



ES-Kjeden SA
Sjøskogenveien 26

1407 VINTERBRO

Deres ref.:

Vår ref.: 2011/0202-47

Saksbehandler: Torje Hougsrud Andreassen
Saksansvarlig: Magnus Gabrielsen

Dato: 12.03.2015

Vedtak V2015-25 - ES-kjeden SA - konkurranseloven § 29, jf. § 10 - vedtak om overtredelsesgebyr

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om pålegg om opphør og illeggelse av overtredelsesgebyr av 3. februar 2014, ES-kjeden SA¹ (heretter "ESK"), ESKs merknader til varselet av 6. juni 2014, samt øvrig korrespondanse og kontakt i saken.
- (2) Konkurransetilsynet har funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at ESK har publisert og distribuert anbefalinger til sine medlemmer angående priser på reparasjonstjenester som utføres for hvitevareleverandører. Videre at ESK i forbindelse med de årlige forhandlingene mellom medlemsverksteder og hvitevareleverandører har publisert og distribuert anonymiserte pristilbud som leverandører har gitt i pågående forhandlinger. Anbefalingene og informasjonen om pristilbud var basert på prisinformasjon innrapportert til ESK av medlemmene. Videre gav ESK anbefalinger til medlemmene om hvilke priser som burde aksepteres for den enkelte leverandør. Den beskrevne atferden har funnet sted i årene 2006 – 2011.
- (3) Anbefalingene og informasjonen som ble gitt medlemmene i ESK er å anse som konkurransebegrensende beslutninger truffet av en sammenslutning av foretak som har til formål å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, i strid med konkurranseloven § 10. Overtredelsen varte fra 8. desember 2006 til 8. mars 2011. De subjektive og objektive vilkårene for å konstatere overtredelse av konkurranseloven § 10 er således tilstede.
- (4) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. §10, besluttet å ilegge ESK et overtredelsesgebyr på kroner 11 700 000.
- (5) Grunnet ESKs manglende betalingsevne, jf. forskrift om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr § 3 siste ledd, reduseres overtredelsesgebyret til kr 250 000.

¹ Organisasjonsnummer 990 144 826.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om ES-Kjeden SA

- (6) ESK er et samvirkeforetak (SA)² for verksteder som utfører reparasjons- og servicetjenester på elektriske produkter. En rekke hvitevareverksteder i Norge er medlemmer og deleiere i ESK.

- (7) ESKs formål fremgår av selskapets vedtekter § 3 hvor det heter at:

"ESK formål er å ivareta interessen til bedrifter som utfører service på elektriske produkter. ESK skal være en servicekjede innenfor rådgivning ved varekjøp, handel, serviceavtaler, generell verksteddrift, samt tilby konsulenttjenester i den sammenheng."

Vedlegg 1 ESKs vedtekter datert 8. mars 2008

- (8) ESK er en direkte videreføring av ES-foreningen (heretter "ES"), en bransjeforening for hvitevareverksteder som ble etablert på begynnelsen av 1970-tallet. ESK ble stiftet på generalforsamlingen til ES 18. mars 2006, jf. vedlegg 2 og vedlegg 3. ES ble vedtatt nedlagt samme dag, men var operativ frem til 1. oktober 2006.

Vedlegg 2 Protokoll fra styremøte 1/2006 ES-Kjeden BA, 29. mars 2006

Vedlegg 3 Informasjonsbrev fra ES-Kjeden, 15. juni 2006

- (9) ESKs medlemmer er uavhengige foretak som tilbyr reparasjon av elektriske husholdningsprodukter, hovedsakelig hvitevarer. Enkelte av medlemmene utfører også andre tjenester, eksempelvis salg, installasjon og/eller reparasjon av andre produkter. Ingen av medlemsverkstedene har noen form for kontroll over ESK.
- (10) Før avviklingen i 2006 hadde ES rundt 90 medlemsverksteder, og i underkant av 80 verksteder ble medlemmer i ESK. Våren 2007 betalte 74 verksteder medlemsavgift til ESK, jf. vedlegg 4. Det fremgår av en presentasjon lagt frem i styremøte 20. september 2007 at ytterligere 6 verksteder meldte seg ut av ESK i løpet av 2007, jf. vedlegg 5.³

Vedlegg 4 Regneark med innbetalt medlemskontingent 2007-2011

Vedlegg 5 Foil fra styremøte i ESK 20. september 2007

- (11) Som det fremgår av vedlegg 4, har medlemsmassen i ESK variert siden opprettelsen. I dag består ESK av 61 hvitevareverksteder fordelt over hele Norge.⁴ Den 16. mai 2011, ni dager før tilsynets bevissikring, hadde ESK 64 medlemmer, jf. vedlegg 6.

Vedlegg 6 Medlemsliste over ESK-verksteder 16. mai 2011

- (12) A (heretter "A") har vært daglig leder i ESK siden ESK ble operativ 1. oktober 2006, jf. vedlegg 2 og vedlegg 3. A kom fra stillingen som daglig leder i Norsk Hvitevareservice (heretter "NHVS"), en organisasjon opprettet i 2002 som et bindeledd mellom hvitevareleverandørforeningen Norske Elektroleverandørers Landsforening (heretter "NEL") og verkstedsforeningen ES. ES hadde ingen egen daglig leder og ble derfor administrert av styremedlemmene i ES, samt delvis av A gjennom NHVS.
- (13) ESKs sekretariat er registrert og lokalisert på As bostedsadresse på Vinterbro. Ifølge foretaksopplysninger i Brønnøysundregistrene var [redacted] styreleder i ESK fra stiftelsestidspunktet. [redacted] var styreleder fra 10. mars 2007 til 28. mars 2009, jf. vedlegg 7-9. [redacted] var styreleder frem til 13. mars 2010, jf. vedlegg 10. B (heretter "B") var styreleder frem til generalforsamlingen 2. april 2011, jf. vedlegg 11, før [redacted] tok over vervet.⁵

Vedlegg 7 Protokoll fra ordinær generalforsamling ESK 10. mars 2007

² ESK var tidligere registrert som et selskap med begrenset ansvar (BA), og endret organisasjonsform til samvirkeforetak (SA) 7. august 2012.

³ Syv verksteder er opplistet i Vedlegg 5, men Service-Elektro Stord fremgår også i medlemskontingentslisten.

⁴ ESKs hjemmesider www.es-kjeden.no, 12.03.2015.

⁵ Dette fremgår ikke av protokollen til generalforsamlingen (Vedlegg 11), men av Brønnøysundregistrene som har blitt oppdatert i ettertid.

Vedlegg 8 Protokoll fra ordinær generalforsamling ESK 8. mars 2008

Vedlegg 9 Innkalling til ordinær generalforsamling i ESK 13. mars 2009

Vedlegg 10 Protokoll fra ordinær generalforsamling ESK 13. mars 2010

Vedlegg 11 Protokoll fra ordinær generalforsamling ESK 2. april 2011

- (14) ESKs nettsider ble utviklet av A høsten 2006. Nettsidene har en egen intern del hvor medlemsverkstedene må benytte passord for å få tilgang. De interne medlemssidene gir også tilgang til informasjonen som lå på de gamle medlemssidene til ES.⁶ ESKs vedtekter stiller krav om at medlemsverkstedene kan kommunisere elektronisk, jf. ESKs vedtekter § 7, tredje kulepunkt.⁷

- (15) Ifølge årsregnskapet hadde ESK i 2013 en omsetning på 1 072 547 kroner.

