

1999-08-03: NES A/S ctr. Konkurrencerådet

»År 1999, den 3. august afsagde Konkurrenceankenævnet i sagen j.nr.98-195.223, NES A/S ctr. Konkurrencerådet, sålydende:

K E N D E L S E

1.

Ved skrivelser af 22. og 28. december 1998 har advokat Claus Høeg Madsen på vegne NES A/S klaget over Konkurrencerådets afgørelse af 25. november 1998, hvorved Konkurrencerådet vedtog at meddele NES A/S, at Konkurrencerådet ikke fandt grundlag for at afgive en erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 9 eller § 11, stk. 4, og heller ikke grundlag for meddelelse af fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1, for så vidt angår NES A/S "Almindelige betingelser for ellevering gældende fra den 1. januar 1991", § 5.3.3, som derfor falder ind under forbudet i lovens § 6, stk. 1.

Rådet har ved skrivelse af 22. december 1998 meddelt, at "der skal således ske en fuldstændig ophævelse af bestemmelsen". Klagers advokat har ved skrivelse af 28. december 1998 anmodet om, at klagen anses for også at omfatte denne efterfølgende præcisering.

Klager har principalt nedlagt påstand om, at bestemmelsen i § 5.3.3. i NES A/S "Almindelige betingelser for ellevering gældende fra den 1. januar 1991" ikke er omfattet af forbuddene i konkurrencelovens § 6, stk. 1 og § 11, stk. 1. Klager har desuden nedlagt nogle subsidiære påstande.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Ankenævnet har ved afgørelse af 1. februar 1999 tillagt klagen opsættende virkning.

2.

Konkurrencerådets afgørelse af 25. november 1998 er sålydende:

"Konkurrencerådet har på sit møde behandlet spørgsmålet om videresalgsforbud i NES A/S leveringsbestemmelser.

...

Sagsfremstilling

...

I "Almindelige betingelser for ellevering" fastsættes i pkt. 5.3.3. "Kunden må ikke videresælge elektriciteten, med mindre NES A/S har givet tilladelse hertil"

...

Begrundelse

...

Elsektoren er i dag reguleret gennem en omfattende sektorlovgivning, først og fremmest elforsyningsloven. Konkurrencelovens § 2, stk. 2 bestemmer, at reglerne i lovens kapitel 2 og 3 ikke gælder, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.

Der er imidlertid ikke i sektorlovgivningen bestemmelser, der giver hjemmel til indførelse af en forbudsbestemmelse som den omhandlede. I henhold til § 10, stk. 4 i elforsyningsloven kan Elprisudvalget alene behandle spørgsmålet om hvorvidt en bestemmelse opfylder rimelighedskriteriet i elforsyningsloven i konkrete sager om leveringsforholdet mellem elselskabet og den enkelte forbruger. Udvalget kan således ikke tage stilling til generelle aftaler, men alene til om de konkrete virkninger af aftalen kan betragtes som urimelige overfor enkeltkunder i henhold til elforsyningsloven.

Konkurrencelovens § 2, stk. 2 kan således ikke bringes i anvendelse her.

Der er tale om en konkurrencebegrænsning omhandlet af lovens § 6.

NESA udnytter bestemmelsen til at sikre, at der ikke sker videresalg af elektricitet, og NESA forhindrer derved købere af elektriciteten, f.eks. større boligselskaber og industriområder, i erhvervsudøvelse ved selv at operere som distributør af elektricitet, endda eventuelt af en sådan størrelse, at man når over elforsyningslovens krav om at være fri kunde ved køb af mere end 100 GwH pr. år, og derved vil kunne løsrive sig fra køb fra NESA.

En erklæring om ikke-indgreb efter lovens § 9 kan alene meddeles, når der ikke er tale om en konkurrencebegrænsning. Som allerede påvist ovenfor er der her tale om en konkurrencebegrænsning omfattet af lovens § 6. Der kan således ikke udstedes erklæring om ikke-indgreb efter lovens § 9.

NESA har yderligere anmodet om erklæring om ikke-indgreb i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4.

