtage regninger fra HMN på reservedele, som kunderne kunne købe billigere over Internettet. Omvendt skulle det imødegås, at Servicepartnerne uberettiget fik reduceret deres fortjeneste

ved at være med i Serviceordningen med risiko for, at de ville forlade ordningen."

453. DEBRA har tilsvarende vedrørende omlægningen oplyst, at:

"HMN Naturgas I/S meddelte på et tidspunkt i 2013, at sammensætningen af vederlaget til servicepartnerne skulle ændres. Konkret ønskede HMN Naturgas I/S, at servicepartnernes avance for reservedele skulle nedsættes, hvilket blev begrundet med, at HMN Naturgas I/S ønskede at nedsætte reservedelsprisen over for sine slutbrugere, og derfor ville have reduceret sine egne udgifter forbundet hermed i forhold til servicepartnerne.

Efter gennemførte forhandlinger blev man enig om en model, hvorefter servicepartnernes vederlag fra HMN Naturgas I/S for reservedele maksimeres til [20- 30] % over engrosprisen, og at der til gengæld blev fastsat et højere vederlag for hovedeftersyn og udkald.

Samlet skulle den ny sammensætning ikke ændre på størrelsen af det samlede vederlag til servicepartneren."

454. Tilsvarende vedrørende omlægningen har Gastech oplyst, at:

"The reason for the amendment was – as substantiated in several of the documents seized by the DDCA – that HMN claimed that end-customers had complained to HMN that the prices of spare parts were too high and that some of the service partners replaced spare parts although the replacement was not necessary.

For this reason, HMN decided to introduce a new pricing model towards its endcustomers increasing its customers' subscription prices, but lowering the prices on spare parts. This would ensure greater predictability of the total costs of the services for the end-costumers, but it would not lead to an increase of the total costs (i.e. for service and spare parts) for the end-customers.

HMN therefore turned to the service partners presenting a revised standard agreement reflecting this new pricing model [...]"

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 slutbrugere som før ændringen.

456. På denne måde ville HMN sikre, at slutbrugerne fremover skulle betale en mere kostægte 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 forhøjelsen af afregningspriserne blev udmøntet i principaftalen af 29. april 2014.
459. En del af de forhandlinger, der er foregået mellem parterne, har således drejet sig om afregningen mellem HMN og HMN's underleverandører. Hvor underleverandørerne afregnes for henholdsvis udførelse af serviceeftersyn (hovedeftersyn og udkald) og for evt. anvendte reservedele.
460. Det er styrelsens vurdering, at sagens materiale dokumenterer, at parterne har koordineret serviceudbydernes slutbrugerpriser på serviceabonnementer, jf. pkt. 333 ovenfor. Der er derimod ikke fundet dokumentation for, at parterne har koordineret serviceudbydernes slutbrugerpriser på reservedele.
461. Det relevante spørgsmål i denne sammenhæng er herefter, om den økonomiske sammenhæng herunder arten af tjenesteydelsen og markedets karakteristika begrundet, at det er nødvendigt med et vilkår, som det i nærværende sags omhandlede aftale og/eller samordnede praksis om gennemslag i HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementer, for at sikre servicepartnernes indtjeningsgrundlag – særligt i forbindelse med deres selvstændige kundeforhold.
462. Styrelsen bemærker, at der som udgangspunkt er modsatrettede interesser mellem enhver erhvervsdrivende og slutbrugerne i forhold til prisen for et produkt/en tjenesteydelse på det relevante marked og mellem en hovedleverandør og dennes underleverandører i forhold til afregningen mellem disse – særligt når hovedleverandøren og underleverandørerne også er i indbyrdes konkurrence i forhold til slutbrugerne. Dette medfører dog ikke i sig selv, at HMN's serviceordning indgår i en særlig øko-

nomisk kontekst, som kan begrunde den i sagen omhandlede aftale og/eller samordnede praksis.

463. I forhold til HMN's bemærkning om, at serviceordningen "*har karaktertræk, der kan sammenlignes med et tosidet marked*", bemærker styrelsen, at et marked kan siges at være tosidet, såfremt der er flere aktiviteter på markedet, der er uundværlige for hinanden.
464. Det fremgår således af *Cartes Bancaires*-sagen, at det i sagen pågældende marked – markedet for udstedelse af betalingskort – efter sin art har en tosidet karakter, da "*...udstedelses- og tilslutningsaktiviteterne [er] uundværlige for hinanden og for systemet i dets helhed, idet de handlende dels ikke ville acceptere at tilslutte sig kortbetalingssystemet, hvis antallet af kortholdere ikke var tilstrækkeligt stort, forbrugerne dels ikke ønskede ikke at få et kort, hvis dette ikke kunne bruges hos et tilstrækkeligt stort antal handlende.*"
465. På det relevante marked i denne sag, er der ikke umiddelbart to eller flere aktiviteter, som kan siges at være uundværlige for hinanden, og der foreligger således ikke et tosidet marked eller et marked med en tosidet karakter. Det er muligt, at det er nødvendigt for HMN både at tiltrække et tilstrækkeligt antal servicepartnere og et tilstrækkeligt antal servicekunder (slutbrugere) for at opretholde sin serviceordning, men det aspekt vedrører konkret HMN's serviceordning, og dermed ikke det generelle marked for service på naturgasfyld.
466. Det bemærkes i den sammenhæng, at et vilkår, som det i sagen omhandlede, ikke blev behandlet i forbindelse med styrelsens ikke-indgrebserklæring af 27. april 2010, som gennemgås nærmere nedenfor, hvorfor det heller ikke i forbindelse med indgåelsen af den tidligere standardunderleverandørkontrakt mellem HMN og servicepartnerne var nødvendigt med et vilkår som dette.
467. Det bemærkes desuden, at selv hvis man måtte vælge at betragte aftalen og/eller den samordnede praksis som et rent vertikalt forhold, hvor indholdet udelukkende berører forholdet mellem servicepartnerne og HMN, som anført af HMN i pkt. 125 ovenfor – hvilket styrelsen ikke mener, at der er tale om, idet HMN og servicepartnerne er aktuelle konkurrenter – er det stadig styrelsens vurdering, at aftalen og/eller den samordnede praksis i forbindelse med omlægningen af serviceordningen går videre end, hvad der er tilladt i et rent vertikalt forhold.
468. Det fremgår således direkte af konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 7, jf. stk. 1, at en aftale om at fastsætte bindende videresalgspriser eller på anden måde søge at få en eller flere handelspartnere til ikke at fravige vejledende salgspriser kan begrænse konkurrencen. Hvis servicepartnerne i et rent vertikalt forhold med HMN måtte aftale med HMN, at HMN skal lade sin slutbrugerpris på serviceabonnementer stige, for at afspejle den aftalte

stigning i afregningsprisen til servicepartnerne, er der tale om, at HMN og servicepartnerne aftaler bindende videresalgspriser til HMN's slutbrugere. Ud fra en ren vertikal betragtning, ville et sådan vilkår dermed også være egnet til at begrænse konkurrencen.

469. HMN har oplyst, at omlægningen af serviceordningen samlet set har gjort det billigere for HMN's kunder at få udført service på deres naturgasfyr, idet den gennemsnitlige omkostning pr. kunde er faldet. HMN har i den forbindelse gjort gældende, at konkurrencereglerne ikke skal forhindre billigere slutbrugerpriser.
470. Styrelsen bemærker, at det efter konkurrencelovens § 6 ikke har betydning, at én af parternes subjektive formål med aftalen var, at slutbrugerne hos denne part fik en lavere samlet pris, så længe samarbejdet objektivt set er egnet til at begrænse konkurrencen vedrørende slutbrugernes priser.
471. Da der uden vilkåret var større mulighed for og incitament til priskonkurrence mellem serviceudbyderne, er aftalen og/eller den samordnede praksis egnet til at medføre, at *HMN's slutbrugere og servicepartnernes slutbrugere samlet set* har betalt for meget for service på naturgasfyr. En sådan aftale medfører derfor, at den priskonkurrence, der ellers ville have været mellem parterne sættes ud af kraft, og at den normale priskonkurrence på markedet fordrejes.
472. Herudover medfører vilkåret i principaftalens pkt. 6, om at servicepartnernes afregningspris skulle have gennemslag i HMN's slutbrugerpriser på serviceabonnementer i sig selv, at *HMN's slutbrugere* samlet set kan have betalt mere for service på naturgasfyr hos HMN, end det ville have været tilfældet uden bestemmelsen, om at afregningsprisen skulle have gennemslag i HMN's slutbrugerpris på serviceabonnementer. Dette vilkår er dermed i sig selv med til at begrænse priskonkurrencen på markedet.
473. DEBRA og Kiertner har i deres fælles høringssvar anført, at det må afvises, at en forventning om, at de ændrede afregningspriser til HMN's underleverandører blev reflekteret i HMN's slutbrugerpris, har haft nogen betydning for, hvordan servicepartnerne kunne indrette egne priser, når servicepartnerne ikke vidste, hvordan HMN ville gøre dette. DEBRA og Kiertner anfører endvidere, at der ikke under forhandlingerne har været drøftet "bestemte" priser.
474. HMN har tilsvarende i sit høringssvar henvist til, at styrelsen i sin vurdering ikke inddrager, at HMN selv kunne vælge, hvordan omlægningen af afregningsmodellen skulle gennemføres over for kunderne, og at principaftalen ikke førte til nogen konkret formindskelse af risikoen i markedet. HMN har anført, at HMN under alle omstændigheder skulle offentliggøre sine

abonnementspriser, og at principaftalen derfor ikke skabte en øget transparens i markedet. Samtidig var det så nærliggende for servicepartnerne med gennemslaget i priserne, at principaftalens vage angivelse af omlægningen ikke i sig selv kunne have til formål at begrænse konkurrencen.

475. Styrelsen bemærker hertil, at det må have formodningen imod sig, at parterne havde behov for at aftale et vilkår vedrørende slutbrugerpriser på serviceabonnementer, som det der fremgår af principaftalens pkt. 6, hvis vilkåret ikke havde en betydning for parterne. Styrelsen finder det ikke afgørende, hvorvidt principaftalen har skabt en øget transparens i markedet, når HMN's abonnementspriser alligevel ville være blevet offentliggjort, eller at HMN driver sin serviceordning, som en nulforretning. Det, der derimod er afgørende, er, at parterne, som er indbyrdes konkurrerende virksomheder, blandt andet har koordineret de abonnementspriser, som HMN kort efter principaftalen offentliggør.
476. Styrelsen bemærker herudover, at DEBRA og Kiertner i deres fælles høringssvar anfører, at det ikke blot skyldtes en teoretisk bekymring hos servicepartnerne, når servicepartnerne overfor HMN udtrykte bekymring for, hvorvidt HMN ville sætte sine abonnementspriser ned eller om omlægningen af afregningen med servicepartnerne reelt havde til formål at forøge HMN's avance. Parterne anfører, at det er denne bekymring, der kom til udtryk i principaftalens pkt. 6. Dette viser efter styrelsens opfattelse, at principaftalens pkt. 6 ikke kan siges at være helt uden konkurrencemæssig betydning.
477. Styrelsen bemærker i øvrigt, at det ikke er afgørende, at parterne ikke har aftalt bestemte eller specifikke priser, idet det er tilstrækkeligt for at anse koordineringen for at have mindsket konkurrencen, at denne har ændret de involverede parters incitamenter til at konkurrere indbyrdes, jf. fx pkt. 407 ovenfor.
478. Endelig bemærker styrelsen, at konkurrencereglerne ikke kun har til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men også strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan. Dermed er det ikke en forudsætning for, at en aftale m.v. kan have et konkurrencebegrænsende formål, at den endelige forbruger fratages fordele af en effektiv konkurrence. Når en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det unødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet.
479. HMN's oplysninger om en gennemsnitlige lavere pris for HMN's slutbrugere kan imidlertid have betydning for en vurdering af en individuel fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1, og behandles derfor nedenfor i afsnit 4.4.
480. At HMN har fundet det nødvendigt at ændre på sin prisstruktur, blandt andet for at fjerne incitamenter fra servicepartnerne

til at udskifte reservedele unødvendigt, kan tyde på, at HMN's tidligere prisstruktur har været med til at holde et kunstigt højt niveau for brugen af reservedele.

481. Samtidig har omlægningen medført, at HMN har hævet sine abonnementspriser, og at Gastech og Kiertner har fået mulighed for at hæve deres egne abonnementspriser, hvorved aftalen og/eller den samordnede praksis både begrænser konkurrencen mellem HMN og servicepartnere – Gastech og Kiertner – men også begrænser konkurrencen mellem Gastech og Kiertner indbyrdes, idet aftalen og/eller den samordnede praksis har fjernet usikkerheden om konkurrerende virksomheders prispolitik.
482. DEBRA og Kiertner har i deres fælles høringssvar anført, at styrelsen ubegrundet antager, at reservedelspriserne tidligere var kunstigt høje.
483. Hertil bemærker styrelsen, at styrelsen i sagens pkt. 480 (tidligere pkt. 393), som parterne henviser til, ikke anfører, at de tidligere reservedelspriser var kunstigt høje. Bemærkningen knytter sig til forbruget af reservedele. Styrelsen har i den forbindelse refereret til oplysninger fra HMN. HMN har blandt andet oplyst, at: *"Den primære årsag til omlægningen var, at HMN kunne konstatere, at Servicepartnere i Østdanmark skiftede ca. dobbelt så mange reservedele i forhold til Servicepartnere i Vestdanmark."*
484. HMN har i sit høringssvar angivet, [...] der derfor alene var to kontrafaktiske scenarier til den gennemførte omlægning af afregningsmodellen i serviceordningen.
485. Gastech har tilsvarende i sit høringssvar anført bemærkninger om et muligt kontrafaktisk scenarium.
486. Hertil bemærker styrelsen, at idet styrelsen i nærværende sag vurderer, at der er tale om en overtrædelse, der har til formål at begrænse konkurrencen, er styrelsen ikke forpligtet til at foretage vurderinger i forbindelse med eventuelle kontrafaktiske scenarier.
487. Styrelsen henviser til *Lundbeck-sagen*, hvor sagsøgerne fandt, at Kommissionens afgørelse var: *"behæftet med en retlig fejl derved, at det ikke deri anerkendes, at det kontrafaktiske scenarium i det foreliggende tilfælde udelukker muligheden for at fastslå en konkurrencebegrænsning på grund af formålet."*
488. Retten bemærkede blandt andet, at: *"Kommissionen, idet der var tale om konkurrencebegrænsninger på grund af formålet, alene var forpligtet til at påvise, at de omtvistede aftaler frembød en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen i betragtning af indholdet af deres bestemmelser, formålene med aftalerne, såvel som den økonomiske og retlige sammenhæng, som de indgik i, uden af den grund at være forpligtet til at undersøge virkningerne heraf (præmis 342 ovenfor).*

Ud over, at en undersøgelse af et hypotetisk kontrafaktisk scenarium er vanskelig at gennemføre derved, at den stiller krav om, at Kommissionen rekonstruerer de begivenheder, der ville være indtruffet uden de omtvistede aftaler, mens disse netop havde til formål at forsinke de generiske virksomheders indtræden på markedet (jf. præmis 138 og 139 ovenfor), minder en sådan undersøgelse mere om en undersøgelse af de omtvistede aftalers virkninger på markedet end om en objektiv undersøgelse af den tilstrækkeligt skadelige karakter af disse på konkurrencen. En sådan undersøgelse af virkningerne er imidlertid ikke påkrævet i forbindelse med en analyse, der bygger på spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et konkurrencebegrænsende formål (præmis 342 ovenfor)."

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

490. Det er herefter spørgsmålet om, særlovgivning vedrørende service på gasfyr kan begrunde en aftale og/eller samordnet praksis mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner, som den i sagen omhandlede.
491. HMN er som gasleverandør forpligtet til at føre tilsyn med nye og eksisterende installationer. Der er dog tale om en forpligtelse, som HMN er pålagt som gasleverandør – det vil sige som distributør af gas – blandt andet for at sikre, at nye installationer er udført i overensstemmelsen med Gasreglementet, og som er uafhængig af HMN's serviceordning.
492. Det følger herudover af Gasreglementets afsnit A, vedrørende drift og vedligehold, at:

"Brugeren (ejereren) er ansvarlig for den korrekte drift og vedligeholdelse af installationen og skal omgående lade konstaterede fejl og mangler afhjælpe af en autoriseret VVS-installatør.

Alle gasinstallationer, inkl. de gasforbrugende apparater og deres ventilations- og aftrækssystemer, bør serviceres med passende intervaller. [...] apparater med åbent forbrændingskammer skal have udført service mindst en gang hvert andet år [...]