Vedlegg 12 Resultatregnskap ES-Kjeden for 2013

2.2 Konkurransetilsynets saksbehandling

- (16) Konkurransetilsynet mottok 28. februar 2011 et anonymt tips hvor det ble anført at det pågikk et prissamarbeid mellom hvitevareverksteder gjennom andelslaget ESK.

- (17) På bakgrunn av tipset fremsatte Konkurransetilsynet 19. mai 2011 begjæring til Bergen tingrett om adgang til å foreta bevissikring etter konkurranseloven § 25.

- (18) Ved Bergen tingretts beslutning 20. mai 2011 fikk Konkurransetilsynet tillatelse til å gjennomføre slik bevissikring blant annet hos ESK, A, Hærland Salg & Service AS (heretter "Hærland Salg & Service"), Riise Elektro ANS (heretter "Riise Elektro") og Eftedal Service AS (heretter "Eftedal Service").

Vedlegg 13 Beslutninger fra Bergen tingrett om bevissikring 20. mai 2011

- (19) Det ble gjennomført bevissikring hos ESK, Hærland Salg & Service, Riise Elektro og Eftedal Service 25. mai 2011. Foretakene er lokalisert på henholdsvis Vinterbro og Mysen, og i Porsgrunn og Larvik. Under bevissikringene ble det tatt beslag i dokumenter og elektronisk lagret materiale. Hjemmesidene til ESK ligger lokalt lagret på As datamaskin. Med mindre annet er presisert er den dokumentasjonen det vises til i vedtaket hentet fra informasjon lagret på As datamaskin, herunder hans e-post-konto.

- (20) I forbindelse med bevissikringen 25. mai 2011 ble det gjennomført forklaringsopptak med A, B og C. B er daglig leder i Eftedal Service. Han var varamedlem i styret i ESK i perioden 10. mars 2007 til 28. mars 2009, styremedlem i perioden 28. mars 2009 til 13. mars 2010, og deretter styreleder fra 13. mars 2010 til 2. april 2011.⁸ C er daglig leder i Hærland Salg og Service, som var medlem i ESK frem til midten av 2011.⁹ C var styremedlem i ESK i perioden 18. mars 2006 til 13. mars 2010.¹⁰ Konkurransetilsynet gjennomførte et nytt forklaringsopptak med A 8. mars 2012.

- (21) Konkurransetilsynet sendte ESK varsel om illeggelse av overtredelsesgebyr 3. februar 2014, med frist for å inngi merknader 3. mars 2014. Fristen ble senere utsatt til 2. mai 2014, og over telefon ytterligere utsatt til 6. juni 2014.

Vedlegg 14 Konkurransetilsynets varsel 3. februar 2014

- (22) Zacco Advokater AS innga på vegne av ES-Kjeden SA sine merknader (heretter "tilsvaret") til varselet 6. juni 2014.

Vedlegg 15 ES-Kjeden SAs merknader til varsel 6. juni 2014

⁶ www.esforeningen.no.

⁷ Jf. Vedlegg 1.

⁸ Jf. vedlegg 7,8, 10 og 11.

⁹ Hærland Salg & Service la ned den delen av virksomheten som angikk reparasjon av hvitevarer i mai 2011, og meldte seg derfor ut av ESK.

¹⁰ Jf. vedlegg 7,8 og 10.

- (23) Konkurransetilsynet har i etterkant av at tilsvaret ble mottatt innhentet ytterligere informasjon fra ESK i forbindelse med deres anmodning om at tilsynet reduserer overtredelsesgebyret som følge av manglende betalingsevne.¹¹ Tilsynet har også avholdt et telefonmøte med ESK 2. februar 2015.

2.3 ESKs hovedanførsler

- (24) I det følgende gis en kort redegjørelse for ESKs hovedanførsler til varselet. For øvrig behandles anførselene løpende i vedtaket.
- (25) ESK anfører for det første at verkstedene ikke er å anse som konkurrenter da de har serviceavtaler med ulike leverandører, og at konkurransebegrensningskriteriet derfor ikke er oppfylt.
- (26) Videre anføres at formålet med ESK sin praksis har vært å veilede verkstedene i forhandlingene med leverandørene, slik at de kunne holde følge med prisutviklingen i samfunnet. Praksisen skulle hjelpe verkstedene med kommunikasjonen med leverandørene, da verkstedene ikke hadde erfaring med forhandlinger. Videre var formålet å passe på at verkstedene fikk tilstrekkelig betalt for sine tjenester slik at den enkeltes virksomhet kunne fortsette. ESKs praksis har derfor ikke hatt noe konkurransebegrensende formål.
- (27) ESK anfører videre at leverandørene fastsetter prisene og at det derfor ikke er noen reelle forhandlinger mellom leverandører og verksteder om priser i serviceavtalene. Det anføres at prisene i markedet er lave, samt at prisøkningen i overtredelsesperioden har vært lav. ESK mener således at praksisen heller ikke har hatt noen konkurransebegrensende virkning.
- (28) Vedrørende utmålingen av overtredelsesgebyret anfører ESK at Servicecompaniet ikke utfører hvitevarereparasjoner og at Sandnes Elektriske Forretning har en svært lav andel av sin omsetning knyttet til hvitevarereparasjoner. ESK anfører også at det foreligger formildende omstendigheter i form av at ESK har samarbeidet med Konkurransetilsynet etter beste evne, at ESK har etterlevd pålegget i varselet siden den 25. mai 2011, samt at ingen verksteder har blitt tvunget med i den påståtte overtredelsen. På denne bakgrunn mener ESK at gebyrets størrelse må reduseres.
- (29) ESK har videre anmodet om at overtredelsesgebyret må reduseres som følge av manglende betalingsevne, jf. forskrift om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr § 3 siste ledd.

2.4 Videre fremstilling

- (30) Konkurransetilsynet vil i kapittel 3 redegjøre for reparasjon av hvitevarer. I kapittel 4 gis en redegjørelse for sakens faktiske side. I kapittel 5 redegjøres det for hvorfor tilsynet mener at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10, og i kapittel 6 redegjøres det for det rettslige grunnlaget for overtredelsesgebyret. Konkurransetilsynets utmåling etter konkurranseloven § 29 foretas i kapittel 7. Varselets slutning fremgår av kapittel 8.