NESA har en monopolstilling på markedet for elforsyning til forbrugere med et forbrug på mindre end 100 GwH i et afgrænset geografisk område.

NESA udnytter således sin monopolstilling i strid med lovens § 11.

Der er fra NESA's side tale om ensidigt fastsatte forretningsvilkår, som meddeles forbrugerne ved starten af leveringsforholdet. Forbrugerne har, hvis de ønsker levering af elektricitet, ikke mulighed for at nægte at indgå på NESA's leveringsbetingelser.

Til det af NESA fremførte i den anledning om, at der i bestemmelsen om forbud imod videresalg skulle ligge en beskyttelse af forbrugerne, såsom tekniske sikkerhedsbestemmelser, generelle regler om forbrugerbeskyttelse med videre kan anføres, at såfremt forbudet imod videresalg ophæves og køberne selv vælger at forestå den videre distribution af elektricitet bliver køberen omfattet af elforsyningslovens regler som distributionsselskab. Herved får man nøjagtig samme forpligtelser efter elforsyningsloven, som NESA har i dag.

Spørgsmålet om hvorvidt, der her kan ske en godkendelse af distributionsselskabet bestemmes af Energistyrelsen, og skal ikke afgøres af NESAs.

Dette hensyn vil derfor ikke kunne begrunde en erklæring om ikke-indgreb efter eller § 11, stk. 4, eller en meddelelse om fritagelse.

Endelig har NESAs anmodet om en fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1.

En sådan fritagelse kan gives af Konkurrencerådet såfremt

1. Konkurrencerådet skønner at aftalen bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser m.v. 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 og tjenesteydelser m.v.

Alle disse fire betingelser skal være opfyldt for, at Konkurrencerådet kan meddele en fritagelse.

Ad 1) Ifølge lovbemærkningerne skal der ikke blot tages hensyn til den driftsøkonomiske, men også til den samfundsøkonomiske effektivitet.

NESA fremfører at forbuddet mod videresalg fører til et højere serviceniveau for kunderne i form af korrekt dimensionering af nettet, forsyningssikkerhed mv. Dette må afvises. De af NESAs kunder, der måtte videresælge, bliver ved en ophævelse af forbuddet som nævnt et nyt distributionsselskab, der får samme forpligtelser som NESAs i henseende til dimensionering, forsyningssikkerhed mv.

Ad 2) Der er i elforsyningsloven § 9, stk. 1, fastsat regler for hvilke omkostninger, der kan indregnes i priserne. Det fremgår heraf at alene nødvendige omkostninger kan indregnes, og begrebet nødvendige omkostninger baserer sig på en effektivitetstankegang.

Elforsyningsvirksomhederne er således gennem reglerne i elforsyningsloven tilskyndet til at søge en effektivisering af driften.

Det kan ikke antages, at en bestemmelse om forbud imod videresalg yderligere vil fremme effektiviseringen til gavn for forbrugerne. En sådan effektivisering vil snarere fremmes gennem en ophævelse af bestemmelsen og den deraf følgende mulighed for øget konkurrence.

Ad 3) Som ovenfor anført ses aftalen om forbud imod videresalg ikke at være nødvendig for at opnå beskyttelse af forbrugerne, idet købere, der kommer til at optræde som distributører, vil være underkastet ganske samme regler om sikkerhed mv. som NESAs.

Ad 4) Den omhandlede aftale medfører, at der overhovedet ikke kan opstå nogen konkurrence på området, hvorfor betingelsen ikke er opfyldt.

Betingelserne for fritagelse efter konkurrencelovens § 8 er derfor heller ikke opfyldt.

Samlet set kan der således ikke udstedes erklæring om ikke-indgreb efter lovens § 9 eller § 11, stk. 4 og heller gives fritagelse efter lovens § 8. Da der er tale om en bestemmelse omfattet af lovens § 6, stk. 1, må lovens § 6, stk. 4, derfor bringes i anvendelse ved udstedelse af påbud om ophævelse af leveringsbestemmelsens § 5.3.3.

...