493. Ejere af naturgasfyr er som følge heraf ansvarlige for at få udført service på deres naturgasfyr. Det er dog ikke lovpligtigt for ejere af naturgasfyr, at indgå faste aftaler (abonnementsordninger) med en serviceudbyder om eftersyn af naturgasfyret. Ejeren er alene forpligtet til at få servicen udført af en der-

til autoriseret installatør med passende intervaller/mindst en gang hvert andet år afhængig af typen af naturgasfyret.

494. Gasreglementet indeholder ikke relevante bestemmelser, der i øvrigt regulerer forholdet mellem ejeren af et naturgasfyret og en serviceudbyder eller mellem en serviceudbyder og dennes evt. underleverandører.
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.

Ikke-indgrebserklæring af 27. april 2010 til HMN

496. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen [*dengang Konkurrencestyrelsen*] har den 27. april 2010 meddelt HMN en ikke-indgrebserklæring efter blandt andet konkurrencelovens § 9 angående en tidligere gældende standardunderleverandørkontrakt mellem HMN og virksomhedens servicepartnere i HMN's distributionsområde i øst.
497. DEBRA og Kiertner har i deres fælles høringssvar anført, at styrelsen ved behandlingen af denne ikke-indgrebserklæring har behandlet en aftale, der er tilsvarende aftalen i den nærværende sag.
498. Styrelsen bemærker, at standardunderleverandørkontrakten, som blev behandlet 2010 ikke indeholder vilkår svarende til pkt. 6 i principaftalen af 29. april 2014, hvorfor styrelsen ikke tidligere har taget stilling til et sådan vilkår.
499. Det fremgår desuden, af den daværende sags materiale, at der ikke forud for udarbejdelsen af denne standardunderleverandørkontrakt havde fundet kollektive forhandlinger sted mellem HMN og de pågældende servicepartnere – som det er tilfældet i den nærværende sag. Styrelsen har derfor heller ikke tidligere taget stilling til forudgående forhandlinger eller forhandlingsmateriale mellem HMN og virksomhedens servicepartnere – som det ovenfor beskrevne forhandlingsmateriale herunder principaftalen af 29. april 2014.
500. Styrelsen lagde i offentliggørelsesudgaven af afgørelsen blandt andet vægt på, at "*de i standardaftalen anvendte priser ikke fastsættes på baggrund af horisontale pris aftaler mellem vvs-virksomheder, [...]*".
501. Allerede fordi styrelsen ved meddelelsen af ikke-indgrebserklæringen i 2010 udtrykkeligt forudsatte, at der ikke var tale

om en aftale af horisontal karakter, finder styrelsen, at den meddelte ikke-indgrebserklæring ikke er af betydning for vurderingen af aftalen og/eller den samordnede praksis om serviceudbydernes prispolitik i den nærværende sag.

2 øvrige ikke indgrebserklæringer, samt DONG-sagen

502. DEBRA og Kiertner har i deres fælles høringssvar anført, at styrelsen, ud over ikkeindgrebserklæring af 27. april 2010 til HMN, har behandlet to tilsvarende aftaler, som den foreliggende, nemlig 1) "Samarbejdsaftale vedrørende Naturgas Fyn I/S serviceordning for naturgasfyr af 28. februar 2001" og 2) "Ikke-indgrebserklæring til standardaftale vedrørende Gasmestersamarbejde mellem Naturgas Midt Nord I/S og vvs-installatører" af 29. september 2004. DEBRA og Kiertner har anført, at underleverandørerne også i disse sager har fået kendskab til gasleverandørens vederlagsmodel til afregningen med underleverandørerne, som underleverandørerne kunne tage i betragtning ved fastsættelsen af deres egen pris.
503. Styrelsen er ikke enig med DEBRA og Kiertner i, at de to nævnte sager vedrørte aftaler, som svarer til aftalen og/eller den samordnede praksis i den nærværende sag.
504. I forhold til sag nr. 1) "Samarbejdsaftale vedrørende Naturgas Fyn I/S serviceordning for naturgasfyr af 28. februar 2001" har styrelsen i sin vurdering lagt vægt på, at der ikke var tale om horisontale prisaftaler mellem underleverandørerne.
505. I forhold til sag nr. 2) "Ikke-indgrebserklæring til standardaftale vedrørende Gasmestersamarbejde mellem Naturgas Midt Nord I/S og vvs-installatører af 29. september 2004" bemærker styrelsen, at sagen vedrørte et markedsføringssamarbejde mellem Naturgas Midt-Nord I/S og en række vvsinstallatører om at skaffe nye gaskunder/servicekunder. Der var derfor i den relation ikke nogen "egne" priser for vvs-virksomhederne.
506. Herudover har DEBRA og Kiertner i deres fælles høringssvar anført, at styrelsen i en direkte sammenlignelig sag vedrørende DONG's aftaler om gasfyrsservice har accepteret en aftale mellem DONG og DONG's underleverandører, som indeholdt begrænsninger af konkurrencen, men at styrelsen vælger at anse den foreliggende situation som en kartelaftale, uanset at de faktiske forhold i den nærværende sag viser en helt anderledes effektiv konkurrencesituation.
507. Hertil bemærker styrelsen, at sagen vedrørende DONG's aftaler om gasfyrsservice handlede om forskellige vilkår i det vertikale aftaleforhold mellem DONG og DONG's underleverandører, men ikke om hverken afregningspriser mellem DONG og underleverandørerne eller DONG eller underleverandørernes slutbrugerpriser.

508. Styrelsen er derfor ikke enig med parter[n]e i, at de nævnte sager er sammenlignelig med den nærværende sag.
509. Det er sammenfattende styrelsens vurdering, at et aftalevilkår vedrørende HMN's, Gastechs og Kiertners slutbrugerpriser på serviceabonnementer, som skal sikre Gastechs og Kiertners indtjeningsgrundlag – særligt i forbindelse med servicepartners egne selvstændige kundeforhold – ikke er objektivt nødvendigt for *den vertikale aftale* mellem HMN og servicepartnerne, hvor servicepartnerne er underleverandører til HMN, da *den retlige sammenhæng* ikke kan begrunde denne *horisontale koordinering* af serviceudbydernes slutbrugerpriser på serviceabonnementer. Den retlige sammenhæng bekræfter og understøtter således, at aftalens og/eller den samordnede praksis' indhold og dens målsætninger udgør en begrænsning, der har til formål at begrænse konkurrencen."

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for Sø- og Handelsretten.

Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S (HMN) har yderligere anført navnlig følgende (citeret fra HMN's sammenfattende processkrift af 13. april 2020 – overskrifts- og afsnitsnummerering samt henvisninger til ekstrakt og materialesamling udeladt):

"Konkurrencemyndighedernes og Sø- og Handelsrettens formålsvurdering er baseret på en retligt forkert test og er derfor mangelfuld

Konkurrencerådets, Konkurrenceankenævnets og Sø- og Handelsrettens konklusion om, at Principaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, er baseret på en retligt forkert test.

Det er erkendt af Konkurrenceankenævnet, at serviceordningen samlet blev mere end 9 mio. kr. billigere for HMN's kunder. Serviceordningen lagde derfor et større konkurrencepres på konkurrerende ordninger efter Omlægningen sammenlignet med før Omlægningen. Endvidere førte de lavere reservedelspriser til mere kostægte priser for kunderne og mere konkurrence på markedet for indkøb af reservedele.

De konkurrencefremmende dele af Principaftalen/Omlægningen indgik ikke i formålsvurderingen. Konkurrencemyndighederne og Sø- og Handelsretten var således af den opfattelse, at de konkurrencefremmende dele af Omlægningen – navnlig de lavere reservedelspriser for kunderne og den samlet set billigere serviceordning – ikke skulle indgå i formålstesten under konkurrencelovens § 6, stk. 1/artikel 101, stk. 1, TEUF, men alene i den efterfølgende vurdering af, om adfærden kunne fritages efter konkurrencelovens § 8/artikel 101, stk. 3, TEUF. Formålsvurderingen blev derved for snæver og forkert.

Der er efter EU-Domstolens praksis ikke retligt belæg for at udskille de konkurrencefremmende dele af en adfærd fra formålsvurderingen. Det følger tværtimod af retspraksis, navnlig af EU-Domstolens afgørelser i *Generics*- og *Budapest Bank*-sagerne, at disse elementer skal inddrages i formålsvurderingen.

...

Re. (i): Formålsbegrebet efter artikel 101, stk. 1, TEUF, og konkurrence-lovens § 6, stk. 1

...

Dommene i *Generics* og *Budapest Bank* sagerne, der tydeliggør praksis på en række punkter af central betydning for den foreliggende sag, forelå ikke på tidspunktet for Sø- og Handelsrettens dom i sagen.

...

Analysen af de tre nævnte formålskriterier udføres i to trin, jf. bl.a. præmis 41 i Generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse i sag C-228/18, *Budapest Bank*.

I første trin af analysen vurderes *indholdet* af aftalen og dens *objektive formål* med henblik på at fastslå, om aftalen hører til den type af aftaler, som erfaringsmæssigt har åbenlyst skadelige virkninger for konkurrencen, jf. Bobeks forslag til afgørelse i *Budapest Bank*-sagen, præmis 42.

I andet trin af analysen undersøges, om aftalens *økonomiske og retlige sammenhæng* konkret understøtter formodningen om, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Det skal med andre ord eftertjekkes, om der er særlige omstændigheder, som skaber tvivl om aftalens konkurrenceskadelige formål (et overordnet realitetstjek), jf. generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse i *Budapest Bank*-sagen, punkt 43, hvor formålsbegrebet beskrives generelt. Hvis dette er tilfældet, må der laves en fuld analyse af aftalens virkninger på markedet (en til følgevurdering), førend det kan konkluderes, om aftalen er i strid med konkurrencereglerne.

Det andet skridt i formålsanalysen om den økonomiske og retlige sammenhæng har efter generaladvokat Bobeks opfattelse samme karaktertræk som en "til følge"-vurdering efter artikel 101, stk. 1, TEUF, men adskiller sig herfra i *graden* af den undersøgelse, som myndighederne skal foretage. Analyseskridtet kræver, at konkurrencemyndighederne på et forholdsvist generelt niveau kontrollerer, om der foreligger retlige og faktiske omstændigheder, der udelukker, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, dvs. udelukker, at aftalen i sig selv er så skadelig for konkurrencen, at det ikke er nødvendigt at undersøge dens konkrete virkninger.

Det betyder bl.a., at hvis de elementer, som konkurrencemyndighederne bliver opmærksomme på ved vurderingen af den økonomiske og retlige kontekst, peger i forskellige retninger, er det nødvendigt at fore-

tage en "til følge"-vurdering, der skal gå videre end blot at undersøge aftalens evne til at påvirke konkurrencen, jf. punkt 40-51 i generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse i *Budapest Bank*-sagen.

...

Bobeks bemærkninger om, hvordan formålsbegrebet under artikel 101, stk. 1, TEUF, skal forstås, og hvornår myndighederne er forpligtet til at foretage en "til følge"-vurdering, er også relevante for vurderingen af HMN's Omlægning. Med afsæt i generaladvokat Bobeks udtalelse, der efterfølgende er blevet tiltrådt af EU-Domstolen, er det klart, at formålsvurderingen af Principaftalen ikke kunne foretages abstrakt, men skulle inddrage de faktiske omstændigheder, som viste, at aftalen var konkurrencefremmende og derfor ikke uden videre undersøgelse kunne sidestilles med "en klassisk prisaftale", herunder fordi serviceordningen blev billigere og lagde et større konkurrencepres i markedet.

Bobeks forståelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, er i al væsentlighed bekræftet af EU-Domstolen i to nye domme. Først i dom af 30. januar 2020 i sag C-307/18, *Generics (UK) Ltd m.fl.*, jf. dommens præmis 64-111, og efterfølgende i dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, *Budapest Bank*, jf. dommens præmis 51-86, som vedrørte den sag, Bobek afgav udtalelse i.

Generics-sagen

...

I sit forslag til afgørelse af 22. januar 2020 bekræfter generaladvokat Kokott i sin besvarelse af spørgsmål 5, at eventuelle fordele for forbrugerne af en aftale skal medtages og analyseres under formålsvurderingen efter artikel 101, stk. 1, TEUF – og altså ikke kun er relevante for vurderingen under artikel 101, stk. 3, TEUF – hvis de skaber tvivl om, hvorvidt en aftale reelt har et konkurrencebegrænsende formål:

...

Det følger af de ovenfor citerede dele af generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, at hun er enig med generaladvokat Bobeks analyse i *Budapest Bank*-sagen ...

Det fremgår klart af generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, at en aftales påståede fordele eller virkninger ("*alleged positive benefits or effects*") ikke kun er relevante for vurderingen under artikel 101, stk. 3, TEUF. De skal også inddrages og analyseres i formålsvurderingen under artikel 101, stk. 1, TEUF, i et omfang, der gør det muligt for den pågældende konkurrencemyndighed at fastslå, om disse fordele skaber tvivl om aftalens konkurrenceskadelige formål.

Som det fremgår af de citerede afsnit ovenfor, bygger Kokott sin forståelse af formålsbegrebet på Domstolens hidtidige praksis ("*it follows from the case-law*" og "*As is apparent from the case-law*"). Kokott beskriver end-

videre – ligesom Bobek – formålsbegrebet generelt og løsrevet fra den enkelte sag.

EU-Domstolen bekræfter i sin dom i Generics-sagen generaladvokat Kokotts og generaladvokat Bobeks fortolkning af formålsbegrebet og formålstesten under artikel 101, stk. 1, TEUF. Domstolen slår fast, at dokumenterede konkurrencefremmende virkninger ("pro-competitive effects") af en aftale skal medtages i formålsvurderingen i det omfang, disse virkninger skaber en rimelig tvivl ("*a reasonable doubt*") om, hvorvidt aftalen i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne anses som en formålsovertrædelse, jf. dommens præmis 103-111.

...

EU-Domstolen slår med andre ord klart fast, at hvis der er "*konstateret relevante, konkurrencefremmende virkninger*" af en aftale, skal disse virkninger indgå i formålsvurderingen, dvs. indgå i vurderingen af, om en aftale i sig selv er så skadelig for konkurrencen, at det ikke er nødvendigt at undersøge de konkrete virkninger.

Relevante konkurrencefremmende virkninger af en aftale er med andre ord meget tydeligt ikke forbeholdt en vurdering under artikel 101, stk. 3, TEUF/konkurrencelovens § 8.

EU-Domstolen beskriver i *Generics*-sagen sin fortolkning af formålsbegrebet under artikel 101, stk. 1, TEUF, generelt, og der er ikke belæg for at antage, at Domstolens fortolkning ikke skulle finde anvendelse på andre sager.

Budapest Bank-sagen

EU-Domstolen tog senest i *Budapest Bank*-sagen på ny stilling til formålsbegrebet under artikel 101, stk. 1, TEUF, idet Domstolen blev spurgt om, hvorvidt aftaler om fastsættelse af interbankgebyrer udgør en formålsovertrædelse.

Sagen har flere lighedspunkter med HMN's omlægning af serviceordningen, idet der var tale om en *horisontal prisaftale mellem konkurrenter*, som samtidig havde betydning for de priser, som kunderne (forretningerne) skulle betale. Domstolen fandt samlet, at den pågældende aftale ikke kunne kvalificeres som en formålsaftale, *medmindre* den henset til ordlyden, formålet og sammenhængen, hvori den indgik, kunne anses for at være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at blive kvalificeret som en formålsovertrædelse.

...

Domstolen tager ... klart afstand fra, at formålsvurderingen kan stoppe ved den blotte konstatering af, at konkurrerende banker (og konkurrenterne Visa og MasterCard) standardiserede en pris. Domstolen ses i stedet at vejlede den forelæggende ret om – helt på linje med generaladvokat Kokotts udtalelse i *Generics*-sagen – at der skal foretages en helhedsvurdering af aftalens formål, og at helhedsvurderingen skal ind-

drage aftalens påståede konkurrencefremmende virkninger, førend det kan konkluderes, om aftalen har et begrænsende formål.

...

Domstolen fremhæver samtidig, at de mulige konkurrencefremmende virkninger af aftalen skal inddrages i formålsvurderingen. ...

Domstolen vejleder ... klart den forelæggende ret om, at den ved formålsvurderingen skal inddrage aftalens påståede konkurrencefremmende virkninger, herunder om aftalen kan skabe anden konkurrence, som kan opveje en eventuel begrænsning af priskonkurrencen på interbankgebyret. Som det vil fremgå nedenfor, er dette forhold relevant i forhold til Principaftalen, da Omlægningen reducerede reservedelspriserne og samlet set gjorde ordningen billigere for HMN's kunder samt øgede konkurrencepresset på konkurrerende serviceordninger.