3 Om reparasjon av hvitevarer

- (31) Hvitevarer er en samlebetegnelse for en rekke elektriske apparat til kjøkken og vaskerom, herunder vaskemaskiner, oppvaskmaskiner, komfyrer, tørketromler og lignende. Det er anslagsvis 25-30 aktive hvitevareleverandører i Norge.¹² Flere av disse leverandørene fører flere merker.
- (32) Reparasjon av hvitevarer utføres i hovedsak av elektroreparatører ansatt i hvitevarerwerksteder.¹³ Hvitevarereparasjoner foregår typisk ved at en forbruker med et defekt produkt først kontakter salgssted, verksted eller leverandøren av produktet for å finne en reparatør. Basert på avtaler mellom den aktuelle leverandøren av produktet og lokale

¹¹ Konkurransetilsynets brev av 5. desember 2014, ESKs svar av 10. desember 2014 samt ytterligere svar på forespørsler av 17. desember 2014, 7. januar 2015 og 2. februar 2015

¹² Dette fremgår eksempelvis av regnearkene i Vedlegg 20, Vedlegg 21, Vedlegg 23, Vedlegg 25, Vedlegg 29, Vedlegg 35, Vedlegg 38, Vedlegg 43, Vedlegg 45 og Vedlegg 49 der en rekke leverandører er opplistet.

¹³ Enkelte av de største leverandørene har egne ansatte som utfører reparasjoner i de aller største byene, herunder eksempelvis Miele og BSH i Bergen og Oslo.

verksteder tar et egnet verksted på seg oppdraget, og det avtales tid for hjemmebesøk hos kunden. Verkstedets reparatør tar med deler som er antatt nødvendige, utfører reparasjonen og fakturerer enten leverandøren eller eieren av produktet, avhengig av hvorvidt reparasjonen er omfattet av garanti eller reklamasjonsrett eller ikke.

- (33) Reklamasjonsreparasjoner er reparasjoner der leverandøren/produsenten av hvitevaren i henhold til reglene i kjøpsloven¹⁴ eller forbrukerkjøpsloven¹⁵ har plikt til å reparere produktet på grunn av en mangel ved produktet. Leverandører gir vanligvis også garantier utover de lovpålagte pliktene. Utover eventuell klargjøring av hvorvidt produktet har en mangel, skiller ikke garantireparasjoner seg fra reklamasjonsreparasjoner, og begge vil derfor i det følgende bli omtalt som reklamasjonsreparasjoner.
- (34) Godtgjørelsen det enkelte verksted mottar for reparasjonene reguleres i en rammeavtale mellom det enkelte verksted og den enkelte leverandør, kalt "serviceavtale". Et verksted vil normalt ikke utføre reklamasjonsoppdrag for leverandører det ikke har serviceavtale med. Avtalene har vanligvis [REDACTED] oppsigelse, og det forhandles om de økonomiske betingelsene årlig. Overtredelsen gjelder de årlige forhandlingene om prisene i serviceavtalene.
- (35) For reparasjoner der leverandøren ikke har plikt til å betale for reparasjonen, må eieren av produktet selv betale for reparasjonen. Det kreves ingen serviceavtale mellom verkstedet og hvitevareleverandøren for utførelse eller tildeling av slike oppdrag. Hvitevareverkstedene som utfører reklamasjonsreparasjoner kan således også utføre betalbare reparasjoner. Samarbeidet omfatter imidlertid kun prisene på reklamasjonsoppdragene, så andre reparasjoner vil derfor ikke bli omtalt i det følgende.
- (36) Det er ikke uvanlig at hvitevareverksteder også utfører en eller flere tilgrensende tjenester til hvitevarereparasjoner, eksempelvis reparasjon eller installasjon av varmepumper, storkjøkken, brunevarer, hageredskaper eller liknende. Samarbeidet omhandler imidlertid kun reklamasjonsoppdrag for hvitevareleverandører. Disse tilgrensende tjenestene vil derfor heller ikke bli omhandlet i det følgende.
- (37) Hvitevarenes fysiske størrelse og vekt gjør at det i de fleste tilfeller er mer praktisk at reparatøren utfører reparasjonen der hvitevaren er lokalisert, enn at kunden (eller reparatøren) frakter hvitevaren til verkstedet. Ved god planlegging av kjøreruter kan et verksted dekke et relativt stort geografisk område.¹⁶ Transportkostnader setter imidlertid grenser for utstrekningen av disse områdene, da leverandøren må betale verkstedet for transportkostnadene, basert på avstanden fra verkstedet til kunden. Leverandørene inngår derfor avtaler med mange verksteder om at de skal utføre reklamasjonsoppdrag innenfor bestemte områder (heretter "serviceområder").
- (38) Størrelsen på de geografiske områdene verkstedene utfører reparasjoner i varierer. Det er heller ikke uvanlig at området det enkelte verksted betjener varierer mellom de ulike leverandørene verkstedet har serviceavtale med. Dette har sammenheng med at enkelte leverandører, typisk de med større oppdragsmengde, finner det optimalt med flere verkstedsforbindelser enn mindre leverandører. Størrelsen på serviceområdene for den enkelte leverandør kan også endres over tid, og den avhenger av nærheten til andre verksteder som utfører oppdrag for den samme leverandøren.
- (39) Det fremgår av verkstedenes hjemmesider at flere verksteder dekker forholdsvis store geografiske områder, og det fremgår videre at flere verksteder opererer innenfor samme geografiske område.¹⁷ Dette bekreftes også av A i forklaringsopptak, jf. vedlegg 16, avsnitt 141-150.

¹⁴ Lov av 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.

¹⁵ Lov av 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp.

¹⁶ En reparatør klarer typisk fem oppdrag per dag, og kan redusere transportkostnadene på disse betydelig dersom oppdragene ligger i nærheten av hverandre. Se eksempelvis hjemmesidene til verkstedene Aspelien's Elektroverksted AS (12.03.2015), eller Elektroverkstedet AS (12.03.2015) for eksempler på kjørelister.

¹⁷ Flere verksteder oppgir på sine hjemmesider å dekke betydelige områder rundt verkstedene, jf. eksempelvis hjemmesidene til hhv E-Service Stavanger AS (12.03.2015) og Rogaland Elektro Service (12.03.2015).

Vedlegg 16 Sammen drag av forklaringsopptak med A, 1. mars 2012

- (40) På grunn av relativt lave inkrementelle transportkostnader vil verksteder lokalisert i samme by eller i nærliggende områder fremstå som substitutt for en hvitevareleverandør som skal kjøpe inn reparasjonstjenester i et område.
- (41) Gjennomgangen over tilsier at markedene for hvitevarereparasjonstjenester er lokale eller regionale. Konkurransetilsynet har imidlertid ikke funnet det nødvendig å ta endelig stilling til markedsavgrensningen, hverken geografisk eller produktmessig, ettersom denne saken gjelder et samarbeid med konkurransebegrensende formål etter konkurranse loven § 10, jf. underkapittel 5.3.3 nedenfor.

4 Sakens faktiske side

4.1 Innledning

- (42) Konkurransetilsynet vil i underkapittel 4.2 foreta en kort gjennomgang av hvordan prisfastsettelse for reklamasjonsreparasjoner skjedde i tidsperioden før 1. juli 2002, og i underkapittel 4.3 redegjøre for tidsperioden 1. juli 2002 til april 2006. Videre følger i underkapittel 4.4 - 4.8 en nærmere redegjørelse for anbefalinger mv. fra ESK til medlemsverkstedene, som ble gitt i forbindelse med de årlige forhandlingene mellom verkstedene og leverandørene om priser for reklamasjonsreparasjoner for årene 2007 til 2011.

