

KENDELSE

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 4/3 2016 i sag nr. KL-7-2015

BIOS Ambulance Services Danmark
A/S
(advokat Torkil Høg)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(specialkonsulent Katja Hjarsbæk Andersen)

1. Resume af afgørelsen

BIOS Ambulance Services Danmark A/S (herefter BIOS) har påklaget Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 22. september 2015, hvor styrelsen afslog at give BIOS aktindsigt i alt materiale i styrelsens verserende sag vedrørende BIOS' klage over Falck Danmark A/S (sag nr. 15/05570). Styrelsen havde fundet, at virksomheden ikke havde en sådan væsentlig individuel interesse i sagen og dens udfald, at virksomheden kunne anses for at være part i sagen, jf. forvaltningslovens § 9.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse.

2. Parternes påstande

BIOS Ambulance Services Danmark A/S har nedlagt påstand om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal fastslå, at BIOS er part i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sag nr. 15/05570, og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 22. september 2015 i sag nr. BET-15/08981-2 ophæves og hjemvises til fornyet behandling

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har nedlagt påstand om stadfæstelse.

3. Sagens omstændigheder

De seneste regionale udbud for ambulancekørsel blev gennemført i 2014. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har oplyst, at i alt fire aktører bød på ambulancekørsel i Region Syddanmark; BIOS, Falck, konsortiet ”Response og Life Care One A/S” og SOS Ambulance A/S, og at der i den øvrige del af landet i øvrigt blev afgivet bud af tre andre aktører (Roskilde Brandvæsen, Københavns Brandvæsen og Frederiksberg Brandvæsen). BIOS har anført, at der reelt alene var to aktører, der afgav bud på ambulancekørslen i Region Syddanmark.

Udbuddet i Region Syddanmark var opdelt i fire delområder, og den 25. august 2014 tildelte regionen kontrakterne i tre delområder til BIOS og i et delområde til Response for en periode på 10 år.

Den 8. april 2015 overtog Falck Response.

BIOS indgav den 27. maj 2015 klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over Falck med henvisning til, at Falck havde overtrådt konkurrencelovens § 11 om misbrug af dominerende stilling ved at forhindre BIOS i at varetage ambulancedriften med henblik på at ekskludere BIOS fra det danske marked. BIOS har i sin klage navnlig anført, at Falck har truet sine reddere med fyring, hvis de hjalp BIOS med at udarbejde vagtplaner, og at Falck har overført et stort antal reddere til andre regioner, hvilket har gjort det svært for BIOS at ansætte et tilstrækkeligt antal reddere. Endvidere er det anført i klagen, at Falck har afvist at samarbejde med BIOS omkring såkaldte baser og over for BIOS har oplyst, at Falck hellere vil have tomme bygninger end at udleje til BIOS, hvilket har vanskeliggjort etablering på markedet for BIOS. Endelig har BIOS klaget over, at Falck har betinget midlertidig levering af ekstra ambulancer i regionen af, at Falck enten kan overtage hele driften, eller at der alternativt gennemføres et nyt udbud.

Den 16. september 2015 har BIOS indgivet en klage over, at Falck offentligt og over for Region Syddanmark har meddelt, at Falck vil overtage driften til tabsgivende priser (”predatory pricing”).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har oplyst, at styrelsen er i gang med en indledende undersøgelse af begge forhold, og at styrelsen den 19. oktober 2015 har sendt en række spørgsmål til Falck, som Falck har besvaret den 13. november 2015. Der er endvidere afholdt møde med Falck. Konkurrencesagen er på et indledende stadie, og der er endnu ikke foretaget en foreløbig eller endelig markedsafgrænsning, ligesom der endnu ikke er truffet afgørelse om, hvorvidt der er grundlag for at forelægge sagen for Konkurrencerådet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen traf den 22. september 2015 afgørelse om BIOS' anmodning om aktindsigt i klagesagen. Af afgørelsen følger bl.a.:

”...

Den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1.

Part i en sag er en person, der har en direkte, væsentlig og individuel interesse i sagens udfald. I konkurrencesager fortolkes partsbegrebet snævert, og som udgangspunkt er det alene afgørelsens adressater, som anses for at være part.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at BIOS ikke er part i ovenstående sag. Styrelsen har i den forbindelse særligt lagt vægt på, at BIOS ikke har den tilstrækkeligt væsentlige *individuelle* interesse i sagens afgørelse. BIOS har derfor ikke ret til aktindsigt efter forvaltningsloven.