...

Domstolens vejleder ... den forelæggende ret om, at praksis skal være klar, førend man kan konkludere, at en adfærd har til formål at begrænse konkurrencen. Også dette forhold er relevant for vurderingen af Principaftalen, jf. nedenfor ... om Konkurrencerådets afgørelse af 27. august 2003 vedrørende DONG's aftaler om gasfyrsservice, hvor Konkurrencerådet ikke greb ind over for en aftale, der er sammenlignelig med Principaftalen.

...

Domstolen slår med andre ord også ... fast, at såfremt der foreligger indicier for, at priserne ville have været højere uden den undersøgte aftale, kan aftalen ikke anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. Domstolen bekræfter dermed også, at konkurrencefremmende virkninger skal inddrages i formålsvurderingen og ikke blot indgå i en efterfølgende vurdering under artikel 101, stk. 3, TEUF/konkurrence-lovens § 8, jf. også *Generics*-dommen.

Domstolens dom i *Budapest Bank*-sagen viser samlet, at konkurrencemyndighederne ikke kan foretage en overfladisk og abstrakt formålsvurdering uden at inddrage en aftales konkurrencefremmende virkninger i vurderingen. Det er heller ikke tilfældet, selv om der er tale om en horisontal prisaf tale mellem konkurrenter.

Også i et tilfælde med en horisontal prisaf tale, skal der foretages et realitetstjek af aftalens mulige konkurrencefremmende virkninger i lyset af den retlige og økonomiske kontekst, som aftalen indgår i, førend det kan konkluderes, at aftalen er så skadelig for konkurrencen, at en nærmere undersøgelse af dens konkrete virkninger er unødvendig.

Re. (ii): Konkurrencerådet foretog en for snæver og dermed mangelfuld formålsvurdering ved ikke at inddrage de konkurrencefremmende dele af Principaftalen/Omlægningen

Konkurrencerådets – og Konkurrenceankenævnets og Sø- og Handelsrettens – formålsanalyse opfylder ikke de krav, der følger af Domstolens praksis, herunder navnlig de nye domme i *Generics* og *Budapest Bank* sagerne.

Konkurrenceankenævnet har anerkendt, at Principaftalen/Omlægningen medførte, at serviceordningen blev mere end 9 mio. kr. billigere for HMN's kunder. Den samlet set billigere serviceordning var en følge af, at kundernes reservedele blev markant billigere, og at denne prisreduktion mere end opvejede stigningen i abonnementsprisen. Principaftalen/Omlægningen havde dermed *konstaterede konkurrencefremmende virkninger*, der skabte begrundet tvivl om aftalens konkurrencebegrænsende formål.

HMN's billigere serviceordning lagde endvidere et større konkurrencepres på de konkurrerende serviceordninger, og Principaftalen kom derfor ikke blot HMN's kunder, men alle kunder, til gode. HMN's serviceordnings konkurrencepres på konkurrerende ordninger er erkendt af Konkurrencerådet i bl.a. afgørelsens punkt 281, 300 og 311, hvor det fremgår, at HMN's billigere reservedele også ville føre til billigere reservedelspriser for kunderne i konkurrerende serviceordninger. Principaftalen førte samtidig til, at prissætningen overfor kunderne – i overensstemmelse med HMN's formål – blev mere kostægte, ligesom at aftalen mellem HMN og Servicepartnerne skabte mere konkurrence på up-stream markedet for indkøb af reservedele ved at reducere Servicepartnernes reservedelsavance.

Det er ubestridt, at Konkurrencemyndighederne ikke inddrog disse konstaterede konkurrencefremmende virkninger af Principaftalen i deres formålsanalyser.

...

Der er således ikke tvivl om, at formålsvurderingen ikke levede op til kravene i Domstolens praksis, som senest bekræftet i *Generics*- og *Budapest Bank*-dommene.

Det er i den forbindelse uden betydning, om Konkurrencerådet måtte finde, at der kan udskilles en selvstændig aftale fra Principaftalen om gennemslag af omkostningerne til hovedeftersyn og ud kald. HMN bestrider denne fortolkning af Principaftalen, men en sådan påstået selvstændig aftale vil under alle omstændigheder være så nært knyttet til Omlægningens samlede besparelse på mere end 9 mio. kr., at de konkurrencefremmende virkninger heraf skulle være inddraget i formålsvurderingen. Dette kommer tydeligt frem i *Generics*- og *Budapest Bank* sagerne, hvor Domstolen ved formålsvurderingen vurderede henholdsvis de meget omfattende forligsaftaler og interbankgebyraftalen under ét uden at opdele og udskille aftalernes enkelte forhold.

Generics- og *Budapest Bank*-sagerne bekræfter desuden, at det ved formålsvurderingen er uden betydning, om de konkurrencefremmende virkninger af en aftale vedrører samme marked, som den påståede konkurrencebegrænsende del af aftalen, eller et andet marked. Domstolen behandler flere forskellige markeder i *Budapest Bank*-sagen og angiver, at vurderingen skal inddrage alle relevante forhold uden hensyn til, om de måtte omfatte det relevante marked eller ej, jf. præmis 56 og 67. Domstolen fremhæver endvidere, at selv om priskonkurrencen muligvis måtte blive begrænset af interbankgebyraftalen, skal den nationale domstol ved formålsvurderingen inddrage, at aftalen kan øge konkurrencen på produkternes andre egenskaber, jf. dommens præmis 74-75 Også dette forhold understreger, at Principaftalens/Omlægningens konkurrencefremmende virkninger *som sådan* ikke kan holdes adskilt fra Principaftalens *isolerede* betydning for abonnementsprisen.

...

Konkurrencerådet – og efterfølgende Konkurrenceankenævnet og Sø- og Handelsretten – begik derfor en fejl ved at foretage en abstrakt og overordnet formålsvurdering isoleret fra den retlige og økonomiske kontekst. Principaftalen kan pga. af sine konkurrencefremmende virkninger ikke sammenlignes med en ”klassisk kartelaftale”, således som Konkurrencerådet forsøger at fremstille sagen, og formålsvurderingen kan ikke begrænse sig til en helt overordnet konstatering af, at aftalen blev indgået mellem konkurrenter og vedrørte et priselement, jf. også *Budapest Bank*-sagen.

Konkurrencemyndighederne burde i lyset af de konkurrencefremmende virkninger have foretaget en langt mere udførlig vurdering af, om Principaftalen i sig selv var så skadelig for konkurrencen, at myndighederne ikke behøvede at undersøge dens konkrete virkninger på markedet. *Budapest Bank*-sagen, der også vedrører en horisontal prisaftale mellem konkurrenter, bekræfter med al tydelighed dette, idet der i denne sag var tale om en horisontal prisaftale, som Domstolen underlagde en meget konkret og udførlig formålsvurdering.

Det følger allerede af ovenstående, at konkurrencemyndighedernes og Sø- og Handelsrettens formålsvurdering er baseret på en retligt forkert test og dermed behæftet med en væsentlig retlig mangel. Dette understøttes af en række yderligere omstændigheder i sagen.

...

SAGSOMKOSTNINGER

...

For så vidt angår udmålingen af udgifter til advokatbistand, finder HMN, at der bør lægges vægt på sagens væsentlige betydning for HMN. Formålsovertrædelser af Konkurrencelovens § 6 / artikel 101, stk. 1, TEUF, kan medføre bødestraf for virksomheder, og der er på nuværende tidspunkt indledt en straffesag mod HMN.”

HMN har under hovedforhandlingen supplerende anført, at prisaftalens pkt. 6 sammenholdt med pkt. 1 og de øvrige oplysninger i sagen må forstås sådan, at parterne ikke blot aftalte, at HMN skulle sætte prisen på serviceabonnementet op, men også at der var en fælles forståelse om, at HMN og servicepartnerne ville nedsætte slutbrugerprisen på reservedele, så den afspejlede reduktionen i reservedelsavancen i det vertikale forhold, som var reguleret i aftalens pkt. 1. Konkurrencerådet kunne også derfor ikke bortse fra den samlet set forbruger-gavnlig virkning af det, som blev aftalt.

Konkurrencerådet har yderligere gjort følgende gældende (citeret fra Konkurrencerådets sammenfattende processkrift af 8. april 2020 – overskrifts- og afsnitsnummerering samt henvisninger til bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt):

”Evt. effektivitetsgevinster er uden betydning for til formåls-vurderingen

HMN’s synspunkt om, at der ved vurderingen af den horisontale pris-aftale skal ses på de angivelige positive virkninger for konkurrencen i form af den samlede prisnedsættelse, er udtryk for en sammenblanding af den vurdering, der efter fast retspraksis skal foretages efter konkurrencelovens § 6/TEUF artikel 101, stk. 1, og den særskilte vurdering, der skal foretages efter konkurrencelovens § 8/TEUF artikel 101, stk. 3.

De angivelige effektivitetsgevinster, som HMN har påstået i form af lavere samlede slutbrugerpriser for HMN’s kunder - men ikke for servicepartnerens kunder - og som i øvrigt ikke følger af den horisontale koordinering, kan således efter retspraksis ikke inddrages ved vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, idet de udelukkende kan indgå i vurderingen af, om aftalen kan få en individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1/TEUF artikel 101, stk. 3.

Dette gælder navnlig for horisontale prisaftaler, hvor det efter retspraksis umiddelbart kan lægges til grund, at sådanne aftaler har til formål at begrænse konkurrencen. Eventuelle prisreduktioner på reservedele 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.

Konkurrencerådet har i stedet inddraget den påståede samlede besparelse for slutbrugerne i fritagelsesvurderingen efter konkurrencelovens § 8/TEUF artikel 101, stk. 3, i Konkurrencerådets afgørelse, punkt 529-555, hvor forholdet rettelig hører til.

Fra retspraksis kan eksempelvis henvises til Domstolens dom af 20. november 2008 i C-209/07, Beef Industry Development Society Ltd (BIDS), EU:C:2008:643, præmis 21, citeret ovenfor, sag C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, præmis 48ff, EFTA-domstolens dom i sag E-3/16, Ski Taxi SA mod Norge, præmis 58, 63 og 66, Domsto-

lens dom af 30. januar 2020 i sag C-307/18, Generics, EU:C:2020:52, præmis 62ff samt Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018.

Selv hvis eventuelle prisreduktioner på reservedele kunne inddrages i vurderingen af, hvorvidt den horisontale pris aftale om, at HMN skulle hæve sine slutbrugerpriser på serviceabonnementer, har til formål at begrænse konkurrencen, er forholdet det, at den horisontale pris aftale har været egnet til at føre til, at HMN's slutbrugere har betalt mere, end de ville have gjort uden aftalen, ligesom aftalen utvivlsomt har været egnet til at føre til, at servicepartnernes selvstændige slutbrugere har betalt mere, end de ville have gjort uden aftalen. Forhøjelsen af prisen på serviceabonnementer var herved ikke, som hævdet af HMN, et udslag af, at evt. besparelser på reservedele skulle komme HMN's og servicepartnernes slutbrugere til gode. Den horisontale aftale skulle tværtimod modvirke effekterne af nedsættelsen af reservedelspriserne.

Om "gennemslag" af reservedelspriserne

Det er allerede af de ovenfor anførte grunde uden betydning, om Principaftalens punkt 6, som anført af HMN, også indebar, at HMN skulle lade den aftalte reservedelspris slå igennem på reservedelsprisen i forhold til slutkunderne. For en ordens skyld skal det dog fremhæves, at Principaftalens punkt 6 rent faktisk heller ikke kan fortolkes på den måde, som HMN gør.

Det fremgår klart af forløbet forud for indgåelse af Principaftalen, at det var en betingelse fra servicepartnernes side, at HMN's priser på abonnementer i forhold til kunderne steg på linje med kompensationsbeløbet for hovedeftersyn og udkald for at sikre, at servicepartnerne kunne hæve abonnementspriserne i forhold til deres egne kunder.

HMN var indforstået hermed. HMN anførte i den interne mail af 25. april 2014, at forhøjelse af betalingen for hovedeftersyn og udkald reflekteres i HMN's abonnementspriser. Mailen omtaler ikke reservedelspriserne.

Ordlyden af Principaftalens punkt 6 skal læses i lyset heraf. Der er ingen omtale af reservedelspriserne i punkt 6, herunder at de skal nedsættes. Af bestemmelsen fremgår det, at "omlægning af afregningsmodellen reflekteres i HMN's priser på serviceabonnementer". Bestemmelsen er således efter sin ordlyd begrænset til prisen for serviceabonnementer. Serviceabonnementerne dækker alene udgifter til hovedeftersyn og udkald, hvorimod reservedelsomkostninger beregnes særskilt (Konkurrencerådets afgørelse, punkt 58).

HMN's mail af 9. maj 2014, hvorved HMN orienterede HMN's servicepartnere om, hvorledes Principaftalen var blevet udmøntet, bekræfter denne forståelse af Principaftalen. I relation til Principaftalens punkt 1 fremgår det af mailen, at reduktionen i reservedelsavancen og tillægget for hovedeftersyn og udkald var udmøntet i bilag 1, dvs. standardunderleverandørkontrakten (afregningsprisen mellem HMN og servicepartnerne i det vertikale forhold). Om punkt 6 i Principaftalen hedder det derimod, at dette punkt var blevet gennemført ved den prisstigning

på ca. 10 % i abonnementspriserne, som var gennemført den 1. maj 2014. Der anføres ikke under dette punkt noget om reservedelsavancen.

Hverken parternes indledende korrespondance eller ordlyden af Principaftalens punkt 6 understøtter HMN's synspunkt om, at HMN ikke accepterede serviceparternes ønske om, at HMN's priser på abonnemeter i forhold til kunderne skulle forhøjes for at sikre, at serviceparterne kunne hæve abonnementspriserne i forhold til deres egne kunder.

HMN's adfærd lever under alle omstændigheder ikke op til de strenge krav, der efter fast retspraksis gælder for, at en virksomhed kan siges at have taget udtrykkeligt afstand fra det konkurrencebegrænsende formål, som fremgår klart af servicepartnerens forhandlingsoplæg. Ved ikke at have taget klart afstand fra servicepartnerens tilkendegivelse om, at HMN skulle hæve priserne på linje med den forhøjede betaling for hovedeftersyn og udkald, herunder *"for at sikre at vi [servicepartnerne] også kan hæve egne abonnementspriser"*, men tværtimod indarbejde det i Principaftalen, har HMN accepteret parternes konkurrencebegrænsende formål.

Hertil kommer, at HMN's synspunkt reelt er udtryk for, at der - udover den horisontale prisaf tale på serviceabonnemeter - også forelå en yderligere horisontal koordinering af reservedelsavancer. Hvis det måtte være rigtigt, at der forelå en sådan yderligere horisontal priskoordinering, ville det ikke kunne føre til, at den horisontale koordinering af abonnementspriserne er lovlig, men højst til at den yderligere koordinering af priserne på reservedele også er ulovlig. Konkurrenters koordinering af priser er ulovlig, uanset om det sker for at sænke priserne.

Konkurrencerådet har dog konkret vurderet, at der ikke er tilstrækkelig dokumentation for, at der udover den horisontale aftale om priskoordinering på serviceabonnemeter også er indgået en horisontal aftale om koordinering af slutbrugerpriserne på reservedele, jf. Konkurrencerådets afgørelse, punkt 155-156 og 459-460.

Principaftalen regulerer alene afregningen for reservedele mellem HMN og servicepartnerne i det vertikale forhold. Principaftalen regulerer derimod ikke HMN's prissætning af reservedele overfor HMN's kunder eller serviceparternes priser på reservedele, når de afregner overfor kunder uden for HMN's serviceordning, hvor de er i direkte konkurrence med HMN. Vilåret i Principaftalens punkt 1 a. kan med andre ord alene opfattes som en regulering af det vertikale forhold mellem HMN og servicepartnerne i deres funktion af underleverandører på HMN's serviceordning. Vilåret regulerer - i modsætning til Principaftalens punkt 6 - ikke, hvad HMN eller servicepartnerne må eller ikke må gøre overfor deres egne kunder i det horisontale forhold.

Det er for så vidt rigtigt, som anført af HMN, at der visse steder i sagsmaterialet er indikationer på, at servicepartnerne forventede, at de måtte reducere reservedelsavancen overfor deres egne kunder. Konkurrencerådet har imidlertid ikke fundet, at dette udgjorde tilstrækkelig dokumentation for, at der forelå en egentlig koordinering mellem parterne

på dette punkt. Til forskel herfra dokumenterer ordlyden af Principaftalens punkt 6 og parternes kommunikation i forbindelse med og efter indgåelsen meget klart, at vilkåret om gennemslag i abonnementsprisen både objektivt og subjektivt havde til formål at begrænse konkurrencen mellem servicepartnerne og HMN.