4.2 Prisfastsettelse for reklamasjonsreparasjoner i perioden før 1. juli 2002

- (43) Etter tidligere konkurranse lov¹⁸ kunne det gis dispensasjon fra lovens forbud mot konkurranse reguleringer. Denne ordningen ble opphevet da gjeldende konkurranse lov trådte i kraft i 2004.¹⁹ Etter gjeldende lov er det enkelte foretak selv ansvarlig for å vurdere om et samarbeid er i strid med konkurranse reglene.
- (44) Konkurransetilsynet fattet flere vedtak om dispensasjon for ES etter den tidligere konkurranse loven, senest ved vedtak 5. februar 1996. Gjennom vedtaket av 5. februar 1996 fikk ES dispensasjon for at medlemmene i fellesskap med leverandører av elektroprodukter kunne avtale hvilken betaling verkstedene skulle ha for utføring av reklamasjonsreparasjoner for leverandørene. Dispensasjonen gjaldt frem til 1. februar 2001.²⁰
- (45) Dispensasjon ble etterlevd ved at ES-verkstedene og foreningen for hvitevareleverandører, NEL, sammen fremforhandlet en fastprisliste for ulike typer reparasjoner.²¹ Prislisten var fastsatt med utgangspunkt i estimert tidsbruk. Listen var således en form for akkordliste for medlemsverkstedene.
- (46) Prisene var felles for alle leverandørene i NEL, samt alle verkstedene i ES. Listen ble imidlertid også benyttet av leverandører og verksteder utenfor disse foreningene. Listen ble oppdatert hvert år etter forhandlinger mellom ES og NEL. De enkelte verkstedene og de enkelte leverandørene hadde imidlertid bilaterale forhandlinger om enkelte særordninger verkstedet gjorde krav på.
- (47) I november 2001 avslo Konkurransetilsynet en søknad fra ES om dispensasjon for fastprissamarbeid mellom ES og NEL.²² Avgjørelsen var hovedsakelig begrunnet med at felles forhandlinger eliminerte konkurransen mellom verkstedene på pris for reklamasjonsoppdragene og at effektivitetsgevinstene ikke kunne oppveie dette tapet. Både ES og NEL klaget på avgjørelsen til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, og

¹⁸ Lov av 11.juni 1993 nr. 68 om konkurranse i ervervsvirksomhet.

¹⁹ Ny konkurranse lov trådte i kraft 1. mai 2004.

²⁰ Grunnet behov for tid til behandling av ny dispensasjonssøknad, ga Konkurransetilsynet i vedtak V2001-34, 29. mars 2001, midlertidig dispensasjon til ES for dette samarbeidet i perioden frem til 31. september 2001.

²¹ En type reparasjon, kalt en post, hadde et postnummer, en pris og en tilhørende beskrivelse.

²² Konkurransetilsynets vedtak V2001-97 av 5. november 2001.

Konkurransetilsynet ga en utsettelse av dispensasjonen frem til og med 30. juni 2002.²³
Departementet opprettholdt Konkurransetilsynets vedtak.²⁴

4.3 Tidsperioden 1. juli 2002 til april 2006

- (48) Etter bortfallet av dispensasjonen utviklet leverandørene som var medlemmer i NEL et nytt rammeverk som de kalte "*faktorlisten*", jf. Vedlegg 17. Listen lå til grunn for alle reklamasjonsoppdragene, og var som hovedregel felles for alle leverandørene. Enkelte leverandører foretok imidlertid egne tilpasninger.

Vedlegg 17 E-post av 27. november 2010 fra Odd Martin Jensen (på vegne av Elektronikkbransjen) til en rekke hvitevareverksteder, med vedlegg

- (49) Faktorlisten hadde i stor grad tilsvarende form som fastprislisten. Prisene i fastprislisten ble imidlertid erstattet med tidsfaktorer (derav navnet "*faktorlisten*"). Tidsfaktorene anga tidsbruken som skulle legges til grunn for ulike typer reparasjoner ved verkstedenes fakturering til leverandørene. Tidsfaktorene var basert på forventet tidsbruk og var for de enkelte postene angitt i form av andeler av en time. Faktisk betaling for et utført oppdrag ble fastsatt ved at den relevante tidsfaktoren for oppdragstypen ble multiplisert med en individuelt avtalt timepris. Den individuelle timeprisen ble årlig fremforhandlet mellom hvert enkelt verksted og hver enkelt leverandør. Verkstedene arbeidet således fortsatt på akkord, men totalprisen var nå et resultat av individuelle forhandlinger om timepris.
- (50) Etter at ordningen med fastpris opphørte i 2002 ble timeprisene altså årlig forhandlet bilateralt mellom det enkelte verksted og den enkelte leverandør, med faktorlisten som et rammeverk i bunnen. Ettersom faktorlisten ikke omfattet priser, kun tidsbruk, ble ikke denne reforhandlet årlig og den gjennomgikk kun mindre revideringer fra den kom ut i 2002 og frem til 2010.²⁵

4.4 Forhandlinger om priser for reklamasjonsreparasjoner for 2007

4.4.1 Nærmere om ESKs virksomhet vedrørende forhandlinger om priser for 2007

- (51) Det fremgår av det beslaglagte materialet at A våren 2006 innhentet informasjon fra ES-verkstedene om timeprisene de hadde avtalt bilateralt med den enkelte leverandør for 2006. På vegne av ESK benyttet A deretter disse prisene til å fremsette anbefalinger til medlemmene om hvilke priser som burde avtales for reklamasjonsreparasjoner i forbindelse med de bilaterale forhandlingene om timepriser mellom den enkelte leverandøren og det enkelte verkstedet for 2007. Dette vil bli nærmere beskrevet i det følgende.
- (52) Som nevnt i underkapittel 2.1 ble ESK stiftet og ES vedtatt nedlagt på ESKs stiftelsesmøte 18. mars 2006. Det ble avtalt at A skulle tiltre som daglig leder fra og med 1. oktober 2006. Fra samme dato skulle ES nedlegges og ESK bli operativt. A jobbet frem til denne datoen som daglig leder i NHVS, som ble nedlagt 1. oktober 2006 i forbindelse med opprettelsen av ESK.
- (53) På medlemssidene til ES ble følgende nyhetsoppdatering publisert 20. april 2006:

"20.04.06

Innhenting av timepriser!!!

Vi ønsker å få et bilde av hvilke timepriser dere har hos den enkelte leverandør. Det er frivillig å svare, men vi håper at flest mulig ønsker å bidra. Sett inn timepris for den dere har serviceavtale med. Det viktigste er selvsagt de største leverandørene. De som svarer vil få en tilbakemelding om hvor snittet ligger for de leverandørene du har gitt en timepris. Klikk [her](#) (med høyre musetast) for å laste opp svarskjema (excel), fyll inn data, lagre og returner som et vedlegg til e-post post@esforeningen.no. Skjema er også vedlagt Fredagsbrevet uke 16. På forhånd takk for hjelpen."