...”

Den 2. oktober 2015 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremsendt de dokumenter samt dele af dokumenter, som BIOS har ret til at blive bekendt med efter reglerne om egenaces.

4. Parternes argumentation

BIOS Ambulance Services Danmark A/S har navnlig anført, at BIOS har en sådan væsentlig og individuel interesse i sagen, at BIOS, selvom der på konkurrencelovens område er tale om et snævert partsbegreb, må anses for at være part i sagen, jf. forvaltningslovens § 9.

BIOS har en meget væsentlig interesse i sagen, idet BIOS som følge af Falcks adfærd risikerer at blive elimineret fra markedet, hvilket vil føre til store tab i selskabet i form af ekstra omkostninger og eventuelle betydelige erstatningskrav mod selskabet. Endvidere har BIOS en individuel interesse i sagens udfald.

Efter Konkurrenceankenævnets praksis lægges der ved vurderingen af partsstatus vægt på konkurrenceforholdene på det marked, som konkurrencesagen vedrører, og karakteren af den mulige konkurrencelovsovertrædelse. I sager, hvor flere virksomheder end klageren har været berørt af den mulige konkurrencelovsovertrædelse, eller hvor overtrædelsen har været af generel karakter, er klageren ikke blevet tillagt partsstatus, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 15. august 2007 i sagen Forbruger-Kontakt Distribution A/S mod Konkurrencestyrelsen, kendelse af 16. august 2007 i sagen Citymail Danmark A/S mod Konkurrencestyrelsen, kendelse af 13. september 2007 i sagen Copenhagen Malmö Port AB mod Konkurrencestyrelsen og kendelse af 22. november 2011 i sagen TDC A/S mod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. I tilfælde, hvor kun klageren har været berørt af den mulige konkurrencelovsovertrædelse, og hvor den mulige overtrædelse har været rettet specifikt mod klageren, har nævnet derimod fundet, at klageren havde partsstatus, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. august 2004 i sagen Forbruger-Kontakt Distribution A/S mod Konkurrencerådet.

I den foreliggende sag er der tale om et marked, der har en oligopolistisk eller endda duopolistisk karakter. Udover Falck er BIOS i dag den eneste private aktør i Danmark, ligesom der tidligere kun i meget begrænset omfang har været andre potentielle private aktører på markedet. Selvom markedsbilledet måtte være som beskrevet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ville det ikke ændre på, at BIOS skulle tillægges partsstatus, idet markedet også efter denne beskrivelse i hvert fald er oligopolistisk. Det er efter praksis endvidere ikke et krav, at der er foretaget en endelig markedsafgrænsning, før der træffes afgørelse om partsstatus. Det afgørende kriterium er markedsforholdene, og disse må anses for tilstrækkeligt beskrevet. Der er tale om et særligt konkurrenceforhold mellem BIOS og Falck, idet der reelt ikke var andre aktører, der afgav tilbud på opgaven i Region Syddanmark, ligesom Falck har tilkendegivet, at man ønsker at overtage ambulancetjenesten i regionen og de facto eliminere BIOS fra markedet.

Endelig er Falcks adfærd specifikt rettet mod BIOS, herunder ved at opstille barrierer for at BIOS kan indtræde på markedet og ved tilkendegivelsen om den selektivt lave pris til BIOS' eneste kunde. Der er tale om en aktiv adfærd, og det er alene BIOS, der risikerer at skulle forlade markedet som følge af adfærden.

Såfremt BIOS ikke tillægges partsstatus i den foreliggende sag, vil det være ensbetydende med, at klagere i strid med forarbejderne til konkurrenceloven ikke længere vil kunne tilkendes partsstatus i en konkurrencelovssag.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har navnlig anført, at BIOS ikke har den fornødne væsentlige individuelle interesse i konkurrencesagen og dens udfald, og at BIOS derfor ikke har krav på partsstatus i klagesagen.

Der er på konkurrencelovens område tale om et snævert partsbegreb, og det er som udgangspunkt alene afgørelsens adressat, der kan anses som part i en sag. Baggrunden herfor er bl.a., at konkurrencemyndighedernes opgaver ofte vedrører fortrolige forhold, herunder forretningsforhold. Der er derfor et særligt hensyn til, at konkurrencemyndighederne ikke skal medvirke til at udveksle sådanne følsomme oplysninger. Virksomheder skal kunne have tillid til, at de kan fremsende selv meget fortrolige dokumenter til konkurrencemyndighederne, uden at oplysningerne videregives.