Når ”gennemslaget” på reservedelspriser ikke er omfattet af afgørelsen, så skyldes det altså ganske enkelt, at der ikke er fundet tilstrækkelig dokumentation, som viser, at der forelå en horisontal aftale eller samordnet praksis mellem parterne om koordinering af slutbrugerpriserne på reservedele.

...

SAGSOMKOSTNINGER

Ved fastsættelsen af sagsomkostninger bør der tages hensyn til, at der har været en forholdsvis omfattende skriftveksling for landsretten, og at hovedforhandlingen er berammet til foretagelse over 1½ retsdag [der blev anvendt 2 retsdage].

Konkurrencerådet har om dommene i sag C-307/18, Generics (UK) Ltd m.fl. mod Competition and Markets Authority, og i sag C-228/18, Gazdasági Versenyhivatal mod Budapest Bank Nyrt. m.fl., blandt andet anført, at dommene ikke er udtryk for en ændret praksis vedrørende fortolkningen af TEUF artikel 101, stk. 1, og dermed heller ikke vedrørende konkurrencelovens § 6, og de kan ikke tages til indtægt for, at der skal foretages en samlet bedømmelse af de konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende forhold i en aftale. Ved dommene er der således alene sket en præcisering af, hvad der skal inddrages i bedømmelsen efter TEUF artikel 101, stk. 1, af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål. Præciseringen angår de tilfælde, hvor aftaletypen ikke sikkert er kendt som en af de aftaler, der erfaringsmæssigt er skadelige for konkurrencen, og hvor der samtidig er indikationer på, at der foreligger konkurrencefremmende elementer, som er specifikke og relevante for den pågældende aftale og af et sådant omfang, at de giver anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt aftalen er konkurrenceskadelig. I sådanne tilfælde skal der foretages en mere vidtgående undersøgelse af, om aftalen er en ”til formål”-aftale, og hvis det viser sig ikke at være tilfældet, vil der herefter skulle foretages en mere omfattende ”til følge”-undersøgelse. Det er kun i det sidstnævnte tilfælde, at der vil kunne være krav om en egentlig kontrafaktisk analyse. Praksis vedrørende horisontale prisaftaler om slutbrugerpriser svarende til principaftalens pkt. 6 er meget klar og giver ikke anledning til nogen form for tvivl om, at sådanne aftaler er konkurrenceskadelige. Der er heller ikke omstændigheder, som gør, at der er tvivl om, at prisaftalens pkt. 6 kan karakteriseres som en ”til formål”-konkurrencebegrænsende aftale.

I Budapest Bank-dommen var der tale om en omkostningsdækkende aftale mellem vertikale parter i et meget specielt to-sidet marked, og der var ikke nogen fast praksis om denne type aftaler. Desuden var der en række forhold, som gav anledning til tvivl om, hvorvidt aftalen var konkurrenceskadelig. I en sådan situation – og ved andre særegne aftaletyper, som eksempelvis i Generics-sagen – følger det af de to domme, at der skal ske en vis yderligere undersøgelse af eventuelle konkurrencefremmende aspekter af aftalen i forbindelse med vurderingen efter TEUF artikel 101, stk. 1, men dette er som nævnt begrænset til tilfælde, hvor der er anledning til tvivl om, hvorvidt aftalen reelt er konkurrencebegrænsende. Det er i den forbindelse værd at bemærke, at Domstolen i Generics-sagen, trods de særegne omstændigheder ved aftalen, nåede frem til, at den havde et konkurrencebegrænsende formål. Der skal fortsat ikke foretages en samlet rimelighedsafvejning ("rule of reason") vedrørende den samlede aftale – en sådan prøvelse kan alene ske efter TEUF artikel 101, stk. 3. Budapest Bank-dommen ændrer heller ikke ved, at man skal se på den horisontale prisaf-tale uafhængigt af det vertikale forhold mellem HMN og servicepartnerne. De effektivitetsgevinster, som HMN påberåber sig, relaterer sig alene til det vertikale aftaleforhold og har ikke ændret på den horisontale aftales skadelige virkninger. Den konkurrencebegrænsende prisaf-tale var ikke "objektivt nødvendig" for gennemførelsen af den vertikale aftale. Der er ikke støtte i praksis for, at man kan fratage en aftale dens konkurrencebegrænsende effekt ved at anvende positive effekter fra et andet aftaleaspekt. Budapest Bank-sagen vedrørte i den forbindelse det samme aftalevilkår, men på forskellige markeder.

Konkurrencerådet har fastholdt, at der ikke er grundlag for at antage, at der var en fælles forståelse om, at HMN og servicepartnerne ville nedsætte slutbrugerprisen på reservedele. Men hvis dette var tilfældet, havde det været udtryk for en yderligere konkurrencebegrænsende aftale, hvor man fastlagde et bestemt prisniveau på reservedele.

Konkurrencerådet har herudover bemærket, at aftaleforholdene i denne sag er markant forskellige fra DONG-sagen om gasfyrsservice (Konkurrencestyrelsens afgørelse af 27. august 2003), som ikke var en vanlig markedsdelingsaftale, men angik vilkår om fordeling af nye kunder i det vertikale forhold mellem DONG og DONG's underleverandører, hvilket Konkurrencerådet også påpegede i rådsafgørelsens pkt. 506-509. Hertil kommer, at DONG-sagen er en styrelsesafgørelse fra 2003 – mens denne sag er afgjort af Konkurrencerådet i 2016 og Konkurrenceankenævnet i 2017.

Retsgrundlaget

Konkurrenceloven

Konkurrenceloven indeholder i § 6 og § 8 blandt andet følgende bestemmelser:

"§ 6. Det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Stk. 2. Aftaler efter stk. 1 kan f.eks. bestå i

1) at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser,

...

7) at fastsætte bindende videresalgspriser eller på anden måde søge at få en eller flere handelspartnere til ikke at fravige vejledende salgspriser.

Stk. 3. Stk. 1 gælder også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

...

Stk. 5. Aftaler og vedtagelser, som er forbudt efter stk. 1-3, er ugyldige, medmindre de er undtaget efter § 7, er fritaget efter § 8 eller § 10 eller er omfattet af en erklæring efter § 9.

§ 8. Forbuddet i § 6, stk. 1, finder ikke anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder

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

Konkurrencelovens § 6 og § 8 fik i det væsentlige deres affattelse ved lov nr. 384 af 10. juni 1997. Af de specielle bemærkninger i lovforslaget hertil (lovforslag nr. 172 af 20. februar 1997) fremgår blandt andet:

"De generelle forbud

...

Udformningen af § 6 svarer til Traktatens artikel 85, stk. 1. Kommissionens og Domstolens praksis efter artikel 85, stk. 1, vil være vejledende for fortolkningen af § 6 i det omfang, det faktiske grundlag vurderet efter danske markedsforhold må antages at være det samme.

...

§ 6, stk. 2, nr. 1

§ 6, stk. 2, nr. 1, omfatter bl.a. karteller, der kan indskrænke konkurrencen betydeligt, f.eks. fordi den normale priskonkurrence fjernes eller

begrænses væsentligt gennem aftaler eller samordnet praksis mellem producenter eller distributører. Dette gælder også, hvor prisfastsættelsen sker inden for en brancheorganisation, indkøbsorganisation eller lignende, jf. stk. 3. Endvidere omfatter forbudet aftaler mellem indbyrdes konkurrerende producenter om fastsættelse af priser eller om etablering af rabataftaler.

Prissamarbejder af vejledende karakter, herunder bl.a. horisontale listepreiser, der ofte har været udsendt af bl.a. brancheorganisationer, er omfattet af forbudet. Disse listepreiser har ofte i praksis vist sig at være prisstyrende.

Forbudet omfatter også vertikale aftaler m.v. mellem f.eks. en producent og en forhandler om fastsættelse af priser m.v. (herunder rabat- og bonusaftaler) ved videresalg i efterfølgende omsætningsled.

...

§ 8, stk. 1, nr. 1-4

For at opnå en fritagelse skal de konkurrencebegrænsende aftaler m.v. ifølge § 8, stk. 1, nr. 1 og 2, medføre fordele enten i henseende til produktion/distribution eller i henseende til at fremme den tekniske/økonomiske udvikling (de positive alternative betingelser), samtidig med, at det skal sikres, at forbrugerne får en rimelig andel af disse fordele (den obligatoriske positive betingelse).

Endvidere fremgår det af § 8, stk. 1, nr. 3 og 4, at aftalerne m.v. ikke må pålægge aftaleparterne unødvendige konkurrencebegrænsninger, ligesom de ikke må give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer (de negative og kumulative betingelser).

Konkurrencerådet har mulighed for at udøve et vist skøn ved vurderingen af, hvorvidt betingelserne i § 8, stk. 1, er opfyldte. Ved udøvelsen af dette skøn skal Konkurrencerådet tage hensyn til Kommissionens og Domstolens praksis."

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, nr. 7, er indsat ved lov nr. 1461 af 22. december 2004. I lovforslaget hertil (lovforslag nr. 63 af 27. oktober 2004) står det i de specielle bemærkninger til bestemmelsen blandt andet:

"Til nr. 5

Det følger af den gældende lovs § 6, stk. 2, nr. 1, at vertikale prisaftaler - dvs. aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at fastsætte en fast eller mindste videresalgspris eller et fast eller mindste prisniveau, som køberen skal overholde ved videresalg af en vare - er omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i § 6, jf. FT 1996/97, tillæg A, s. 3659. ...

I dom af 23. oktober 2003 i straffesagen vedr. Levi Strauss International fandt Østre Landsret det ikke bevist, at der forelå en overtrædelse af konkurrenceloven i form af fastsættelse af bindende videresalgspriser.

...

Forslaget sigter mod at undgå, at der opstår retsusikkerhed om rækkevidden af forbuddet mod bindende videresalgspriser.

...

Endvidere gælder, at enhver form for vertikal aftale eller samordnet praksis, hvor der over for en eller flere handelspartner fastsættes bindende videresalgspriser, er omfattet af forbuddet i § 6, uanset om fastsættelsen af de bindende priser sker direkte i aftalebestemmelserne, eller leverandøren på anden måde søger at få en eller flere handelspartnere til ikke at fravige vejledende salgspriser."

Kommissionens retningslinjer

Af Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler (2011/C 11/01) fremgår blandt andet (fodnoter med henvisning til praksis fra EU-Domstolen udeladt):

"1. Indledning

1.1. Formål og anvendelsesområde

1. I disse retningslinjer fastsættes principperne for, hvordan aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis (under ét benævnt »aftalerne«) vedrørende horisontalt samarbejde vurderes efter artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (i det følgende benævnt »artikel 101«). ...

...

3. På den anden side kan horisontalt samarbejde skabe konkurrencemæssige problemer. Det sker eksempelvis, hvis parterne indgår aftaler om fastsættelse af priser eller produktionsmængder eller om markedsdeling, ...

...

12. Aftaler, der indgås mellem virksomheder i forskellige produktions- eller distributionsled, dvs. vertikale aftaler, behandles principielt i Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (»gruppiefritagelsesforordningen for vertikale begrænsninger«) og i retningslinjerne for vertikale begrænsninger. I det omfang vertikale aftaler, f.eks. distributionsaftaler, indgås mellem konkurrenter, kan de få de samme virkninger på markedet og

skabe de samme konkurrencemæssige problemer som horisontale aftaler. Vertikale aftaler mellem konkurrenter falder derfor ind under disse retningslinjer. ...

...

17. Disse retningslinjer påvirker ikke EU-Domstolens eventuelle fortolkning med hensyn til anvendelsen af artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler.

...

1.2. Grundprincipper for vurderingen efter artikel 101

20. Vurderingen efter artikel 101 består af to trin. Første trin, i henhold til artikel 101, stk. 1, består i at vurdere, om en aftale mellem virksomheder, der vil kunne påvirke handelen mellem medlemsstater, har et konkurrencebegrænsende formål eller har faktiske eller potentielle konkurrencebegrænsende virkninger. Andet trin, i henhold til artikel 101, stk. 3, der kun bliver relevant, når det er fastslået, at en aftale er konkurrencebegrænsende som omhandlet i artikel 101, stk. 1, består i at bestemme, hvilke konkurrencefremmende fordele aftalen medfører, og vurdere, om disse konkurrencefremmende virkninger opvejer de konkurrencebegrænsende. Afvejningen af de konkurrencebegrænsende og de konkurrencefremmende virkninger foretages udelukkende inden for rammerne af artikel 101, stk. 3. Hvis de konkurrencefremmende virkninger ikke opvejer de konkurrencebegrænsende, har aftalen i henhold til artikel 101, stk. 3, ingen retsvirkning.

1.2.1. Artikel 101, stk. 1

...

24. Aftaler med konkurrencebegrænsende formål er aftaler, der ifølge selve deres natur er egnet til at begrænse konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1. Det er ikke nødvendigt at undersøge en aftales faktiske eller potentielle virkninger på markedet, når først det er fastslået, at den har til formål at begrænse konkurrencen.
25. For at vurdere, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, skal der ifølge EU-Domstolens faste retspraksis tages hensyn til aftalens indhold, de målsætninger, der søges gennemført med aftalen, og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. Selv om parternes hensigt ikke er en nødvendig faktor for at fastslå, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål kan Kommissionen dog medtage dette aspekt i sin analyse. Yderligere vejledning med hensyn til begrebet konkurrencebegrænsende formål findes i de generelle retningslinjer."

I Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C 130/1) står der blandt andet (fodnoter med henvisning til praksis fra EU-Domstolen udeladt):

"2.2 Vertikale aftaler mellem konkurrenter

- 27) Gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, udelukker udtrykkeligt »vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder« fra sit anvendelsesområde. Vertikale aftaler mellem konkurrenter er, for så vidt angår virkningerne af en eventuel ulovlig samordning, omfattet af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, men aftaler-nes vertikale aspekter skal vurderes efter nærværende retningslinjer. ...

...

3. Alvorlige begrænsninger efter gruppefritagelsesforordningen

- 47) Artikel 4 i gruppefritagelsesforordningen indeholder en liste over alvorlige begrænsninger, hvis tilstedeværelse i en vertikal aftale bevirker, at hele aftalen falder uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde. Hvis en aftale indeholder en af disse alvorlige begrænsninger, formodes aftalen at falde ind under artikel 101, stk. 1. Der gælder også en formodning om, at aftalen sandsynligvis ikke opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, og at gruppefritagelsen derfor ikke finder anvendelse. Virksomhederne kan dog i konkrete tilfælde godtgøre, at der er konkurrencefremmende virkninger, der kan falde ind under artikel 101, stk. 3. Hvis virksomhederne godtgør, at en det er sandsynligt, at det vil give effektivitetsfordele at medtage den alvorlige begrænsning i aftalen, og påviser, at alle betingelserne i artikel 101, stk. 3, generelt er opfyldt, vil Kommissionen skulle foretage en reel vurdering af de sandsynlige konkurrenceskadelige virkninger, før den tager endelig stilling til, om betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt.
- 48) Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a), vedrører detailprisbinding, dvs. aftaler eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål at fastsætte en fast eller mindste videresalgspris eller et fast eller mindste prisniveau, som køberen skal overholde. I tilfælde af aftalebestemmelser eller samordnet praksis, der direkte fastsætter videresalgsprisen, er begrænsningen helt åbenbar. Prisbinding kan dog også foregå indirekte. ... "

Retspraksis fra EU-Domstolen

I dom af 2. april 2020 i sag C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal mod Budapest Bank Nyrt. m.fl. ("Budapest Bank")*, har Domstolen om TEUF artikel 101, stk. 1, udtalt:

"Det første spørgsmål

...