²³ Konkurransetilsynets vedtak V2001-123 av 20. desember 2001.

²⁴ Arbeids- og administrasjonsdepartementets vedtak 11. mars 2002.

²⁵ I 2010 gjennomgikk bransjens faktorliste en større revidering og endret navn til "*enhets(pris)listen*" som følge av en endring fra leverandørenes side, se nærmere om dette i underkapittel 4.8.1.

Vedlegg 18 Nyhetsoppdateringer fra 1. januar 2006 til 30. mai 2008, fra hjemmesidene til ESK²⁶

- (54) A sendte ut et fredagsbrev per e-post til alle ES-verkstedene 21. april 2006 med tilsvarende ordlyd som i nyhetsoppdateringen. Vedlagt i e-posten var et regneark som det også var lenket til i nyhetsoppdateringen. E-postens signatur var "A, www.esforeningen.no".

Vedlegg 19 E-post 21. april 2006, med vedlagt regneark, fra A til Post ES, med blindkopi²⁷ til medlemsverkstedene i ES, fra Bs innboks

- (55) I databaseslaget fra A ble det i mappen "*Timepriser_2006*" funnet et regneark²⁸ med to arkfaner, opprettet 24. april 2006. Den første arkfanen viser leverandørpriser for 25 verksteder merket "*Retur svar*". Den andre arkfanen er titulert "*Guide til timepris 2007 (snitt for bransjen)*" og inneholder blant annet gjennomsnittspris-beregninger hentet fra det første arket. Regnearket ble sist lagret 6. desember 2006.

Vedlegg 20 Regnearket "*Timepriser-NEL-leverandører-april-2006*"

- (56) 8. desember 2006, ble det lagt ut to nyhetsoppdateringer på ESKs medlemssider. I oppdateringene fremkommer det at etter ESKs oppfatning er en prisøkning på ca. 2,5 prosent for 2007 "*et fornuftig utgangspunkt*". Videre henvises det til et oppsett på basis av gjennomsnittspriser i bransjen i 2006 og prisforslag for 2007. Fra ESKs medlemssider 8. desember 2006 hitsettes:²⁹

"08.12.06

Serviceavtaler 2007

Vi minner igjen om at dere nå har mulighet til å reforhandle serviceavtalene med virkning fra 01.01.07. Noen leverandører gjør muligens dette automatisk - andre ikke. Det som er viktig er at timeprisen for 2007 inneholder tillegget (for de det gjelder) på kr 7,50 i forhold til avtaleprisen før 01.10.06. Videre er en generell økning for 2007 på ca 2,5 %, etter vår mening, et fornuftig utgangspunkt.

*Se snitt-timepriser 2006 og forslag 2007 her*³⁰

- (57) Videre hitsettes følgende fra ESKs medlemssider:

"08.12.06

Veiledning reforhandling timepris/serviceavtale 2007!

*Vi har laget et oppsett/veiledning på basis av de gjennomsnittspriser som er i bransjen 2006. Håper det kan være til hjelp når du mottar tilbud fra leverandørene. NB! Priser 2007 er kun en beregning/veiledende og ikke avtalte priser!!!! Vennligst hold dette konfidensielt. Veiledningen kan lastes ned her. Når det gjelder Faktorlisten 2007, så må vi få lov til å komme tilbake til den neste uke.*³¹

- (58) Lenkene i nyhetsoppdateringene viser til regnearket "*Veiledning - timepris 2007*". Regnearket er opprettet av A 6. desember 2006, og sist lagret 8. desember 2006. Regnearket er således utarbeidet i etterkant av innsamlingen av prisene for 2006, men i forkant av verkstedenes bilaterale forhandlinger med leverandørene om priser for 2007.

Vedlegg 21 Regnearket "*Veiledning - timepris 2007*"

- (59) I regnearket fremgår de ovennevnte gjennomsnittsprisene for hver enkelt leverandør for 2006, altså snittprisene beregnet ut fra prisene A mottok fra verkstedene våren 2006. Regnearket viser også priser kalt "*Beregnet timepris 01.01.07*". Disse prisene fremkommer ved at gjennomsnittsprisene er tillagt en prisøkning på 2,5 prosent.
- (60) Det er egne kolonner hvor det enkelte medlemsverksted kan sette inn sine eksisterende avtalte timepriser for 2006 og mottatte tilbud fra den enkelte leverandør på timepriser for 2007. Ut fra

²⁶ Jf. avsnitt (14).

²⁷ Det vises til avsnitt (73) for en nærmere forklaring av blindkopier.

²⁸ Med "regneark" menes her en Excel-fil.

²⁹ Jf. Vedlegg 18.

³⁰ Lenken ("*her*") viser til regnearket "*Veiledning - timepris 2007*".

³¹ Lenken ("*her*") viser til regnearket "*Veiledning - timepris 2007*".

formelen i regnearket vil verkstedet i to kolonner se hvordan deres timepriser for 2006 er i forhold til gjennomsnittprisene, samt hvordan prisen den enkelte leverandør har tilbudt verkstedet for 2007 er i forhold til *"Beregnet timepris 01.01.07"*.

- (61) Regnearket er merket *"Konfidensielt"*. Det understrekes i regnearket at dette ikke er avtalte priser, men kun en veiledning, og at priser skal avtales av hvert verksted med hver enkelt leverandør.
- (62) Videre fremgår for øvrig også et tillegg på kr 7,50 per time. Dette tillegget har sin bakgrunn i en avtale mellom ES og NEL fra 2001 i forbindelse med felles finansiering av driften av NHVS. ES-verkstedene bidro med sin andel indirekte ved å slå av ti kroner i grunnprisen på reparasjonsoppdrag fakturert til NEL-leverandører. I forbindelse med oppløsningen av NHVS i 2006, ble det bestemt av NHVS at ES-verkstedene nå måtte bli kompensert av NEL-leverandørene for dette. Dette skulle skje ved at ES-foreningens medlemmer fra *"den dato NHVS opphører"*³² skulle ha krav på å få hevet timeprisen tilsvarende fra NELs medlemsbedrifter, beregnet av ES og NEL i felleskap til en verdi av kr 7,50 pr time.

Vedlegg 22 Referat fra møtet i styringsgruppen NHVS 16. februar 2006

- (63) 12. januar 2007 ble det publisert et fredagsbrev på medlemssidene til ESK, hvor ESK viste eksempler på hvordan medlemsverkstedene kunne begrunne sine motkrav overfor leverandører. En økning av timeprisen på 2,3 prosent med henvisning til konsumprisindeksen 2006, ble vist som eksempel. Fra fredagsbrevet på medlemssidene 12. januar 2007 hitsettes³³:

"12.01.07

Fredagsbrevet 2.2007 (...)