3. Sagens baggrund

I NESAs anmeldelse af leveringsbetingelser er bl.a. anført:

"Betingelserne indeholder i pkt. 5.3.3 en potentiel begrænsning i muligheden for videresalg . . .

Adgangen til markedet er begrænset af lov om elforsyning som begrænser konkurrencen således, at kun distributionselskaber og forbrugere med et årsforbrug over 100 GWh har adgang til et frit leverandørvalg . . .

Bestemmelsen har til formål . . . at bevare den lovpligtige kontakt til forbrugerne og yde denne beskyttelse i form af bl.a. forsyningssikkerhed, godkendte tariffer m.v.

...

Bestemmelsen . . . medfører bl.a. at NESAs ansvar for distributionsnettet, elkvaliteten m.v. jf. lov om elforsyning bliver inddraget, hvis en kunde ønsker at videresælge den af NESAs købte elektricitet. Dette medfører, at NESAs kan sikre, at dimensionering af nettet, aftaler med elleverandører m.v. tilpasses til det forventede forbrug på et forbrugssted. En tilsvarende vurdering af dimensionering m.v. sker ved tilslutning af nye kunder. Forkert dimensionering af net og forsyning vil ikke kun påvirke en enkelt kunde, men vil kunne påvirke en større gruppe kunder og i værste fald have indvirken på hele det sjællandske og sydsvenske elforsyningssystem.

Opmærksomheden henledes i denne forbindelse på, at elektricitet til elforsyningsbrug ikke kan oplagres. Der er tale om 100% supply-on-demand. Produktion og distributionskanaler skal derfor kunne klare den til enhver tid tilstedeværende efterspørgsel under overholdelse af kravene til kvaliteten. Dette fordrer en nøje planlægning.

...

De . . . nævnte fordele kommer til fulde forbrugeren til gode, da bestemmelsen muliggør dimensionering af net og leverancer så forsyningskvaliteten kan opretholdes. Eventuelle økonomiske fordele, f.eks. som følge af bedre net- og forsyningsplanlægning tilfalder kunderne direkte som følge af hvile-i-sig-selv princippet.

...

For at undgå og forebygge eventuelle forsyningsmæssige problemer . . . er det nødvendigt, at NESAs inddrages.

...

NESA er underlagt bestemmelserne i love om elforsyning – herunder bestemmelserne om netadgang. Iagttagelse af disse bestemmelser medfører som udgangspunkt en lige og reguleret adgang til distributionsnettet for tredjemand.

Bestemmelsen i leveringsbestemmelserne medfører principielt, at NESAs kan undlade at give tilladelse til videresalg af den elektricitet, som en kunde køber af NESAs. I praksis sker dette dog ikke, hvor videresalget ikke medfører, at NESAs ikke kan overholde de forpligtelser selskabet er pålagt jf. lov om elforsyning."

I skrivelse af 19. november 1998 fra NESAs til Konkurrencestyrelsen er det bl.a. anført:

"Vi kan se, at der i indstillingen argumenteres for at bestemmelsen medfører et potentielt misbrug af en dominerende stilling. Argumentationen for dette er i vid udstrækning baseret på det forhold, at en videresælger af elektricitet vil være et distributionsselskab i henhold til lov om elforsyning.

Dette er vi ikke helt enige i. F.eks. har en campingpladsejer, der videresælger elektricitet til campister på pladsen, efter vores opfattelse ikke status af distributionsselskab med hvad deraf følger af forpligtelser (forsynings sikkerhed, afgiftsadministration, DSM m.v.) og offentlig kontrol. Vi har dog ikke haft indvendinger mod sådant videresalg blandt vore kunder."

I skrivelse af 24. november 1998 fra NESAs til Konkurrencestyrelsen hedder det bl.a.:

"Det anføres i indstillingen i sagen, at den der videresælger "automatisk" bliver et distributionsselskab med de forpligtelser der følger heraf. Vi skal supplere . . . med, at der efter vores opfattelse ikke findes en entydig definition af hvad et distributionsselskab er, men at lov om elforsyning fastlægger en række forpligtelser for disse selskaber. Dette understøtter efter vores opfattelse betragtningen om, at man ikke "bare" bliver et distributionsselskab ved at videresælge elektricitet.