- 33 Indledningsvis bemærkes, at for at falde ind under forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF skal en aftale have »til formål eller til følge« at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked. Ifølge Domstolens faste praksis siden dom af 30. juni 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38), medfører det alternative forhold i denne betingelse – hvilket ses af konjunktionen »eller« – at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning (dom af 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 16, og af 20.1.2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 24).
- 34 Når det fastslås, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det således ikke nødvendigt at undersøge dens følger for konkurrencen (dom af 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 17, og af 20.1.2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 25).
- 35 Det følger nemlig af Domstolens praksis, at visse former for samordning mellem virksomheder kan være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen og skal anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, således at det ikke er nødvendigt at undersøge deres følger for konkurrencen. Denne retspraksis vedrører den omstændighed, at visse former for samordning mellem virksomheder efter selve deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår (dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 184 og 185, og af 20.1.2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 26).
- 36 Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF er uforment at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet. Erfaringen viser nemlig, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 51, og af 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 19).
- 37 På baggrund af Domstolens praksis, der er nævnt i denne doms præmis 35 og 36, bundet det væsentlige juridiske kriterium for at afgøre, om en aftale indebærer et »konkurrencebegrænsende formål«, således i den konstatering, at en sådan aftale i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, til at det kan fastslås, at det ikke er nødvendigt at undersøge følgerne heraf (dom af 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).
- 38 Hvis en analyse af en slags samordning mellem virksomheder ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der derimod foretages en undersøgelse af dens følger, og for at

den kan forbydes, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart begrænset eller fordrejet (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

- 39 Selv om det således følger af den praksis fra Domstolen, der er nævnt i denne doms præmis 33-38, at det, når det fastslås, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, ikke er nødvendigt yderligere at godtgøre aftalens følger med henblik på at fastslå, at aftalen er forbudt i henhold til denne bestemmelse, har Domstolen endvidere allerede fastslået for så vidt angår en og samme adfærd, at denne sidstnævnte havde til formål og til følge at begrænse konkurrencen (jf. i denne retning bl.a. dom af 1.10.1987, van Vlaamse Reisbureaus, 311/85, EU:C:1987:418, præmis 17, af 19.4.1988, Erauw-Jacquery, 27/87, EU:C:1988:183, præmis 14 og 15, af 27.9.1988, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, EU:C:1988:447, præmis 13, og af 9.7.2015, InnoLux mod Kommissionen, C-231/14 P, EU:C:2015:451, præmis 72).
- 40 Det følger heraf, at den omstændighed, at det fastslås, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, fritager den kompetente myndighed eller domstol fra kravet om at foretage en vurdering af konkurrencebegrænsningens følger, på ingen måde indebærer, at myndigheden eller domstolen ikke kan foretage en sådan undersøgelse, når den finder det hensigtsmæssigt.
- 41 Betragtningerne i den foregående præmis kan på ingen måde drages i tvivl af de betragtninger, som den forelæggende ret har henvist til, hvorefter det, i tilfælde af, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, for det første ville være vanskeligere at begrunde en fritagelse i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, end såfremt der foreligger en konkurrencebegrænsende følge, og hvorefter et konkurrencebegrænsende formål for det andet ville skulle udløse hårdere sanktioner end en konkurrencebegrænsende følge.
- 42 I denne forbindelse bemærkes, at den omstændighed, at de betragtninger, der ligger til grund for en konstatering af, at en adfærd har et konkurrencebegrænsende formål, i givet fald ligeledes er af relevans ved undersøgelsen af, om denne begrænsning kan fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, eller ved undersøgelsen af den sanktion, der skal pålægges i forhold til den pågældende begrænsning, ingen betydning har for den kompetente konkurrencemyndigheds mulighed for at kvalificere en virksomhedsadfærd som konkurrencebegrænsende i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF som følge både af adfærdens formål og dens følger.
- 43 Endelig skal det som anført af generaladvokaten i punkt 29 og 30 i forslaget til afgørelse tilføjes, at den mulighed, der består for den

kompetente myndighed eller domstol til at fastslå, at den samme adfærd har et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende følge, på ingen måde begrænser den pligt, der påhviler myndigheden eller domstolen, til for det første at understøtte sine konstateringer i denne henseende med de fornødne beviser og for det andet at præcisere, i hvilket omfang de pågældende beviser relaterer sig til den ene eller anden form for begrænsning, der er blevet fastslået.

- 44 På baggrund af det ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at bestemmelsen ikke er til hinder for, at den samme adfærd kan anses for både at have et konkurrencebegrænsende formål og en konkurrencebegrænsende følge som omhandlet i denne bestemmelse.

Det andet spørgsmål

- 45 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at en interbankaftale, som fastsætter en fælles størrelse på det interbankgebyr, der, når en transaktion med et kreditkort finder sted, skal betales til de banker, der udsteder sådanne kort, som udbydes af betalingskorttjenesteeselskaber, der er aktive på det pågældende nationale marked, kan kvalificeres som en aftale, der har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen som omhandlet i denne bestemmelse.

...

- 51 Ud over de betragtninger, der er fremført i denne doms præmis 33-40, har Domstolen allerede fastslået, at det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, er nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).
- 52 Hvad angår en hensyntagen til de formål, der forfølges med en foranstaltning, der er genstand for en bedømmelse i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, har Domstolen allerede fastslået, at den omstændighed, at en foranstaltning kan anses for at forfølge et legitimt mål, ikke udelukker, at den pågældende foranstaltning, henset til, at der foreligger et andet formål, der forfølges med foranstaltningen, og som for sin del skal anses for ulovligt, og henset ligeledes til ordlyden af foranstaltningens bestemmelser og den

sammenhæng, hvori den indgår, kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 70).

- 53 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 (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).
- 54 Derudover skal begrebet »konkurrencebegrænsende formål« for- tolkes restriktivt. Idet det ellers risikeres, at Kommissionen fritages for sin pligt til at bevise den konkrete følge for markedet af af- taler, med hensyn til hvilke det slet ikke er godtgjort, at de efter deres art kan være skadelige for de normale konkurrencevilkår, kan begrebet »konkurrencebegrænsende formål« kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er til- strækkelige skadelige for konkurrencen, til at det må fastslås, at en undersøgelse af deres følger ikke er nødvendig. Det forhold, at de former for aftaler, der er omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, ikke udgør en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler, er i denne forbindelse uden relevans (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).
- 55 I det tilfælde, at den pågældende aftale ikke kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, skal der således foretages en bedømmelse af, om aftalen må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til følge. I denne forbin- delse har Domstolen gentagne gange fastslået, at det må undersø- ges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor aftalen ikke fandtes med henblik på at bedømme betydningen af denne sidstnævnte for konkurrenceparametrene, såsom navnlig prisen, kvantiteten og kvaliteten af varerne eller tjenesteydelserne (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kom- missionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 161 og 164 og den deri nævnte retspraksis).
- 56 I det foreliggende tilfælde fremgår det af sagsakterne for Domsto- len, at der kan identificeres tre særskilte markeder inden for om- rådet for åbne bankkortsystemer, nemlig »intersystemmarkedet«, hvor de forskellige kortsystemer konkurrerer, dernæst »markedet for udstedelse«, hvor de kortudstedende banker konkurrerer med hensyn til bankkortindehaverne, og endelig »markedet for indlø- sning«, hvor de indløsende banker konkurrerer med hensyn til de handlendes kunder.
- 57 Ifølge de oplysninger, som den forelæggende ret har fremlagt, fastslog konkurrencemyndigheden i sin afgørelse, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr havde et konkurrencebegræn- sende formål, særligt fordi, for det første, den modvirkede den

vigtigste konkurrencefaktor for priserne på intersystemmarkedet i Ungarn, for det andet, bankerne selv har givet den en konkurrencebegrænsende rolle på markedet for indløsning i denne medlemsstat, og for det tredje, den nødvendigvis påvirkede konkurrencen på dette sidstnævnte marked.

- 58 Konkurrencemyndigheden, den ungarske regering og Kommissionen har for Domstolen i lighed hermed gjort gældende, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr udgjorde en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, for så vidt som den indebar en indirekte fastsættelse af detailhandelsgebyrerne, som fungerer som priser på markedet for indløsning i Ungarn. De seks i hovedsagen omhandlede banker samt Visa og MasterCard har derimod bestridt, at dette var tilfældet.
- 59 Hvad angår spørgsmålet, om en aftale som aftalen om det multilaterale interbankgebyr på baggrund af samtlige de relevante forhold, der karakteriserer situationen i hovedsagen, og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de indgår, kan kvalificeres som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, bemærkes, som det fremgår af denne doms præmis 47, at det tilkommer den forelæggende ret endeligt at vurdere, om denne aftale har til formål at begrænse konkurrencen. Domstolen råder i øvrigt ikke over alle de oplysninger, der i denne forbindelse kunne være relevante.
- 60 Hvad angår de oplysninger, der rent faktisk er blevet fremlagt for Domstolen, skal det for så vidt angår indledningsvis indholdet af aftalen om det multilaterale interbankgebyr bemærkes, at det er ubestridt, at denne sidstnævnte standardiserede størrelsen af de interbankgebyrer, som de indløsende banker betalte til de udstedende banker, når der blev foretaget en betalingstransaktion ved at anvende et kort, der var blevet udstedt af en bank, der var tilsluttet det bankkortsystem, som udbydes af Visa eller af MasterCard.
- 61 I denne forbindelse bemærkes som i det væsentlige anført af generaladvokaten i punkt 53 i forslaget til afgørelse, at en aftale såsom aftalen om det multilaterale interbankgebyr hverken ud fra en synsvinkel om konkurrence mellem de to betalingskortsystemer eller om konkurrence mellem de indløsende banker for så vidt angår detailhandelsgebyrer fastsætter direkte købs- eller salgspriser, men standardiserer et aspekt af de omkostninger, som de indløsende banker skal afholde til fordel for de udstedende banker som modydelse for de tjenester, der udløses af brugen af de af sidstnævnte banker udstedte kreditkort som betalingsmiddel.
- 62 Til trods for denne betragtning fremgår det af selve ordlyden af artikel 101, stk. 1, litra a), TEUF, at en aftale, der består i »indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser«, ligeledes kan anses for at have til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked. Dermed opstår spørgsmålet, om en aftale som aftalen om det multilaterale inter-

bankgebyr kan anses for at udgøre en indirekte fastsættelse af priser som omhandlet i denne bestemmelse, for så vidt som den indirekte fastsatte detailhandelsgebyrerne.

- 63 Endvidere fremgår det ligeledes af ordlyden af artikel 101, stk. 1, litra a), TEUF og særligt af ordet »navnlig« som også anført i denne doms præmis 54, at de former for aftaler, der er omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, ikke udgør en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler, således at andre former for aftaler også kan kvalificeres som aftaler med et konkurrencebegrænsende formål, såfremt en sådan kvalifikation sker i overensstemmelse med de krav, der følger af Domstolens praksis, og som er nævnt i denne doms præmis 33-39, 47 og 51-55. Følgelig kan det heller ikke på forhånd udelukkes, at en aftale såsom aftalen om det multilaterale interbankgebyr kan kvalificeres som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, for så vidt som den modvirkede et konkurrenceelement mellem to betalingskortsystemer.
- 64 I denne forbindelse fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at der var blevet vedtaget standardiserede beløb for interbankgebyrer i aftalen om det multilaterale interbankgebyr for forskellige betalingstransaktioner foretaget med kort, der udbydes af Visa og Mastercard. I øvrigt var en del af disse tidligere standardiserede udgifter blevet forhøjet, men en anden del af disse var blevet fastholdt på samme niveau som tidligere. Under den periode, hvori aftalen om det multilaterale interbankgebyr var i kraft, dvs. fra den 1. oktober 1996 til den 30. juli 2008, blev beløbet for interbankgebyret nedsat gentagne gange.
- 65 Selv om det fremgår af sagens akter for Domstolen, at der blev anvendt specifikke procentdele og beløb i aftalen om det multilaterale interbankgebyr i forbindelse med fastsættelsen af interbankgebyrerne, er aftalens indhold ikke nødvendigvis tegn på et konkurrencebegrænsende formål, hvis det viser sig, at bestemmelserne i aftalen ikke er til skade for konkurrencen.
- 66 Dernæst hvad angår de formål, der forfølges med aftalen om det multilaterale interbankgebyr, har Domstolen allerede fastslået, at for så vidt angår betalingskortsystemer af tosidet karakter, såsom dem, der udbydes af Visa og af MasterCard, påhviler det den kompetente myndighed eller domstol at analysere kravene om balance mellem udstedelses- og udløsningsaktiviteterne inden for det pågældende betalingskortsystem for at afgøre, om indholdet af en aftale eller af en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er udtryk for en aftale med et konkurrencebegrænsende »formål« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 76 og 77).
- 67 For at vurdere, om en samordning mellem virksomheder efter sin art er skadelig for konkurrencevilkårene, skal der tages hensyn til ethvert relevant forhold, navnlig henset til arten af de pågældende tjenesteydelser, og hvorledes de pågældende markeder er opbyg-

get og reelt fungerer, vedrørende den retlige eller økonomiske kontekst, som nævnte samordning indgår i, uden at det er af betydning, om et sådant forhold er omfattet af det relevante marked eller ej (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 78).

- 68 Dette bør navnlig være tilfældet, når dette forhold netop består i en hensyntagen til forekomsten af interaktioner mellem det relevante marked og et andet konnekst marked, og så meget desto mere når der findes interaktioner mellem de to led af et tosidet system (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 79).
- 69 Selv om oplysningerne i de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, i det foreliggende tilfælde antyder, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr forfulgte en række formål, tilkommer det den forelæggende ret at afgøre, hvilket eller sågar hvilke af disse formål, der rent faktisk er blevet godtgjort.
- 70 I denne forbindelse har den forelæggende ret anført, at forfølgelsen af de formål, der er fastsat i aftalen om detailhandelsgebyret, også selv om denne aldrig trådte i kraft, spillede en rolle ved indgåelsen af aftalen om det multilaterale interbankgebyr og ved beregningen af de standardsatser, der er fastsat deri. Aftalen om detailhandelsgebyret havde imidlertid netop til formål for hver kategori af handlende at fastsætte mindstebeløbet for det standardiserede detailhandelsgebyr, der skulle betales af disse sidstnævnte.
- 71 Når det er sagt, tyder visse oplysninger i de for Domstolen fremlagte sagsakter på, at formålet med aftalen om det multilaterale interbankgebyr var at sikre en vis balance mellem de udstedende aktiviteter og de indløsende aktiviteter i det betalingskortsystem, der er omhandlet i hovedsagen.
- 72 Særligt og for det første blev interbankgebyrerne ikke standardiseret gennem minimums- eller maksimumsgrænser, men med faste beløb. Såfremt aftalen om det multilaterale interbankgebyr kun havde bestået i at sikre sig, at de handlende betaler detailhandelsgebyrer på op til et vist niveau, ville det have været muligt for parterne i aftalen kun at fastsætte minimumsgrænser for interbankgebyrerne. Selv om for det andet interbankgebyret skal betales til den udstedende bank som modydelse for tjenester, der udløses af brugen af kreditkortet, fremgår det af de sagsakter, der er forelagt Domstolen, at bankerne i 2006 og 2007 af MasterCard og Visa blev underrettet om, at nogle undersøgelser, som disse to sidstnævnte begge havde foretaget, viste, at de omkostningsniveauer, der var fastsat i aftalen om det multilaterale interbankgebyr, ikke var tilstrækkelige til at dække samtlige de omkostninger, der blev afholdt af de udstedende banker.
- 73 Det kan imidlertid ikke udelukkes, at sådanne elementer er indikationer for, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr forfulgte et formål, der ikke består i at sikre en minimumsgrænse for

detailhandelsgebyrerne, men at indføre en vis balance mellem de »udstedende« aktiviteter og de »indløsende« aktiviteter i hvert af de betalingskortsystemer, der er omhandlet i hovedsagen, med henblik på at sikre, at visse omkostninger, der er forbundet med anvendelsen af kort inden for rammerne af betalingstransaktioner, dækkes samtidigt med, at disse systemer beskyttes for uønskede virkninger, der følger af et for højt interbankgebyrniveau og således i givet fald et for højt detailhandelsgebyrniveau.

- 74 Den forelæggende ret har ligeledes anført, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr ved at modvirke konkurrencen mellem de to i hovedsagen omhandlede betalingskortsystemer for så vidt angår det omkostningsaspekt, som interbankgebyret udgør, har kunnet have til følge, at konkurrencen mellem disse systemer ville blive intensiveret i andre henseender. Særligt har retten bemærket, at såvel afgørelsen fra konkurrencemyndigheden som den kassationsappel, der er iværksat for den, hviler på den forudsætning, at egenskaberne ved de produkter, der udbydes af Visa og af MasterCard, i det væsentlige er de samme. Den pågældende ret har imidlertid fremhævet, at disse egenskaber kan have varieret i løbet af den periode, hvori den foreholdte konkurrencebegrænsende adfærd fandt sted. Ifølge samme ret kunne standardiseringen af interbankgebyrer skabe konkurrence for så vidt angår disse produkters øvrige egenskaber, handelsbetingelser og priser.
- 75 Såfremt dette rent faktisk var tilfældet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, ville en konkurrencebegrænsning på markedet for betalingskortsystemer i Ungarn, som er i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF, først kunne konstateres efter en bedømmelse af den konkurrence, der ville have foreligget, såfremt aftalen om det multilaterale interbankgebyr ikke havde eksisteret, en bedømmelse, der, som det fremgår af denne doms præmis 55, henhører under undersøgelsen af aftalens følger.
- 76 Som anført af generaladvokaten i punkt 54 og 63-73 i forslaget til afgørelse skal der nemlig for at kunne begrunde, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, uden at det er nødvendigt at foretage en analyse af dens følger, foreligge pålidelige og solide erfaringer for, at det kan fastslås, at aftalen efter sin art er skadelig for konkurrencen.
- 77 I det foreliggende tilfælde hvad angår for det første konkurrencen mellem de to betalingskortsystemer giver de oplysninger, som Domstolen råder over, ikke mulighed for at afgøre, om den omstændighed, at konkurrencen mellem Visa og MasterCard vedrørende det aspekt af omkostningerne, som interbankgebyrerne udgør, ophæves, i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen til, at det kan fastslås, at det ikke er nødvendigt at undersøge dens følger for konkurrencen. I denne forbindelse skal det ud over de betragtninger, der er fremført i denne doms præmis 74 og 75, bemærkes, at de argumenter, der er blevet fremført for Domstolen, og som tilsigter at godtgøre, at der i det foreliggende tilfælde foreligger et konkurrencebegrænsende formål, i det væsentlige består

i, at det hævdes, at det forhold, at der foreligger et ensartet interbankgebyrniveau mellem de to systemer, øgede de konkurrencebegrænsende følger, der fulgte af standardiseringerne af disse gebyrer i hvert af disse systemer.