-Timepriser 2007

Det har fra flere blitt forespurt om vi kan lage en tekst i forbindelse med motkrav på tilbudt timepris. Her er et par eksempler:

For de som ikke har 10'r tillegget (kr 7,50 i tillegg fom 01.10.06):

Med bakgrunn i økte kostnader (personal, husleie osv), vil det, ut i fra prisindeksen 2006, være et rimelig krav å øke gjeldende timepris med x % (f.eks 2,3 % som er konsumprisindeksen 2006). Vi håper derfor at vi kan enes om en timepris for 2007 på kr xxx,-

4.4.2 Oppsummering 2007

- (64) Gjennomgangen viser at A, på vegne av ES-foreningen våren 2006, oppfordret medlemmene til å innrapportere de fremforhandlede timeprisene på reklamasjonsreparasjoner som medlemsverkstedene individuelt hadde avtalt med den enkelte hvitevareleverandør for 2006.
- (65) Den innrapporterte prisinformasjonen fra 25 verksteder ble i desember 2006 benyttet av A, på vegne av ESK, til å utforme et regneark. I regnearket kunne verkstedet i to kolonner beregne henholdsvis hvordan deres timepriser for 2006 var i forhold til gjennomsnittet av prisene ESK hadde samlet inn, og hvordan prisen den enkelte leverandør hadde tilbudt verkstedet for 2007 var i forhold til *"Beregnet timepris 01.01.07"*. Denne prisen fremkom ved at gjennomsnittsprisene ble tillagt 2,5 prosent. Regnearket var, ifølge A, ment å være til hjelp for medlemsverkstedene. Regnearket ble publisert på medlemssidene før de enkelte medlemsverkstedene skulle starte de individuelle forhandlingene om timeprisene med leverandørene for 2007.
- (66) Mens forhandlingene mellom det enkelte verksted og den enkelte leverandør pågikk, publiserte ESK eksempler på utforming av argumenter som verkstedene kunne benytte i forhandlingene for å begrunne en prisøkning for 2007.

³² NHVS ble formelt oppløst 1. oktober 2006, noe som også fremgår av kolonnene i regnearket *"Veiledning – timepris 2007"*.

³³ Jf. Vedlegg 18.

4.5 Forhandlinger om priser for reklamasjonsreparasjoner for 2008

4.5.1 Nærmere om ESKs virksomhet vedrørende forhandlinger om priser for 2008

(67) I det følgende vil Konkurransetilsynet redegjøre for hvordan ESK anbefalte sine medlemsverksteder å øke prisen på reklamasjonsreparasjoner i 2008. Redegjørelsen vil vise at ESK opptrådte på tilsvarende måte som ved forhandlingene om prisene for 2007, jf. redegjørelsen i underkapittel 4.4.

(68) ESK la ut følgende melding på sine medlemssider 2. februar 2007³⁴:

"02.02.07

Fredagsbrevet 5.2007 (...)

- Innhenting av leverandørdato 2007

Vi viser til egen e-post den 29. januar og ser at fristen for innlevering (5. febr) er noe vanskelig å overholde pga at flere verksteder ikke er ferdige med sine avtaler med leverandørene. Derfor setter vi en ny frist den 15. februar.

Det er viktig at alle bidrar med data, slik at vi får et riktig bilde av betingelsene innen ESK."

(69) Nyhetsoppdateringen viser at ESK sendte en e-post 29. januar 2007 hvor det bes om informasjon fra medlemsverkstedene vedrørende avtalene det enkelte medlemsverksted har med de ulike leverandørene.

(70) A sendte en e-post med to vedlegg til styremedlemmene i ESK 15. november 2007. Som vedlegg til e-posten fulgte et regneark med anbefaling om hva medlemmene overfor leverandørene skulle kreve som minimumspriser for 2008, samt et utkast til brev vedrørende krav om timeprisene for 2008 som verkstedene kunne sende til leverandørene. Fra e-posten hitsettes:

"Her et forslag til brev som kan sendes til leverandøren vedr krav timepris 2008. Sammen med brevet må det gå ut en orientering til medlemmene om at dette er en anbefalt minimum timepris og at ALLE må melde tilbake svar fra leverandørene, slik at vi får samlet info for et ev fremstøt fra kjeden mot leverandøren.

Vedlagt følger samtidig en oversikt over de timepriser vi har hentet inn (min/max timepris) for 2007, samt forslag til krav timepris 2008."

Vedlegg 23 E-post 15. november 2007 med vedlegg, fra A til ESK-styret, fra Cs innboks

(71) Fra forslaget til brev som fulgte vedlagt i e-post 15. november 2007 hitsettes:

"Vi viser til vår serviceavtale og vil i den forbindelse be om en revurdering av timeprisen gjeldende fom 01.01 2008.

Det legges til grunn en kraftig vekst i lønnskostnader og sosiale utgifter i 2007, samt at det forventes en sterk vekst også for 2008.

Videre har våre øvrige driftomkostninger (husleie, forsikringer, servicebil osv) økt betraktelig.

For at vi skal være konkurransedyktige på arbeidsmarkedet og samtidig ha en sunn økonomi i vårt firma, ser vi oss nødt til å be om en timepris for 2008 på kr XXX,- eks mva"

(72) Samme dag svarte styremedlem C følgende i e-post til A (med kopi til de øvrige styremedlemmene):

"Hei A ! Syns ditt oppsett er kjempebra, samt forslag til priser er der det bør være ! Kjempebra syns nå jeg A !"

Vedlegg 24 E-post 15. november 2007 fra C til A, fra Cs utboks

³⁴ Jf. Vedlegg 18.

- (73) I databaseslaget fra C er det i hans innboks funnet en e-post med fem vedlegg sendt 19. november 2007 fra A til mottakeren "Post ESK".³⁵ Ingen øvrige mottakere fremgår. Databaseslaget fra A viser imidlertid at e-poster sendt fra "████@es-kjeden.no" til mottaker "Post ESK" har alle medlemsverkstedene som blindkopimottakere.³⁶ A har i forklaringsopptak 1. mars 2012 også bekreftet at han ved utsending av fellesinformasjon til medlemsverkstedene av gammel vane har "Post ESK" som eneste synlige mottaker, og at medlemsverkstedene blir lagt til som blindkopimottakere. Han benyttet denne strukturen allerede da han jobbet for NHVS/ES.³⁷ Det vises også til e-postens ordlyd, "*Vedlagt følger et infobrev til ESK medlemmer [...]*", som tilsier at e-posten ble sendt til samtlige medlemsverksteder. Det legges dermed til grunn at e-posten av 19. november 2007 ble sendt til alle medlemsverkstedene.³⁸
- (74) Den følgende gjennomgangen vil vise at det er samsvar mellom innholdet i forslaget som ble sendt til styret i ESK i e-post 15. november 2007, og innholdet i e-posten som ble sendt ut til medlemmene 19. november 2007.
- (75) Følgende fremgår av e-posten til medlemmene i ESK 19. november 2007:

"Hei!

Vedlagt følger et infobrev til ESK medlemmer, samt forslag til brev leverandører, forslag timepris 2008, adresseliste og et tilbakemeldingsskjema. Vi håper ALLE vil sende et krav til de leverandører dere har en serviceavtale med og med en timepris som gjenspeiler kjedens anbefaling! Har dere ubesvarte spørsmål eller trenger hjelp til noe, Må dere ikke nøle med å ta kontakt. Lykke til!