Efter konkurrencelovens § 2, stk. 2, gælder bl.a. § 6 ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Efter vor opfattelse kan den omstridte bestemmelse (§5.5.3) i vore leveringsbetingelser ses som en følge af elforsyningslovens § 9d. Denne foreskriver, at distributionsselskaber eller kunder, der afsætter/forbruger mere end 100 GwH, frit kan indgå aftale om levering med elproduktionsvirksomheder med en årlig produktion på mere end 100 GwH. Dette medfører, at distributionsselskaber og forbrugere med en afsætning/forbrug, der er mindre end 100 GwH, kun kan købe hos det lokale distributionsselskab. Hvis f.eks. en andelsboligforening med et forbrug der er langt mindre end 100 GwH kunne købe el hos NESAs med henblik på videresalg til sine andelshavere, ville hver af disse andelshavere blive i stand til at købe el hos andre end sit lokale distributionsselskab, hvilket ville være i strid med elforsyningslovens § 9d.

...

Vi skal endvidere pege på, at videresalg kun vil kunne ske via egne distributionsnet. Det betyder, at den der ønsker at distribuere skal investere i egne net, som eventuelt etableres til erstatning for NESAs net. Herefter vil NESAs øvrige net-kunder skulle afholde afskrivninger m.v. på de net der eventuelt lægges "døde".

I en pressemeddelelse fra Konkurrencestyrelsen vedrørende Konkurrencerådets møde den 25. november 1998 hedder det bl.a.:

"En speciel følge af konkurrencebegrænsningen er, at den forhindrer større boligforeninger og industriområder i selv at distribuere deres elektricitet og dermed konkurrere med

distributionsselskaberne. Bestemmelsen hindrer også, at kunderne kan opnå et samlet køb på mere end 100 GwH årligt og dermed opnå ret til at indkøbe el, hvor de vil."

NESA har oplyst, at NESA har accepteret at sælge el til campingpladser og feriecentre, som videresælger til en stadig skriftende kreds af besøgende, idet NESA opfatter ejeren af vedkommende plads eller center som slutbruger – ikke som et distributionsselskab – hvilket betyder, at NESA forestår de opgaver, som påhviler et distributionsselskab. Anmodninger fra ejerforeninger, nyudstyknings og lignende om aftag af el på 0,4 kV-siden af transformere i NESA's distributionsnet med henblik på videresalg til de enkelte slutbrugere i ejerforeninger m.v. er af NESA besvaret med, at ejerforeningen m.v. af NESA vil blive betragtet som et distributionsselskab, og da ingen ejerforening i praksis har ønsket at påtage sig de hermed forbundne byrder, har de pågældende afstået fra at købe el til videresalg.

4. Supplerende oplysninger

I skrivelse af 7. april 1999 anmodede Ankenævnet Konkurrencerådet om en udtalelse på følgende punkter:

"1. Det er i afgørelsesskrivelsen af 25. november 1998 anført – som en del af baggrunden for, at konkurrencelovens § 2, stk. 2, ikke kan finde anvendelse i sagen – at Elprisudvalget ikke kan tage stilling til NESA's generelle leveringsbetingelser, men alene til, om de konkrete virkninger i sager vedrørende leveringsforholdet over for den enkelte forbruger kan betragtes som urimelige. Det ønskes nærmere belyst, om Elprisudvalget under visse betingelser generelt ville kunne give pålæg om ophævelse af pkt. 5.3.3 i NESA's leveringsbetingelser, og om dette i givet fald er af betydning for, om konkurrencelovens § 2, stk. 2, skal finde anvendelse.

2. Det er i afgørelsesskrivelsen anført, at såfremt videresalgsforbudet ophæves, og en køber vælger at forestå den videre distribution, bliver køberen omfattet af elforsyningslovens regler som distributionsselskab, og at spørgsmålet om, hvorvidt der kan ske godkendelse af dette distributionsselskab, henhører under Energistyrelsen og ikke skal afgøres af NESA. Det ønskes nærmere belyst - gennem henvisning til de relevante bestemmelser i elforsyningsloven med tilhørende bekendtgørelser – hvad dette udsagn støttes på, og hvad det indebærer af rettigheder og pligter for køberen, herunder med hensyn til, hvilke net videresalg kan ske gennem.