- 78 For det andet hvad angår markedet for indløsning i Ungarn gælder, at selv såfremt det antages, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr bl.a. havde til formål at fastsætte et minimumsniveau for detailhandelsgebyrerne, har Domstolen ikke modtaget tilstrækkeligt med oplysninger, der gør det muligt at fastslå, at denne aftale var tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen på dette marked for at kunne konstatere, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage den nødvendige efterprøvelse i denne henseende.
- 79 Særligt gør de forhold, der er fremført i denne forbindelse, med forbehold af samme nødvendige efterprøvelse det ikke muligt at konkludere, at der foreligger en almindelig og sikker erfaring for, at det kan fastslås, at en aftale som den i hovedsagen omhandlede, der er skadelig for konkurrencen, begrundet en undladelse af at foretage en undersøgelse af aftalens konkrete følger for konkurrencen. De forhold, som konkurrencemyndigheden, den ungarske regering og Kommissionen i denne forbindelse har støttet sig på, dvs. i det væsentlige konkurrencemyndighedens afgørelsespraksis samt praksis fra Unionens retsinstanser, viser for nærværende netop behovet for at foretage en grundig undersøgelse af følgerne af en sådan aftale med henblik på at efterprøve, om denne aftale rent faktisk har haft til følge, at der indførtes et minimumsniveau for detailhandelsgebyrerne, og om denne aftale på baggrund af den situation, der ville have bestået, såfremt aftalen ikke havde foreligget, har haft en konkurrencebegrænsende følge.
- 80 Endelig hvad angår den sammenhæng, hvori aftalen om det multilaterale interbankgebyr indgik, er det for det første korrekt, som Kommissionen har anført, at hverken kompleksiteten af betalingskortsystemer af den type, der er omhandlet i hovedsagen, den bilaterale karakter af disse systemer som sådan eller det forhold, at der foreligger vertikale forhold mellem de forskellige berørte økonomiske operatører, i sig selv kan være til hinder for en konstatering af, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr har et konkurrencebegrænsende formål (jf. analogt dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis). Når dette er sagt, forholder det sig ikke desto mindre således, at et sådant konkurrencebegrænsende formål skal godtgøres.
- 81 For det andet er det blevet fremført for Domstolen, at konkurrencen mellem betalingskortsystemerne i Ungarn har ført til højere snarere end lavere interbankgebyrer på markedet i modsætning til den disciplinerende virkning, som konkurrence normalt har på priserne i en markedsøkonomi. Ifølge disse oplysninger skyldes dette bl.a. den omstændighed, at de handlende kun kan udøve et

begrænset pres på fastsættelsen af interbankgebyrer, mens de udstedende banker har interesse i at opnå højere gebyrindtægter.

- 82 For det tilfælde, at den forelæggende ret ligeledes skulle konstatere, at der på forhånd foreligger stærke indicier, der kan godtgøre, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr har medført et pres opad, eller at der i det mindste foreligger selvmodsigende eller tvetydige oplysninger i denne henseende, kan disse oplysninger eller elementer ikke lades ude af betragtning af den pågældende ret i forbindelse med dens undersøgelse af, om der i det foreliggende tilfælde foreligger et konkurrencebegrænsende formål. I modsætning til, hvad der synes at kunne udledes af Kommissionens skriftlige indlæg i denne henseende, er den omstændighed, at det niveau for størrelsen af interbankgebyrerne, der uden aftalen om det multilaterale interbankgebyr ville følge af konkurrencen, ville være højere, nemlig relevant ved undersøgelsen af, om der foreligger en begrænsning som følge af denne aftale, idet en sådan omstændighed netop vedrører den konkurrencebegrænsende virkning, som aftalen hævdes at have på markedet for indløsning i Ungarn, dvs. at denne samme aftale begrænsede en nedsættelse af interbankgebyrerne og som en følge heraf det pres nedad, som de handlende ville have kunnet udøve på de indløsende banker med henblik på at opnå en nedsættelse af detailhandelsgebyrerne.
- 83 Endvidere gælder, at i det tilfælde, at der skulle foreligge stærke indicier for, at såfremt aftalen om det multilaterale interbankgebyr ikke var blevet indgået, ville der heraf være fulgt et pres opad for interbankgebyret, således at det ikke kan gøres gældende, at denne aftale udgør en aftale med et konkurrencebegrænsende formål på markedet for indløsning i Ungarn, skal der foretages en grundig undersøgelse af aftalens følger, inden for rammerne af hvilken det i henhold til den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 55, skal undersøges, hvorledes konkurrencen ville have været, såfremt den pågældende aftale ikke fandtes, med henblik på at bedømme betydningen af denne sidstnævnte for konkurrenceparametrene og således efterprøve, om denne rent faktisk har haft konkurrencebegrænsende følger.
- 84 For det tredje og sidste bemærkes, at den omstændighed, som den forelæggende ret har fremhævet, at de banker, der var parter i aftalen, uden nogen sondring omfattede de operatører, der var direkte berørt, dvs. både udstedende banker og indløsende banker, egenskaber som i øvrigt ofte er sammenfaldende, ligeledes har vist sig relevant i forbindelse med undersøgelsen af, om aftalen om det multilaterale interbankgebyr kan kvalificeres som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.
- 85 Det gælder særligt, at selv om en sådan omstændighed på ingen måde i sig selv er til hinder for, at det konstateres, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål i forhold til en aftale som den i hovedsagen omhandlede, kan den have en vis relevans i forbindelse med efterprøvelsen af, om aftalen om det multilaterale in-

terbankgebyr havde til formål at sikre en vis balance i hvert af de betalingskortsystemer, der er omhandlet i denne sag. Det var nemlig ikke kun de udstedende og indløsende banker, der gennem denne aftale kunne søge en måde at forene deres eventuelt divergerende interesser, men de banker, der befandt sig på både markedet for udstedelse og markedet for indløsning, ønskede måske også at opnå et niveau for interbankgebyret, som muliggjorde den bedst mulige beskyttelse af deres aktiviteter på de to markeder.

- 86 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at en interbankaftale, der fastsætter en fælles størrelse på det interbankgebyr, der, når en transaktion med et kreditkort finder sted, skal betales til de banker, der udsteder sådanne kort, som udbydes af selskaber, der udbyder betalingskorttjenester, der er aktive på det pågældende nationale marked, ikke kan kvalificeres som en aftale, der har »til formål« at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen som omhandlet i denne bestemmelse, medmindre denne aftale, henset til dens ordlyd, formål og sammenhæng, kan anses for at være tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen til at blive kvalificeret på denne måde, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.”

EU-Domstolen har i dom af 30. januar 2020 i sag C-307/18, Generics (UK) Ltd m.fl. mod Competition and Markets Authority ("Generics"), som angik forligsaftaler mellem en patentindehaver og originalproducent af lægemidler og producenter af generiske lægemidler om bedømmelsen af sådanne aftaler efter TEUF artikel 101, stk. 1, udtalt blandt andet:

”Det tredje til det femte spørgsmål (kvalificering som havende »konkurrencebegrænsende formål«)

...

- 62 Det bemærkes, at en hemmelig aftale for at kunne falde inden for forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, ud over at opfylde de betingelser, der er nævnt i præmis 30 og 31 ovenfor, skal have »til formål eller til følge« at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.
- 63 Det følger heraf, at der i denne bestemmelse, som fortolket af Domstolen, sondres klart mellem begrebet konkurrencebegrænsende formål og begrebet konkurrencebegrænsende virkning, der er underlagt forskellige bevisregler.
- 64 Med hensyn til de former for praksis, der kvalificeres som havende »konkurrencebegrænsende formål«, er det således ikke nødvendigt at undersøge eller at godtgøre, hvilke virkninger de har for konkurrencen, med henblik på at kvalificere dem som en »konkurrencebegrænsning« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, eftersom erfaringen viser, at en sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en

ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne (dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 115 og den deri nævnte retspraksis).

- 65 Det er kun nødvendigt at godtgøre, at denne adfærd rent faktisk kan kvalificeres som havende et »konkurrencebegrænsende formål«, men simple uunderbyggede udsagn er i denne henseende ikke tilstrækkelige.
- 66 Når det ikke er fastslået, at en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, må der til gengæld foretages en undersøgelse af virkningerne for at bevise, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart begrænset eller fordrejet (jf. i denne retning dom af 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 17).
- 67 Det fremgår af Domstolens praksis, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« skal fortolkes indskrænkende og kun kan anvendes på visse former for hemmelig praksis mellem virksomheder, som, henset til indholdet af deres bestemmelser, til formålet hermed samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de indgår, er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger, eftersom visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår (dom af 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 20, og af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl., C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 78 og 79).
- 68 I forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, tages i betragtning (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).
- 69 Det skal i det foreliggende tilfælde bemærkes, at lægemiddelsektoren ikke alene er kendetegnet ved betydelige adgangshindringer som følge af de krav, der er forbundet med markedsføring af lægemidler, og som er nævnt i præmis 40 og 47 ovenfor, men, som den forlæggende ret har bemærket med hensyn til Det Forenede Kongerige, ligeledes er kendetegnet ved en prisdannelsesmekanisme, der er strengt reguleret og stærkt påvirket af generiske lægemidlers introduktion på markedet. En sådan introduktion medfører nemlig på kort sigt en meget stor nedgang i salgsprisen på lægemidler, som indeholder et aktivt stof, og som fra nu af sælges ikke bare af producenten af det originale lægemiddel, men også af producenter af generiske lægemidler.
- 70 Det følger af det ovenfor anførte, at producenter af originale lægemidler og producenter af generiske lægemidler ikke kan være

uvidende om, at lægemiddelsektoren er meget følsom over for, at markedsinstruktionen af den generiske udgave af et originalt lægemiddel udsættes. En sådan udsættelse medfører imidlertid, at der bevares en monopolpris på markedet for det pågældende lægemiddel, som er væsentligt højere end salgsprisen for generiske udgaver af dette lægemiddel, efter at de er bragt på markedet, og har store økonomiske konsekvenser, om ikke for de endelige forbrugere så dog for de sociale sikringsinstitutioner.

- 71 Det skal derfor fastslås, om en aftale som dem, GSK indgik med Alpharma eller GUK, i sig selv er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, således at det ikke er nødvendigt at undersøge dens virkninger med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF.
- 72 Det fremgår af de sagsakter, som Domstolen er i besiddelse af, og af præmis 13 og 14 ovenfor, at aftalerne mellem GSK og henholdsvis GUK og Alpharma i det væsentlige består af to sæt komplekse aftaler med mange lighedspunkter.
- 73 Der er i begge tilfælde tale om forligsaftaler i en tvist om et patent på fremstillingsprocessen for et aktivt stof – paroxetin – der ikke længere er patentbeskyttet.
- 74 Disse forligsaftaler blev indgået, efter at GSK havde anlagt sag om patentkrænkelser mod GUK og Alpharma, hvilket gav anledning til, dels at GUK og Alpharma direkte eller indirekte anfægtede gyldigheden af det pågældende patent, dels at en national ret nedlagde et midlertidigt forbud, som forhindrede GUK og Alpharma i at indtræde på markedet, til gengæld for GSK's *cross-undertaking in damages*.
- 75 De nævnte aftaler indebar for det første, at GUK og Alpharma gav tilsagn om, at de i gyldighedsperioden ville undlade at indtræde på markedet, fremstille og/eller importere generiske lægemidler fremstillet i medfør af det omhandlede patent, og at de ville undlade fortsat at anfægte det nævnte patent, for det andet, at der blev indgået en forhandlingsaftale, som gav dem ret til at indtræde på markedet med en begrænset mængde generisk paroxetin fremstillet af GSK, og for det tredje, at GSK skulle udbetale forskellige beløb til dem, som var væsentligt højere end udgifterne til den retssag, der blev undgået, og som ikke udgjorde betaling for nogen varer eller tjenesteydelser leveret af GUK eller Alpharma til GSK.
- 76 Det bemærkes, at disse aftaler, som det fremgår af de forelagte spørgsmåls ordlyd, er indgået i forbindelse med en alvorlig tvist om et procespatent, der er indbragt for en national ret. De kan som følge heraf ikke anses for aftaler, som bringer rent fiktive tvister til ophør og udelukkende har til formål at dække over en aftale om markedsopdeling eller -udelukkelse, og som derfor er lige så skadelige for konkurrencen som aftaler om markedsopdeling eller -udelukkelse og må kvalificeres som aftaler med »konkurrencebegrænsende formål«.

- 77 Det skal derfor – som den forelæggende ret har anmodet om – vurderes, om disse aftaler alligevel kan sidestilles med sådanne aftaler om markedsopdeling eller -udelukkelse.
- 78 Ifølge fast retspraksis skal enhver erhvervsdrivende uafhængigt tage stilling til den politik, han vil føre på det indre marked (dom af 19.3.2015, *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 119).
- 79 I denne forbindelse og for så vidt angår virksomheders adfærd i forbindelse med intellektuelle ejendomsrettigheder har Domstolen bl.a. fastslået, at den industrielle eller kommercielle ejendomsret som retsinstitut ikke indgår i de i artikel 101, stk. 1, TEUF omhandlede elementer af aftalemæssig eller samordningsmæssig karakter, hvorimod dens udøvelse kan rammes af traktatens forbud, hvis den fremstår som målet med, midlet til eller følgen af en aftale (dom af 8.6.1982, *Nungesser og Eisele mod Kommissionen*, 258/78, EU:C:1982:211, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis), selv om den kan være et legitimt udtryk for den intellektuelle ejendomsrettighed, der bl.a. giver indehaveren ret til at modsætte sig enhver form for efterligning (jf. i denne retning dom af 31.10.1974, *Centrafarm og de Peijper*, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 9), og selv om offentlige myndigheder – som Kommissionen har påpeget – tilskynder til indgåelse af forligsaftaler, fordi de gør det muligt at spare ressourcer og derfor er til gavn for den brede offentlighed.
- 80 Det følger heraf, at forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF imod visse »aftaler« mellem virksomheder ikke sonderer mellem aftaler, som har til formål at bringe en tvist til ophør, og aftaler, som forfølger andre mål (dom af 27.9.1988, *Bayer og Maschinenfabrik Hennecke*, 65/86, EU:C:1988:448, præmis 15).
- 81 Forligsaftaler, hvorved en producent af generiske lægemidler, der påtænker at indtræde på et marked, i hvert fald midlertidigt anerkender gyldigheden af et patent, der tilhører en producent af originale lægemidler, og dermed forpligter sig ikke at anfægtet patentet og til ikke at indtræde på dette marked, kan således have konkurrencebegrænsende virkninger (jf. analogt dom af 27.9.1988, *Bayer og Maschinenfabrik Hennecke*, 65/86, EU:C:1988:448, præmis 16), eftersom anfægtelsen af et patents gyldighed og rækkevidde er et led i den normale konkurrence i de sektorer, hvor der findes eneret på teknologi.
- 82 En klausul om ikke-angreb på et patent kan desuden under hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, være konkurrencebegrænsende som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF (dom af 27.9.1988, *Bayer og Maschinenfabrik Hennecke*, 65/86, EU:C:1988:448, præmis 16).
- 83 Domstolen har i øvrigt ligeledes fastslået, at aftaler, hvorved konkurrenter bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med nor-

mal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde, er omfattet af begrebet »konkurrencebegrænsende formål« (jf. i denne retning dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 34).