Mvh

ESK

A

NB! Dette er konfidensielle dokumenter og skal holdes innenfor ESK!!!!

Vedlegg 25 E-post 19. november 2007 med vedlegg fra A til "Post ESK", fra Cs innboks

- (76) Et av vedleggene til e-posten 19. november 2007 er et informasjonsskriv vedrørende timepriser for 2008 som oppsummerer den kontakten som har vært mellom ESK og leverandørene i 2007 i forbindelse med fellesforhandlinger. Fra informasjonsskrivet, som i adressefeltet er stilet til "Kjære ESK eier", hitsettes:
- "På generalforsamlingen 2008 ble det vedtatt at kjedekontoret skulle forhandle felles for ESK. Vi signaliserte dette for leverandørene i våres og de har i felleskap, via Elektronikkbransjen, sendt et svar om at de ikke ønsker denne form for forhandlinger. De legger i tvil lovligheten av en felles forhandling ved at de vurderer det dit hen at det er de som er kjøper av en tjeneste og ikke omvendt. Vi har på vår side ikke vurdert dette via jurister, men når leverandørene ikke vil ha eller ønsker en felles forhandling, virker det i dag ikke riktig å presse denne saken ytterligere. ESK har derfor vurdert det slik, som vi har presentert på høstkursene 2008, at dere selv må sende krav til leverandørene for timepris 2008."*
- (77) Videre fremgår følgende av informasjonsskrivet:
- "Som dere vil se av Forslag til timepris 2008, er det hos enkelte leverandører store forskjeller mellom laveste og høyeste timepris 2007. Sjekk din timepris og se om dere har vært «gode» til å innhente priser i 2007. Uansett har dere nå en mulighet til å rette opp."*

³⁵ "Post ESK" er As lagrede kontaktnavn til e-post-adressen post@es-kjeden.no. Dette er en ytterligere e-postadresse kontrollert av A, benyttet til mer formelle henvendelser til ESK, eksempelvis henvendelser fra eksterne.

³⁶ Se eksempelvis Vedlegg 37 og Vedlegg 44. Her fremgår blindkopimottakerne (BCC) ettersom e-postene er hentet fra As utboks. Databaseslaget fra A inneholder imidlertid ikke e-post-korrespondanse fra før starten av 2008.

³⁷ Jf. forklaringsopptak med A 1. mars 2012, Vedlegg 16, avsnitt 23-42.

³⁸ I nyhetsoppdateringen av 23. november 2007 gjengitt nedenfor, jf. Vedlegg 18, vises det også til en e-post sendt til medlemmene mandag 19. november, der innholdsbeskrivelsen samsvarer med Vedlegg 25.

For at vi skal få et best mulig resultat av timepriser 2008, er det VIKTIG at dere melder inn det tilbudet dere mottar for 2008, samt den timeprisen dere sendte som krav. Uten data har kjedekontoret ingen mulighet til en videre påvirkning."

- (78) Vedlagt e-posten 19. november 2007 fulgte også et regneark med tittelen "Forslag timepris 2008". I regnearket er det først to kolonner der det fremkommer henholdsvis laveste og høyeste 2007-timepriser for 30 leverandører.
- (79) Videre er det i regnearket en kolonne med overskriften "*Krav 2008 Kjedens anbefaling (minimum)*". ESKs anbefalte priser for 2008 ligger fra 7 til 26 prosent over de laveste leverandørprisene for 2007. I gjennomsnitt ligger de anbefalte prisene fra ESK for 2008 16,6 prosent over de laveste prisene i 2007. De anbefalte prisene fra ESK for 2008 ligger 6-13 prosent over de høyeste prisene i 2007³⁹, og i gjennomsnitt utgjør dette 10,2 prosent.
- (80) Som vedlegg til e-posten 19. november 2007 fulgte det også et skjema for tilbakemelding av timepriser for 2008. Skjemaet består av et regneark med flere kolonner. Blant annet er det en kolonne merket "*Krav 2008 (kjedens anbefaling som et minimum)*". Regnearket er satt opp slik at verkstedet kunne sette inn sine priser for 2007, priskravet verkstedet hadde fremmet for den enkelte leverandør for 2008, og pristilbudet for 2008 som verkstedet hadde mottatt fra den enkelte leverandør. Regnearkets formler medfører at verkstedet, ved å legge inn egne priser, automatisk fikk beregnet de prosentvise forskjellene mellom kjedens anbefalte pris for den enkelte leverandør og det tilbudet verkstedet hadde mottatt fra denne leverandøren.
- (81) I e-posten 19. november 2007 var det også vedlagt en brevmal for medlemsverkstedenes timepriskrav til leverandørene. Innholdet i malen er sammenfallende med utkastet som ble sendt styret i e-post 15. november 2007. I e-posten 19. november 2007 var det også vedlagt en liste med adressene til leverandørene. På medlemssidene til ESK ble følgende nyhetsmelding publisert 23. november 2007⁴⁰:

"23.11.07

Fredagsbrevet uke 47!

Timepriser 2008

Vi viser til egen e-post mandag den 19. nov og håper ALLE vil sende inn et krav til timepris for 2008. Husk!! Det er dere som MÅ be om en pris. Dere kan ikke forvente at leverandørene automatisk kommer med et tilbud for 2008. Vi ber dere – så snart som mulig – å sende ditt krav til leverandøren. Alle underlagene, som var vedlagt e-posten på mandag, finner dere her"

- (82) Lenken i nyhetsoppdateringen viser til en dokumentmappe betegnet "2008", som er en "undermappe" til dokumentmappen "Timepriser" på ESKs medlemssider. Mappen "2008" inneholder flere dokumenter vedrørende forhandlingene om timepriser 2008, herunder alle dokumentene som ble sendt i e-posten 19. november 2007 fra A til medlemsverkstedene.

- (83) ESK avholdt styremøte 26. november 2007. Fra protokollen fra styremøtet, sak 58/2007, hitsettes:

"Kjedekontoret har utsendt et informasjonsbrev, forslag brev leverandører, timeprisoversikt 2007 med forslag pris 2008, adresseliste leverandør og et tilbakemeldingsskjema."

Vedlegg 26 E-post 29. november 2007 fra A til styret i ESK, med vedlagt protokoll fra styremøte i ESK 26. november 2007, fra Cs innboks

- (84) Styret var således informert om ESKs virksomhet i forbindelse med verkstedenes forhandlinger om timepriser for 2008.
- (85) C videresendte 21. desember 2007 en e-post til A. E-posten var opprinnelig sendt fra Jan Olsen i Electrolux til én eller flere skjulte mottakere. Fra e-posten fra Jan Olsen hitsettes:

³⁹ I kolonnen lengst til høyre er det skrevet "2008" i stedet for "2007". Dette synes å være en feil da beregningene i kolonnen åpenbart er endringen mellom prisene i kolonnen "2007 høyest" og "*Krav 2008 Kjedens anbefaling (minimum)*".

⁴⁰ Jf. Vedlegg 18.