3. Det er i afgørelsesskrivelsen anført, at der er tale om en konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrencelovens § 6, og at NESA udnytter sin monopolstilling i strid med lovens § 11. Det ønskes præciseret, i hvilket omfang den påklagede afgørelse som retsgrundlag bygger på konkurrencelovens § 6 og/eller § 11.

4. Det er i Konkurrencerådets indlæg af 10. marts 1999 til Nævnet anført, at vilkåret afskærer f.eks. bolig- eller industriområder med et samlet aftag over 100 GwH fra selv at blive distributører og dermed konkurrenter til NESA. Det ønskes nærmere belyst, hvorvidt etablering af en sådan konkurrenceposition er lovlig efter elforsyningsloven.

5. Det ønskes oplyst, om et vilkår om forbud mod videresalg er almindeligt i elsektoren, og om Elprisudvalget har truffet afgørelser om sådanne vilkår og om prisreglernes anvendelse på videresalg."

Det hedder i svar af 5. maj 1999 bl.a.:

"Ad spørgsmål 1

...

I to sager [afgjort henholdsvis de 23. oktober 1995 og 25.marts 1996] vedrørende tilladelse til opsætning af bimålere [til intern fordeling af elregning i forbindelse med udlejning] havde Østkraft som begrundelse for at nægte at give tilladelse til opsætningen henvist til § 5.3.3 i "Almindelige betingelser for ellevering" i henhold til hvilken bestemmelse det ikke er tilladt at videresælge el uden særlig tilladelse.

I begge sager fandt udvalget, at nægtelsen af tilladelse til opsætning af bimålere konkret måtte anses for urimelig. . . . Udvalget foretog alene en konkret bedømmelse af virkningerne af bestemmelsen . .

..

På sit møde den 21. april 1997 afgav udvalget på opfordring af DEF en udtalelse om § 7.5 i de vejledende leveringsbestemmelser som DEF havde udsendt i maj 1989

§ 7.5 havde følgende ordlyd:

"Forbrugeren er ikke berettiget til at videresælge elektriciteten, medmindre elleverandøren giver tilladelse hertil".

Udvalget vedtog, at meddele DEF, at den pågældende bestemmelse i den nuværende udformning fandtes urimelig i elforsyningslovens forstand.

Udvalget lagde vægt på, at elforsyningsloven - uden for bevillingssystemet - ikke nærmere fastlagde, hvem der kunne distribuere elektricitet. Elleverandøren fik betaling for den leverede elektricitet hos den, der var registreret som kunde, og som hæftede for den leverede elektricitet, uanset om kunden videredistribuerede.

Det kunne således ikke være op til elleverandøren at vurdere det rimelige i eventuelt videresalg.

I konsekvens af udvalgets udtalelse er bestemmelsen om forbud imod videresalg ikke medtaget i DEFs seneste udgave af vejledende leveringsbestemmelser.

...

Udvalget har således ikke hidtil foretaget en generel bedømmelse af en bestemmelse om forbud imod videresalg i en elforsyningsvirksomheds leveringsbestemmelser men alene foretaget en konkret bedømmelse af bestemmelsens virkning i konkrete tilfælde. Herudover har udvalget, som anført, afgivet en generel udtalelse til DEF om indholdet af foreningens vejledende leveringsbestemmelser.

Det bemærkes, at Elprisudvalget i sin konkrete bedømmelse ikke har fundet, at et forbud imod videresalg er en direkte eller nødvendig følge af reguleringen af elbranchen. Udvalget har tværtimod konkret fundet, at virkningerne af den pågældende bestemmelse var urimelige.

Som anført har elforsyningsloven bortset fra distributører af spændinger over 100 kV ikke fastsat særlige regler for distributører.