- 84 Det er ganske vist muligt, at en producent af generiske lægemidler, der befinder sig i den situation, som den forelæggende ret har beskrevet i sit tredje til femte spørgsmål, efter at have vurderet sine chancer for at få medhold i retssagen mellem denne producent og den pågældende producent af originale lægemidler, beslutter at undlade at indtræde på det pågældende marked og i denne sammenhæng at indgå en forligsaftale med originalmedicinproducenten i denne retssag. En sådan aftale kan imidlertid under ingen omstændigheder anses for at have et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.
- 85 Den omstændighed, at en sådan aftale indebærer overførsler af pengemæssige eller ikke-pengemæssige værdier fra originalmedicinproducenten til en producent af generiske lægemidler, er ikke tilstrækkelig til at kvalificere den som havende »konkurrencebegrænsende formål«, da de nævnte værdioverførsler kan være begrundede, dvs. passende og strengt nødvendige, henset til aftaleparternes legitime mål.
- 86 Dette kan bl.a. være tilfældet, når de beløb, som generikaproducenten modtager fra originalmedicinproducenten, faktisk svarer til en godtgørelse for omkostninger eller gener i forbindelse med den indbyrdes tvist eller svarer til en betaling for varer eller tjenesteydelser, der faktisk – her og nu eller senere – leveres til originalmedicinproducenten. Dette kan ligeledes være tilfældet, når generikaproducenten giver afkald på tilsagn, navnlig af økonomisk karakter, som patenthaveren har afgivet over for producenten, f.eks. i form af en *cross-undertaking in damages*.
- 87 Der skal imidlertid anses at foreligge et »konkurrencebegrænsende formål«, når analysen af den pågældende forligsaftale viser, at de værdioverførsler, der er fastsat heri, udelukkende skyldes patenthaverens og den angivelige patentkrænkens forretningsmæssige interesse i ikke at konkurrere på ydelser.
- 88 Som generaladvokaten har påpeget i punkt 114 i forslaget til afgørelse, indebærer indgåelsen af en aftale, hvorved en konkurrent til patenthaveren forpligter sig til ikke at indtræde på markedet og til at ophøre med at anfægte patentet mod at få udbetalt et større beløb, som alene udgør en modydelse for den nævnte forpligtelse, ganske enkelt, at patenthaveren beskyttes mod søgsmål til prøvelse af dennes patent, og at der opstår en formodning om, at de produkter, som konkurrenten kan bringe i omsætning, er ulovlige. Det kan derfor ikke med rette gøres gældende, at en sådan aftale indgås som led i patenthaverens udøvelse af de beføjelser, der følger af genstanden for det pågældende patent. Dette gælder så meget desto mere, som det tilkommer de offentlige myndigheder og

ikke private virksomheder at sikre overholdelsen af retlige bestemmelser.

- 89 Det kan således ikke antages, at indgåelsen af en sådan aftale udelukkende indebærer, at producenter af generiske lægemidler anerkender patenthaverens rettigheder, som formodes at være gyldige, i tilknytning til patentet. Hvis patenthaveren foretager en betydelig værdioverførsel til dem, som alene udgør en modydelse for, at de forpligter sig til ikke at indtræde på markedet og til ikke længere at anfægte patentet, antyder det nemlig – i mangel af en anden plausibel forklaring – at det ikke er deres opfattelse af patentets styrke, men udsigten til denne værdioverførsel, der har tilskyndet dem til at undlade at indtræde på markedet og at anfægte patentet.
- 90 For at kunne vurdere, om værdioverførsler som de i hovedsagen omhandlede, der indgår i en forligsaftale, udelukkende kan skyldes aftaleparternes forretningsmæssige interesse i ikke at konkurrere på ydelser, skal der, som generaladvokaten har fremhævet i punkt 120 i forslaget til afgørelse, indledningsvis tages hensyn til samtlige pengemæssige såvel som ikke-pengemæssige værdioverførsler, der er fundet sted mellem parterne.
- 91 Som den forelæggende ret og generaladvokaten (i punkt 120 og 170-172 i forslaget til afgørelse) har bemærket, kan det være nødvendigt at tage hensyn til indirekte overførsler, f.eks. i forbindelse med den fortjeneste, som generikaproducenten opnår i forbindelse med en forhandlingsaftale, som er indgået med originalmedicinproducenten, og som gør det muligt for den førstnævnte producent at sælge en – eventuelt begrænset – mængde generiske lægemidler, der er fremstillet af originalmedicinproducenten.
- 92 Det skal dernæst vurderes, om den positive saldo fra originalmedicinproducentens værdioverførsler til generikaproducenten som nævnt i præmis 86 ovenfor kan være begrundet som følge af eventuelle konstaterede og legitime modydelse eller afkald fra generikaproducentens side.
- 93 I benægtende fald skal det endelig fastslås, om denne positive saldo er tilstrækkelig stor til reelt at kunne tilskynde den pågældende producent af generiske lægemidler til at undlade at indtræde på det pågældende marked.
- 94 Henset til usikkerheden om den nævnte retssags udfald er det i denne forbindelse ikke nødvendigt, at værdioverførslerne overstiger den fortjeneste, som generikaproducenten ville have opnået, hvis denne havde fået medhold i patentsagen. Det er alene afgørende, at disse værdioverførsler er tilstrækkeligt fordelagtige til at tilskynde generikaproducenten til ikke at indtræde på det pågældende marked og til ikke at konkurrere på ydelser med den pågældende producent af originale lægemidler.

- 95 Hvis dette er tilfældet, skal den omhandlede aftale i princippet kvalificeres som havende »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.
- 96 Denne konklusion kan for det første ikke afvises med den begrundelse, at de virksomheder, der har indgået sådanne aftaler, har gjort gældende, at forligsaftaler som de i hovedsagen omhandlede ikke overskrider rækkevidden af og den resterende gyldighedsperiode for det patent, der er omfattet af disse aftaler, og som følge heraf ikke er af konkurrencebegrænsende karakter, eller at de begrænsninger, der følger af sådanne aftaler, alene er af rent accessorisk karakter som omhandlet i dom af 11. juli 1985, Remia m.fl. mod Kommissionen (42/84, EU:C:1985:327).
- 97 Selv om den omstændighed, at patenthaveren indgår en forligsaftale, som ikke overskrider patentets rækkevidde og resterende gyldighedsperiode, med den angivelige patentkrænker, er et udtryk for den intellektuelle ejendomsrettighed, der bl.a. giver indehaveren ret til at modsætte sig enhver form for efterligning (jf. i denne retning dom af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 9), giver det nævnte patent – som generaladvokaten har fremhævet i punkt 114 i forslaget til afgørelse, og som det fremgår af præmis 79 ovenfor – nemlig ikke patenthaveren ret til at indgå kontrakter, der strider mod artikel 101 TEUF.
- 98 Det er for det andet heller ikke til hinder for en kvalificering som havende »konkurrencebegrænsende formål«, at der hersker usikkerhed om patentets gyldighed, at denne usikkerhed skyldes en alvorlig tvist mellem indehaveren af dette patent og den pågældende producent af generiske lægemidler, at der har været en retssag forud for indgåelsen af den pågældende forligsaftale, eller at en national ret har udstedt et midlertidigt forbud, som forhindrer den angivelige patentkrænker i at indtræde på markedet, til gengæld for patentkrænkerens *cross-undertaking in damages*.
- 99 Hvis det antages, at sådanne omstændigheder gør det muligt at undgå, at en praksis, der i sig selv kan være tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, kvalificeres som havende »konkurrencebegrænsende formål«, kan det begrænse det nævnte begrebs rækkevidde i urimelig grad, selv om dette begreb som bemærket i præmis 67 ovenfor skal fortolkes strengt.
- 100 Det er netop usikkerheden om udfaldet af den retssag om gyldigheden af originalmedicinproducentens patent og om, hvorvidt den generiske udgave af dette lægemiddel krænker patentet, der, så længe den verserer, er med til at skabe en i hvert fald potentiel konkurrencesituation mellem de to parter i denne retssag.
- 101 Som det fremgår af præmis 48 og 49 ovenfor, er usikkerheden om denne retssags udfald desuden ikke tilstrækkelig til, at en forligsaftale, som muligvis kan blive tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen som nævnt i præmis 67 ovenfor, ikke kan kvalificeres som en aftale med »konkurrencebegrænsende formål«.

- 102 Som det allerede er nævnt i præmis 48 ovenfor, kan formodningen om et patents gyldighed og den omstændighed, at der har været en retssag forud for indgåelsen af en forligsaftale, eller at en national ret har udstedt et midlertidigt forbud, nemlig ikke for så vidt angår anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF sige noget om udfaldet af en eventuel tvist om dette patents gyldighed, hvilket i øvrigt er umuligt, når der indgås en aftale mellem procespatentets indehaver og den pågældende producent af generiske lægemidler.
- 103 Som svar på det femte spørgsmål skal det endelig bemærkes, at når parterne i denne aftale påberåber sig dens konkurrencefremmende virkninger, skal der – som påpeget i præmis 67 ovenfor og i punkt 158 i generaladvokatens forslag til afgørelse – tages behørigt hensyn til disse virkninger, som indgår i baggrunden for denne aftale, med henblik på dens kvalificering som en aftale med »konkurrencebegrænsende formål«, for så vidt som de kan rejse tvivl om den samlede vurdering af, hvorvidt den pågældende hemmelige aftale er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, og dermed dens kvalificering som en aftale med »konkurrencebegrænsende formål«.
- 104 Da formålet med at tage hensyn til disse konkurrencefremmende virkninger ikke er at udelukke, at den pågældende praksis kvalificeres som en »konkurrencebegrænsning« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, men alene at vurdere dens objektive grovhed og som følge heraf at fastlægge de relevante bevismidler, er denne hensyntagen på ingen måde i strid med Domstolens faste praksis, hvorefter EU's konkurrenceret ikke indeholder noget rimelighedsprincip (»rule of reason«), som kræver, at der foretages en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger i forbindelse med dens kvalificering som en »konkurrencebegrænsning« i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 13.7.1966, Consten og Grundig mod Kommissionen, 56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 255 og 256).
- 105 Denne hensyntagen forudsætter imidlertid, at der er konstateret relevante konkurrencefremmende virkninger, som ligeledes er specifikke for den omhandlede aftale, hvilket generaladvokaten for så vidt angår de i hovedsagen omhandlede aftaler har anført i punkt 144 i forslaget til afgørelse.
- 106 Som generaladvokaten har fremhævet i punkt 166 i forslaget til afgørelse, er forekomsten af sådanne konkurrencefremmende virkninger endvidere ikke som sådan til hinder for, at aftalen kvalificeres som en aftale med »konkurrencebegrænsende formål«.
- 107 Hvis der er konstateret relevante konkurrencefremmende virkninger, som er specifikke for den omhandlede aftale, skal disse virkninger være af et sådant omfang, at de giver anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt den pågældende forligsaftale er tilstræk-

keligt skadelig for konkurrencen, og dermed om dens konkurrencebegrænsende formål.

- 108 Det fremgår i denne forbindelse af de omstændigheder, som den forelæggende ret har henvist til i det femte spørgsmål, litra a) og b), sammenholdt med forelæggelsesafgørelsen, og som generaladvokaten har nævnt i punkt 168-172, 175 og 179 i forslaget til afgørelse, at de forligsaftaler, der er omhandlet i hovedsagen, i det væsentlige havde ubetydelige eller usikre konkurrencefremmende virkninger.
- 109 Selv om den forelæggende ret har bemærket, at disse aftaler reelt medførte en mindre sænkning af prisen på paroxetin, har den nemlig også, som det bl.a. fremgår af det femte spørgsmål, litra a), bemærket, at GSK's levering af paroxetin til producenter af generiske lægemidler i medfør af de nævnte aftaler ikke resulterede i et væsentligt konkurrencepres på GSK. Retten har i denne retning bemærket, at producenter af generiske lægemidler ikke havde nogen interesse i at konkurrere på priserne, eftersom der kun var tale om levering af begrænsede mængder, og leveringsloftet ikke var baseret på tekniske krav. Den har desuden i det femte spørgsmål, litra b), henvist til, at de pågældende aftaler indebar nogle fordele for forbrugerne, der ikke ville være opstået, hvis indehaveren af patentet havde fået medhold i retssagen vedrørende dette patent, og præciseret, at disse fordele var betydeligt mindre end de fuldstændige konkurrencemæssige fordele i forbindelse med en uafhængig generisk markedsadgang, der ville være opstået, hvis producenterne af de pågældende generiske lægemidler havde fået medhold i denne retssag. Den forelæggende ret har endelig anført, dels at den ændring af markedsstrukturen, som de pågældende aftaler medførte, ikke skyldtes, at der var opstået konkurrence, men at GSK havde foretaget en kontrolleret omstrukturering af markedet for paroxetin, dels at GSK's levering af paroxetin og overførsel af markedsandele til producenter af generiske lægemidler skulle betragtes som overførsler af ikke-pengemæssige værdier.
- 110 Forudsat at den forelæggende ret har påvist sådanne ubetydelige eller usikre konkurrencefremmende virkninger, er disse virkninger imidlertid ikke tilstrækkelige til at give anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt en forligsaftale som de i hovedsagen omhandlede er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, hvilket det under alle omstændigheder alene tilkommer den forelæggende ret at vurdere.
- 111 Henset til det ovenstående må det tredje til det femte spørgsmål besvares med, at artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at en forligsaftale i en verserende retssag mellem en producent af originale lægemidler og en producent af generiske lægemidler, der befinder sig i en potentiel konkurrencesituation, vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt den førstnævnte producents patent på fremstillingsprocessen for et aktivt stof i et originalt lægemiddel, der ikke længere er patentbeskyttet, er gyldigt, og hvorvidt en generisk udgave af dette lægemiddel er krænket, og hvorved denne

producent af generiske lægemidler har forpligtet sig til ikke at indtræde på markedet for det lægemiddel, der indeholder dette aktive stof, og til ikke at forfølge sagen om dette patents gyldighed i det tidsrum, hvor aftalen er gældende, til gengæld for at modtage værdioverførsler fra producenten af originale lægemidler, udgør en aftale, som har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen:

- hvis det fremgår af alle de tilgængelige oplysninger, at den positive saldo fra originalmedicinproducentens værdioverførsler til generikaproducenten udelukkende skyldes aftalparternes forretningsmæssige interesse i ikke at konkurrere på ydelser
- medmindre den pågældende forligsaftale har konstaterede konkurrencefremmende virkninger, som kan give anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt den er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen angår også for landsretten en prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 13. juli 2017 om stadfæstelse af Konkurrencerådets afgørelse af 30. november 2016 om, at HMN, Gastech, Kiertner ApS (herefter Kiertner) og DEBRA havde indgået en aftale om koordinering af abonnementspriser for service af naturgasfyr i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3.

Landsrettens prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse og Konkurrencerådets underliggende afgørelse omfatter fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen, mens tilsidesættelse af vurderinger, der i det væsentlige bygger på et konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag, jf. Højesterets domme gengivet i UfR 2020.524 og UfR 2014.2663.

For landsretten er spørgsmålet navnlig, om konkurrencemyndighederne og Sø- og Handelsretten har anvendt konkurrencelovens § 6 urigtigt ved at fastslå, at den pågældende aftale havde til formål at begrænse konkurrencen.

HMN har herom gjort gældende, at det følger af EU-Domstolens seneste domme i sag C-228/18, Budapest Bank, og C-307/18, Generics, at der for at fastslå, at en aftale som den foreliggende har et konkurrencebegrænsende formål, skal foretages en nærmere undersøgelse af virkningen af den samlede aftale. Den åbenbare forbrugergavnlig virkning af principaftalen, som medførte en besparelse for HMN's kunder på 9 mio. kr. årligt, indebærer således, at man ikke uden en sådan nærmere undersøgelse kan kvalificere aftalen som en "til formål"-aftale. HMN har i den forbindelse tillige anført, at prisaftalens pkt. 6 sammenholdt med pkt. 1 og de øvrige oplysninger i sagen må forstås sådan, at parterne ikke blot aftalte, at HMN skulle sætte prisen på serviceabonnementet op, men også at der var en fælles forståelse om, at HMN og servicepartnerne

ville nedsætte slutbrugerprisen på reservedele, så den afspejlede reduktionen i reservedelsavancen i det vertikale forhold, som var reguleret i aftalens pkt. 1. Konkurrencerådet kunne også derfor ikke bortse fra den samlet set forbrugergavnige virkning af det, som blev aftalt. Hvis Konkurrencerådet havde foretaget en undersøgelse som krævet i Budapest Bank- og Generics-dommene, ville den eneste mulige konklusion være, at aftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen med den virkning, at et indgreb ville forudsætte, at der ved en langt mere omfattende "til følge"-undersøgelse blev påvist konkurrencebegrænsende virkninger af aftalen. Konkurrencerådets afgørelse skal derfor ophæves.