Partsstatus kan undtagelsesvis tillægges andre end den umiddelbare adressat, hvis vedkommende har en væsentlig individuel interesse i sagens afgørelse.

Konkurrencesagen er på et så indledende stadie, at der ikke er grundlag for at fastslå, om der foreligger sådanne omstændigheder, der kan begrunde partsstatus og dermed fravigelse af udgangspunktet om, at partsstatus alene tilkommer afgørelsens adressat. Styrelsen er fortsat ved at oplyse Konkurrencesagen, og der er endnu ikke truffet beslutning om, hvorvidt der er grundlag for at indlede en sag, som i sidste ende kan forelægges for Konkurrencerådet.

Der er endnu ikke foretaget en foreløbig eller endelig markedsafgrænsning, og det er styrelsens opfattelse, at markedsafgrænsningen ikke som anført af BIOS er evident. Der var i alt fire aktører, der bød på udbuddet i Region Syddanmark, ligesom der – i hvert fald på daværende tidspunkt – var flere aktører på det danske marked. Styrelsen har endnu ikke afgrænset tidspunktet for en eventuel misbrugsadfærd, og det kan derfor ikke afvises, at Falcks adfærd er sket på et tidspunkt med flere aktuelle og potentielle aktører på markedet. I Konkurrence-nævnets kendelse af 12. august 2004 i sagen Forbruger-Kontakt Distribution A/S mod Kon-

kurrencerådet og i kendelse af 13. september 2007 i sagen Copenhagen Malmö AB mod Konkurrencestyrelsen var der foretaget i hvert fald en indledende markedsbeskrivelse, hvorfor den foreliggende sag adskiller sig fra begge disse sager.

Derudover har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen endnu ikke foretaget en afgrænsning af de eventuelle typer af misbrug, som en videre undersøgelse af konkurrencesagen skulle dreje sig om. Det er på nuværende tidspunkt alene BIOS, der har defineret de typer af misbrug, som BIOS mener, konkurrencesagen drejer sig om.

5. Resultat og begrundelse

Efter forvaltningslovens § 9, stk. 1, tilkommer adgangen til aktindsigt sagens parter. Der er ifølge forarbejderne til konkurrencelovens § 15 a (FT 2004-2005, 1. samling, tillæg A, side 1650) og ifølge fast praksis i sager efter konkurrenceloven tale om et snævert partsbegreb, der som udgangspunkt alene omfatter afgørelsens adressat. Partsstatus kan undtagelsesvis tillægges andre end den umiddelbare adressat for afgørelsen, hvis vedkommende har en væsentlig individuel interesse knyttet til sagen og dens udfald.

Baggrunden for, at partsbegrebet fortolkes snævert, er bl.a., at konkurrencemyndighedernes opgaver ofte vedrører fortrolige forhold, forretningsforhold og lign., og at virksomheder skal kunne fremsende fortrolige dokumenter, uden at disse spredes i markedet eller i offentligheden.

Ved afgørelsen af, om andre end afgørelsens adressat undtagelsesvis kan tillægges partsstatus, lægges bl.a. vægt på markedets sammensætning, og om den beskrevne misbrugsadfærd er generel eller retter sig imod enkelte aktører. Konkurrenceankenævnets praksis er restriktiv, og en klage fra en konkurrent i et marked med meget få aktører giver ikke i sig selv klageren partsstatus.

Efter de foreliggende oplysninger finder Konkurrenceankenævnet, at der på klagesagens nuværende stadie består en sådan usikkerhed omkring markedsforholdene og den påklagede adfærd, at der ikke for nærværende er det fornødne grundlag for at fastslå, om BIOS har en

sådan væsentlig individuel interesse knyttet til sagen eller dens udfald, at BIOS skal tillægges partsstatus i klagesagen.

Med disse bemærkninger stadfæster Konkurrenceankenævnet i det hele Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 22. september 2015.

Herefter bestemmes

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 22. september 2015 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

John Christensen

Claus Berg

Birgitte Sloth

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Konkurrenceankenævnet, d. 4. marts 2016.

Sign. af Erhvervsstyrelsen

Tina Delvig
fuldmægtig