Vedtægtsbestemmelser om forbud imod videresalg af el er således af Elprisudvalget konkret bedømt som havende urimelige virkninger. Dette udelukker imidlertid ikke, at bestemmelsen generelt er i strid med bestemmelserne i konkurrenceloven.

ad spørgsmål 2

I henhold til § 9 d, stk. 1 i elforsyningsloven kan distributionsselskaber med en årlig afsætning på mindst 100 GWh. indgå aftaler om direkte køb fra distributører.

I henhold til elforsyningslovens § 3, stk. 1 må elforsyningsvirksomhed fra distributionsanlæg beregnet for spændinger over 100 kV alene ske efter bevilling fra Energistyrelsen. Energistyrelsen fastsætter vilkårene for denne bevilling. For distributører under denne spændingsgrænse er ikke fastsat særlige bestemmelser. Distributionsselskaber er undergivet reguleringerne i elforsyningsloven, herunder bestemmelserne i lovens §5a, §9, § 9e, § 9f, stk. 4, § 10, § 13a, stk.2 og 4, § 15a og § 16a.

ad spørgsmål 3

Konkurrencerådet fandt ved behandlingen af sagen, at der både forelå en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og § 11.

Overtrædelsen af § 6 stk. 2 bestod i at NESA gennem sit forbud imod videresalg udelukkede, at en køber kunne videresælge elektricitet. Dette er en konkurrencebegrænsende indskrænkning i køberens erhvervsfrihed.

Med hensyn til konkurrencelovens § 11 fandt Konkurrencerådet, at NESAs forbud imod videresalg af el på et tidspunkt, hvor elselskaber endnu har fuldstændigt monopol på levering af elektricitet til forbrugere med et årligt aftag på under 100 GWh, måtte anses for et misbrug af dominerende stilling, idet NESA herved forhindrer, at købere, der samlet har et aftag på over 100 GWh årligt, gennem fælles indkøb som distributionsselskab kan få adgang til frit at indkøbe elektricitet.

Konkurrencerådet fandt således, at NESAs leveringsbestemmelser både er i strid med konkurrencelovens § 6 og 11.

ad spørgsmål 4

I henhold til § 9d, stk. 1 og 2 i elforsyningsloven kan forbrugere med et årligt aftag på mindst 100 GWh indgå aftaler om direkte køb af el. I henhold til § 9d, stk 5 skal den systemansvarlige virksomhed sikre den fornødne eloverføringskapacitet. En større boligforening eller et industriområde vil ved at stå for ét leveringssted kunne entrene med andre elselskaber om køb af elektricitet, som herefter af boligselskabet/industriområdet videregives til de enkelte forbrugere inden for det sammenhængende net boligforeningen eller industriområdet har.

Hvorvidt der er tale om et distributionsselskab skal bedømmes ud fra elforsyningsloven af Energistyrelsen.

ad spørgsmål 5

Forholdet har tidligere været almindeligt i elsektoren, men i forbindelse med ændringen i den under pkt. 1 nævnte vejledning fra Danske Elværkers Forening har hovedparten af elselskaberne ophævet bestemmelsen. Elprisudvalget har som nævnt under pkt. 1 truffet konkrete afgørelser i sådanne sager. Der har ikke for udvalget været forelagt sager om prisen for sådanne videresalg."

4. Klagers argumentation:

Klager har anført, at afgørelsen – selv om det i dens begrundelse er anført, at videresalgsforbudet er en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk.1 – alene kan anses at vedrøre § 6. Må afgørelsen forstås som statuerende overtrædelse også af § 11, stk. 1, bør denne statuering ophæves.

Leveringsbestemmelsen i § 5.3.3. er ikke forbudt efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, selv om bestemmelser, som pålægger en køber ikke at videresælge et produkt, normalt ikke er tilladt. For eldistributionsvirksomheder gælder der nemlig helt særlige forhold, som gør en bestemmelse som § 5.3.3. hensigtsmæssig og rimelig. En ophævelse af § 5.3.3. vil kunne medføre, at NESA forpligtes til at sælge til for eksempel en handelsvirksomhed, der uden at være distributionsselskab, videresælger el til slutbrugerne. Det forekommer ikke forsvarligt at tillade videresalg til en sådan handelsvirksomhed, når der ikke er sikkerhed for, at denne kan opfylde de samme krav, som stilles til distributionsselskaberne i henseende til tilvejebringelse af valide og kvalitative måleværdier, administration af opkrævning af elafgift og indbetaling af samme til Told & Skat, overholdelse af hvile-i-sig-selv princippet i forhold til slutforbrugerne etc.