HMN har subsidiært anført, at der burde have været meddelt individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Faktuelle oplysninger

Det følger af pkt. 1 i principaftalen af 29. april 2014, at der blev aftalt en omlægning af afregningsmodellen i forholdet mellem HMN og HMN's servicepartnere, således at reservedelsavancen blev reduceret til maksimalt 25% i tillæg til engrosprisen for alle reservedelspriser, og at reduktionen af reservedelsavancen skulle kompenseres af tillæg for hovedeftersyn på 73 kr. pr. eftersyn og tillæg for udkald på 42 kr. årligt. Af pkt. 6 fremgår: "Gennemslag i HMN's prissætning over for kunderne a. Omlægning af afregningsmodellen reflekteres i HMN's priser på serviceabonnementer."

Det er for landsretten ubestridt, at der ved principaftalens pkt. 1 blev indgået en aftale mellem HMN, Gastech, Kiertner og DEBRA om den fremtidige afregningsmodel i det vertikale forhold mellem HMN og HMN's servicepartnere, og at principaftalens pkt. 6 regulerer et horisontalt forhold mellem HMN og servicepartnerne. For landsretten har HMN således ikke bestridt, at HMN og servicepartnerne var konkurrenter på det i afgørelsen fastlagte marked for service på gasfyr.

Efter indholdet af dokumentet "principaftale med henvisninger", som var bilag til HMN's mail af 9. maj 2014 til DEBRA og Gastech, HMN's nyhedsbrev af juni 2014 til servicepartnerne og den orientering HMN's kunder modtog, som er gengivet i den interne HMN-mail af 29. april 2014, lægger landsretten til grund, at principaftalens pkt. 6 blev gennemført ved, at HMN's priser blev tilrettet pr. 1. maj 2014, således at abonnementsprisen for serviceaftalen steg med knap 10%. Parterne er så vidt ses også enige herom.

Landsretten lægger i overensstemmelse med Konkurrenceankenævnets afgørelse endvidere til grund, at HMN's kunder samlet set opnåede en besparelse på ca. 9 mio. kr. årligt som følge af de prisændringer, HMN foretog efter indgåelsen af principaftalen.

Konkurrencerådets afgørelse

Afsnit 4.3.3 i rådsafgørelsen af 30. november 2016 indeholder Konkurrencerådets vurdering af, om principaftalens pkt. 6 indebærer, at der er indgået en aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen som anført i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det fremgår heraf, at Konkurrencerådet, efter indledningsvis at have fastslået at der er tale om en aftale mellem konkurrenter, gengav de kriterier, der efter EU-Domstolens faste praksis gælder for vurderingen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål (pkt. 366-374). I pkt. 376-392 fastslog rådet med nærmere henvisning til Kommissionens retningslinjer for horisontale aftaler og en række domme afsagt af EU-Domstolen, at horisontale aftaler om priskoordinering generelt set anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Rådet foretog herefter i pkt. 393-489 en konkret vurdering af den indgåede aftale, hvorunder der blev set på aftalens indhold, dens formål, den retlige og økonomiske kontekst hvori den indgik, herunder karakteristika ved markedet og den samlede omlægning af HMN's serviceordning.

Det fremgår i den forbindelse af afgørelsens pkt. 435-438, at Konkurrencerådet om DEBRA og Kiertners argument om, at prisen for serviceeftersyn (abonnement) og reservedele hænger uløseligt sammen, anførte, at det for forbrugeren, som vælger udbyder, alene er serviceabonnementsprisen, som er transparent, mens den samlede "slutbrugerpris" (abonnement og udgift til reservedele) ikke kendes. Abonnementsprisen er følgelig et vigtigt konkurrenceparameter, og enhver serviceudbyder skal derfor selvstændigt fastsætte sin pris herfor. Det fremgår videre af pkt. 460, at rådet anså det for dokumenteret, at parterne havde koordineret slutbrugerpriser på serviceabonnenter, mens der ikke var fundet dokumentation for, at de havde koordineret slutbrugerpriser på reservedele.

I pkt. 451-472 tog Konkurrencerådet stilling til DEBRA, Gastech og HMN's synspunkt om, at pkt. 6 i principaftalen skulle ses i sammenhæng med den samlede omlægning af HMN's serviceordning og de fordele, omlægningen medførte for forbrugerne. Rådet anførte herom i pkt. 461, at det relevante spørgsmål var, om ydelsens art og markedets karakteristika kunne begrunde, at principaftalens pkt. 6 er nødvendig for at sikre servicepartneres indtjeningsgrundlag – særligt i forbindelse med deres selvstændige kundeforhold. I pkt. 465 afviste rådet, at der er tale om et marked med særlige karakteristika (et tosidet marked), og rådet anførte i pkt. 467-468, at selv hvis man alene anskuede aftalens pkt. 6 vertikalt – hvilket der ifølge rådet ikke var grundlag for – måtte bestemmelsen i pkt. 6 anses for en bindende videresalgspris, som (også) var egnet til at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 7, jf. stk. 1. I pkt. 469-472 tog Konkurrencerådet specifikt stilling til HMN's argument om, at omlægningen af serviceordningen samlet set havde ført til en besparelse for

HMN's kunder. Rådet afviste dette synspunkt og begrundede det med, at én af aftaleparternes subjektive hensigt ikke har betydning ved vurderingen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, at vilkåret måtte antages at have fordrejet den normale priskonkurrence på markedet, og at priserne i øvrigt meget muligt kunne have været lavere uden vilkåret.

Vedrørende DEBRA, Kiertner og HMN's synspunkt om, at principaftalens pkt. 6 ikke havde haft nogen betydning, da underleverandørerne ikke vidste, hvordan HMN nærmere ville gennemføre det aftalte, og da HMN's priser under alle omstændigheder var transparente, bemærkede Konkurrencerådet i pkt. 475-476, at det må have formodningen imod sig, at parterne havde behov for at aftale et vilkår som pkt. 6, hvis det ikke havde konkurrencemæssig betydning for dem – hvilket blev understøttet af den bekymring, som servicepartnerne forud for aftalen havde udtrykt for virkningen af den ændrede afregningsmodel. Rådet anførte desuden i pkt. 477-478, at det under alle omstændigheder er tilstrækkeligt, at parternes incitament til at konkurrere indbyrdes var blevet formindsket, og at der i øvrigt ikke kræves bevis for en konkurrenceskadelig virkning, hvis det fastslås, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål. Konkurrencerådet gjorde i tilslutning hertil i pkt. 479 opmærksom på, at den lavere samlede slutbrugerpris for HMN's kunder efter omlægningen kunne inddrages ved en vurdering om fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1. Rådet påpegede endvidere i pkt. 480-483, at den ændrede prisstruktur, efter det som HMN selv havde anført over for Konkurrencestyrelsen, var begrundet i et kunstigt højt forbrug af reservedele (i Østdanmark).

Endelig afviste Konkurrencerådet i pkt. 484-489 HMN og Gastechs argument om, at rådet skulle have undersøgt kontrafaktiske scenarier. Rådet henviste til, at der efter rådets vurdering var tale om en "til formål"-aftale, hvor der ikke er pligt til at foretage en sådan undersøgelse, og henviste til Rettens dom af 8. september 2016 i sag T-472/13, Lundbeck. Rådet anførte endvidere, at der ikke her var særlige karakteristika ved markedet, som kunne rejse tvivl om, hvorvidt der forelå en "til formål"-begrænsning, eller som gjorde, at konkurrencebegrænsningen var objektivt nødvendig, og at den økonomiske sammenhæng derfor bekræftede og understøttede, at aftalens indhold og målsætninger udgjorde en begrænsning, der havde til formål at begrænse konkurrencen.

Efter i pkt. 490-505 at have konstateret at særlovgivningen og en til HMN tidligere meddelt ikke-indgrebserklæring af 27. april 2010 og to andre indgrebserklæringer meddelt til andre naturgasselskaber ikke var til hinder for indgreb, kommenterede Konkurrencerådet i pkt. 507-509 DEBRA og Kiertners argument om, at principaftalens pkt. 6 var sammenlignelig med konkurrencebegrænsninger, som Konkurrencestyrelsen havde accepteret i sin afgørelse af 27. august 2003 om DONG's aftaler om gasfyrsservice. Rådet anførte, at DONG-sagen angik vilkår i det vertikale forhold mellem DONG og DONG's underleverandø-

rer, og ikke – som i denne sag – afregningspriser mellem DONG og underleverandørerne eller slutbrugerpriser, og derfor var DONG-sagen ikke sammenlignelig.

EU-Domstolens praksis

Efter EU-Domstolens faste retspraksis skal der ved vurderingen efter TEUF, artikel 101, stk. 1, af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, tages hensyn til aftalens indhold og formål, samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår. Domstolens afgørelser i Budapest Bank- og Generics-sagerne ændrer ikke herved. De to domme ændrer endvidere ikke Domstolens faste praksis, hvorefter der ikke efter TEUF artikel 101, stk. 1, skal foretages en rimelighedsvurdering ("rule of reason") af en (samlet) aftales konkurrencefremmende virkninger over for dens konkurrencebegrænsende virkninger. Dommene ændrer herved heller ikke på, at den omstændighed, at en aftale tillige forfølger lovlige (hoved)formål, ikke medfører, at et element i aftalen, som i sig selv må anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, ikke fortsat skal kvalificeres som en "til formål"-aftale. En sådan rimelighedsafvejning af andre lovlige/konkurrencefremmende formål med aftalen skal således efter Domstolens faste praksis foretages inden for rammerne af TEUF artikel 101, stk. 3.

Budapest Bank- og Generics-dommene understreger imidlertid, at en aftale ikke kan kvalificeres som en "til formål"-aftale uden den krævede analyse af, om aftalens indhold, formål og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, viser, at aftalen kan henføres til den gruppe af aftaler/aftalevilkår, som efter deres art erfaringsmæssigt anses for konkurrenceskadelige. Budapest Bank-dommen viser tillige, at kvalificeringen af en aftale som tilhørende den gruppe af aftaler, der erfaringsmæssigt er så konkurrenceskadelige, at aftalen uden nærmere undersøgelse af virkningen kan anses for ulovlig, skal foretages med forsigtighed, og at begrebet "konkurrencebegrænsende formål" – som også anført i tidligere domme – skal fortolkes restriktivt. Navnlig Budapest Bank-dommen gør det endvidere klart, at hvis den undersøgte aftale ikke åbenbart falder inden for gruppen af erfaringsmæssigt konkurrenceskadelige aftaler, kræves der en mere indgående analyse af den pågældende aftale og den sammenhæng, hvori den indgår, samt dens umiddelbare virkninger, for at fastslå om den – trods indikationer på det modsatte – kan kvalificeres som en "til formål"-aftale.

Landsrettens vurdering

Efter den forudgående korrespondance om forhandlingerne mellem parterne og Søren Hyllebergs forklaring for Sør- og Handelsretten lægger landsretten til grund, at både servicepartnerne og HMN var yderst opmærksomme på, at HMN's ønske om at opnå en avancenedsættelse på reservedele hos servicepartnerne, som skulle slå igennem på HMN's slutbrugerpriser, ville lægge et kon-

kurrencemæssigt pres på servicepartnernes reservedelspriser også i forhold til egne kunder, og at prisnedsættelsen dermed i tillæg til den mistede indtjening i aftaleforholdet med HMN med stor sandsynlighed ville indebære, at servicepartnerne led yderligere indtægtstab.

Principaftalen må på den baggrund og efter oplysningerne i øvrigt ses som resultatet af en forhandling, hvorunder servicepartnerne og HMN ikke blot, jf. principaftalens pkt. 1, opnåede enighed om en løsning, hvor den indtjening, servicepartnerne ville miste på reservedele, skulle kompenseres ved en forøget indtjening på hovedeftersynstillægget og den årlige betaling for udkald, men også om, at HMN, jf. principaftalens pkt. 6, skulle videreføre den forhøjede betaling for hovedeftersyn og udkald til sine kunder ved en forhøjelse af prisen på serviceabonnementer – og dermed give servicepartnerne mulighed for at foretage en tilsvarende prisforhøjelse i forhold til deres kunder.

Efter ordlyden af principaftalens pkt. 6, den forudgående korrespondance mellem HMN, DEBRA, Gastech og Kiertner og de ovenfor nævnte dokumenter om gennemførelsen af aftalen, er der ikke grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets vurdering i rådsafgørelsens pkt. 460 om, at HMN og de øvrige aftaleparter ikke tillige koordinerede slutbrugerpriser på reservedele.

Der er herefter og efter det, som i øvrigt er oplyst for landsretten, ikke påvist fejl i det faktuelle grundlag for Konkurrencerådets afgørelse.

Vurderingen i rådsafgørelsens afsnit 4.3.3, hvorefter pkt. 6 i principaftalen efter sit indhold, formål og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, må antages at have et konkurrencebegrænsende formål, er foretaget i overensstemmelse med de kriterier, der er fastlagt i EU-Domstolens praksis, og Konkurrencerådet har som led heri nøje forholdt sig til de argumenter, HMN og de øvrige parter havde anført om principaftalens gavnlige virkninger.

Landsretten finder Konkurrencerådets vurderinger velunderbyggede og kan i det hele tiltræde disse.

Landsretten finder herved, at principaftalens pkt. 6 efter sit indhold, formål og den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgik, som antaget af Konkurrencerådet, må anses for en horisontal aftale om koordinering af slutbrugerpriser af en art, som efter erfaringen og fast konkurrenceretlig praksis som klart udgangspunkt må anses for konkurrencebegrænsende.

Af de grunde, som Konkurrencerådet har anført i afgørelsen, medfører den omstændighed, at principaftalen – i hvert fald for HMN's vedkommende – også blev indgået med det formål at nedbringe slutbrugerpriserne på reservedele og

herunder bringe et kunstigt højt forbrug af reservedele i Østdanmark til ophør, ikke, at den horisontale pris aftale i pkt. 6 ikke kan kvalificeres som en "til formål"-aftale. Det samme gælder den omstændighed, at HMN's kunder – som følge af den prisnedsættelse på reservedele, der følger af principaftalens pkt. 1 – opnåede en samlet besparelse på ca. 9 mio. kr.

Der er endvidere ikke grundlag for at antage, at der var en sådan nødvendig indbyrdes sammenhæng mellem den besparelse, HMN's kunder opnåede i kraft af den vertikale aftale i principaftalens pkt. 1 (samt den afledte besparelse servicepartnernes kunder muligt har opnået), og den horisontale pris aftale i pkt. 6, at den horisontale aftale ikke kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. At der i tillæg til den vertikale aftale om avancenedsættelse samtidig blev indgået en horisontal aftale med et konkurrencebegrænsende formål skyldtes således alene, at parterne besluttede at afbøde de virkninger, avancenedsættelsen ville have for servicepartnernes kundeforhold.

Der er herefter, og efter det som i øvrigt fremgår i sagen, ikke omstændigheder ved den horisontale pris aftale, der efter den seneste praksis i Budapest Bank- og Generics-dommene tilsiger, at der skulle have været foretaget undersøgelser, som ligger ud over den nøje vurdering, Konkurrencerådet har foretaget i afgørelsens afsnit 4.3.3.

Det vilkår i DONG's aftaler om gasfyrsservice om deling af nye kunder, som Konkurrencestyrelsen ved afgørelse af 27. august 2003 godkendte som en efter styrelsens vurdering øjensynlig nødvendig del af den samlede vertikale regulering af forholdet mellem DONG og underleverandørerne, er ikke sammenligneligt med den her foreliggende aftale om HMN's slutbrugerpriser. Allerede derfor har afgørelsen ikke betydning ved vurderingen af denne sag.

Der er dermed ikke grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets vurdering om, at pkt. 6 i principaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, og at HMN har overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3, ved at indgå aftalen.

Landsretten finder endvidere, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets skønsmæssige afgørelse om ikke at meddele HMN individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1. Landsretten kan herved i det hele tiltræde Konkurrencerådets begrundelse i afgørelsens pkt. 4.4.

Landsretten stadfæster herefter Sø- og Handelsrettens dom og frifinder som følge heraf Konkurrencerådet for HMN's påstand om tilbagebetaling af sagsomkostninger.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald skal HMN i sagsomkostninger for landsretten betale 100.000 kr. til Konkurrencerådet til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til sagens karakter, omfang og forløb samt hovedforhandlingens varighed på to dage.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

Konkurrencerådet frifindes for Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S' betalingspåstand.

I sagsomkostninger for landsretten skal Hovedstadsregionens og Midt-Nords Naturgasselskab I/S inden 14 dage betale 100.000 kr. til Konkurrencerådet. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.