Sagen har ikke været tilstrækkeligt oplyst for Konkurrencerådet, idet der hverken efter konkurrencelovens §§ 6 eller 11 er hjemmel til at tilsidesætte NESA's leveringsbetingelse, da de nævnte lovbestemmelser efter konkurrencelovens § 2, stk. 2, ikke gælder "hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering". Efter NESA's opfattelse er leveringsbetingelsen i § 5.3.3 "en direkte eller nødvendig følge" af elforsyningslovens § 9d. Efter elforsyningslovens § 9d, stk. 1 og 2, kan eldistributions-virksomheder og forbrugere, der afsætter/forbruger mere end 100 GwH, indgå aftaler med elproduktionsvirksomheder med en årlig produktion på mindst 100 GwH. Heri ligger, at eldistributionsvirksomheder og forbrugere med en årlig afsætning/forbrug, der er mindre end 100 GwH, kun kan købe hos deres hidtidige distributionsselskab.

Hvis den indklagede afgørelse og dermed ophævelsen af leveringsbestemmelsen i § 5.3.3. står ved magt, betyder det, at eldistributionsvirksomheder og forbrugere med en årlig afsætning/forbrug, der er mindre end 100 GwH, kan købe deres el hos andre end deres distributionsselskab. Det vil være i strid med elforsyningslovens § 9d, hvorefter der netop ikke er en sådan ret til at købe el fra andre end distributionsselskaber. En ophævelse af § 5.3.3. vil eksempelvis gøre det muligt for andre at etablere et handelsselskab i NESA's område, købe el fra NESA og sælge el til NESA's kunder – alt selvom der ikke efter elforsyningslovens § 9d er ret for slutforbrugerne til at købe hos andre end deres hidtidige distributionsselskab.

Efter konkurrencelovens § 2, stk. 4, skal afgørelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af § 2, stk. 2, træffes af vedkommende minister, såfremt reguleringen er fastsat ved lov. Det må betyde, at miljø- og energiministeren skal afgøre, om han er enig med NESA i, at leveringsbestemmelsen i § 5.3.3. er en nødvendig følge af elforsyningslovens § 9d. På denne

baggrund opfordrer klager Konkurrencerådet til at indhente en udtalelse herom fra miljø- og energiministeren. På denne baggrund bør sagen efter klagers opfattelse hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Det er efter klagers opfattelse uhensigtsmæssigt, at § 5.3.3. ophæves uden at der er taget stilling til en række praktiske problemer omkring købers adgang til at videresælge el. Klager anfører bl.a. betalingsspørgsmål omkring anvendelse af NESAs målere, afskrivning på disse målere, NESAs forsyningspligt over for en evt. købers videresalgskunder, tekniske problemer, øget administrationsomkostninger som følge af flere systemansvarlige m.v.

5. Konkurrencerådets argumentation

Konkurrencerådets har henvist til, hvad der er anført i Rådets afgørelse af 25. november 1998, og har supplerende anført, at det ikke er NESAs opgave at sikre overholdelsen af reglerne i elforsyningsloven, skatte- og afgiftslove mv. Det er overladt til offentlige myndigheder, og administrationen af disse regler er NESAs uvekkommende.

6. Ankenævnets bemærkninger:

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

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

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

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

"Denne hjemmel er indsat for at skabe mulighed for at undtage helt specielle erhvervsområder fra lovforslagets anvendelsesområde. Under den gældende konkurrencelov har de særligt regulerede

energisektorer (el-, gas- og varmforsyning) være undtaget fra indgrebsbeføjelserne i konkurrenceloven.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 25. november 1998 ophæves, og sagen hjemvises.

Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Ole Jess Olsen Jens Fejø

Børge Dahl«