"Viser til brev fra enkelte av ES-kjedens medlemmer vedrørende krav til økte timepriser for 2008.

Krav til økte timepriser for 2008 er begrunnet i "kraftig vekst i lønnskostnader og sosiale utgifter i 2007, samt at det forventes en like sterk vekst i 2008. Videre har våre øvrige driftsomkostninger (husleie, forsikringer, servicebil osv.) hatt en betraktelig økning." Vi har mottatt likelydende brev fra en god del av de av våre servicepartnere som er organisert i ES-kjeden. Det synes derfor åpenbart at kjedens medlemmer har samordnet sin prisøkning og sine priser for 2008. Begrunnelsen i brevet er åpenbart også utarbeidet på bakgrunn av en standard mal.

Som de fleste sikkert er kjent med inneholder konkurranselovens § 10 et forbud mot at selskaper samordner sine priser og forretningsvilkår.

Ettersom ES-kjedens medlemmer også har en meget høy markedsandel, kan slik samordning også tenkes å være i strid med konkurranselovens § 11. Som en informasjon kan både brudd på konkurranselovens §§ 10 og 11 kan medføre overtredelsesgebyr. Brudd på § 10 kan også medføre fengselsstraff eller bøter for de involverte. Det man må skille mellom her er "hvem er selger og hvem er kjøper". Vi finner saken både alvorlig og beklagelig, samt at de priseøkninger som er fremsatt er lite relevant i forhold til markedet generelt. Servicebil, som er nevnt i kravet, er heller ikke tilknyttet timeprisen.

Lønnsveksten for 2007 ligger på ca. 4,5 %, mens konsumprisindeksen har økt med 1,5 % de siste 12 månedene. En prisregulering er ment for å opprettholde et gunstig prisenivå ut fra et generelt marked. Dette er ikke ment som å følge slavisk lønnsreguleringer for hvert år, slik fungerer dessverre ikke B2B. Skulle vi som leverandør (eller andre selgere av varer og tjenester) kunne sette opp prisene på varer i takt med alle kostnader til kjeder og forhandlere, hadde dette selvfølgelig vært en bekvem situasjon, men dette er dessverre utenkelig. Enkeltes krav til endring av faktorlista's poster er ikke aktuelt da faktorlista ikke er til vurdering i 2008, og dette er å anse som en bransjesak.

En høy timepris fra en leverandør er ikke ensbetydende med bedre fortjeneste. Inntjeningen hos den enkelte leverandør må være det som er det avgjørende og som må fokuseres på. I dette ligger det mer enn selve timeprisen, bl.a. produkter, miks, delelevering, teknisk support, etc. Vi finner det urimelig at Electrolux som en seriøs leverandør, skal være med på å subsidiere mindre seriøse aktører. Som markedsleder er vi mest sannsynlig den største kunden til de fleste av dere. Normalt gir store volumkjøp, høyere rabatter.

Vi har i år opplevd en betydelig høyere kostnad på service enn tidligere antatt, samtidig som råvareprisene har økt betraktelig. Dette i sammenheng med at det ikke er realistisk å få til prisøkninger i detaljist leddet gjør at våre marginer er sterkt presset. Kravet som dere reiser med økning på 11,5 - 20 % vil derfor ikke være realistisk å forvente. Vedlagt finner dere vårt tilbud for 2008 som er vårt endelige tilbud. Aksepters ikke dette ber vi om en redegjørelse vedrørende bakgrunnen for deres krav. Vi vil på bakgrunn av denne redegjørelse vurdere sakens alternativer."

Vedlegg 27 E-post 21. desember 2007 fra C til A, fra Cs utboks

- (86) Etter at verkstedene individuelt hadde formidlet sitt priskrav til den enkelte leverandør, mottok verkstedene enten en aksept av tilbudet eller nytt tilbud fra leverandøren. ESK oppfordret medlemsverkstedene gjentatte ganger⁴¹ til å innrapportere svarene på verkstedenes priskrav fra de enkelte leverandørene. Eksempelvis fremgår følgende av nyhetsoppdatering 30. november 2007, jf. vedlegg 18, på medlemssidene:

"30.11.07

Fredagsbrevet uke 48!

- Timepriser 2008

Håper dere er godt i gang med å forberede brev/krav til leverandørene.

Husk!! Det er dere som MÅ be om en pris.

⁴¹ Se fredagsbrev i nyhetsoppdateringene på medlemssidene 30. november og 7. desember 2007, samt 4. januar 2008, jf. Vedlegg 18.

Send oss en tilbakemelding når svar fra leverandørene begynner å komme. Purr ev leverandøren etter 14 dg!!!"

- (87) I perioden hvor forhandlingene pågikk anbefalte ESK at ingen av verkstedene burde akseptere pristilbudet de hadde fått fra leverandøren [REDACTED]. Følgende fremgår av nyhetsoppdateringen 14. desember 2007 på medlemssidene til ESK:

"14.12.07

Fredagsbrevet uke 50!

- Timepriser 2008

Vi viser til egen e-post denne uken. Oppdatert liste, over tilbakemeldinger fra verkstedene på tilbudt timepris 2008, finner dere [her](#)

Så langt ser det ut til at [REDACTED] har «misset». Det er en timepris som ikke bør aksepteres av noen. Vi tar kontakt med [REDACTED] til uken for å få en orientering.

[REDACTED] ser heller ikke ut til å bli noen «høydare» i 2008. timepris virker ok."

- (88) Både nyhetsoppdatering 30. november 2007 og nyhetsoppdatering 14. desember 2007 har lenke til den nevnte mappen "2008" på medlemssiden.

- (89) En ytterligere nyhetsoppdatering ble publisert på medlemssidene 11. januar 2008⁴²:

"11.01.08

Veiledning vedrørende timepriser 2008

Med de tilbakemeldinger vi har mottatt, har vi gjort en veiledning og anbefaling for hver enkelt leverandør, som dere kan lese på medlemsiden >>[her](#)<<"

- (90) I databeslaget fra C ble det funnet en e-post sendt 25. januar 2008 fra A til "Post ESK", hvor det ble informert om at anbefalingen om timepriser for 2008 var oppdatert og at ESK håpet at alle fulgte med og benyttet seg av informasjonen på medlemssidene. Av e-posten fremgår følgende:

"Serviceavtaler/Timepriser 2008

Vi har denne uken oppdatert Veiledningen/anbefalingen timepriser 2008. Oversikt over Timepriser 2008 oppdateres jevnlig. Håper alle følger med og benytter seg av den informasjonen som foreligger.

Når det gjelder [REDACTED] har vi fortsatt ingen indikasjon som tilsier at de er interessert i å revurdere sine timepriser. Slik vi ser det har [REDACTED] gått ut med en lik pris til alle, mens [REDACTED] har ulike priser. Det er viktig at dere, som ikke har mottatt høyeste pris, i det minste får presset prisen opp til dagens maks nivå (se oversikt timepriser 2008). Videre håper vi at dere har sendt inn krav/motkrav til de leverandører dere mener ligger for lavt i pris. Et massivt press mot leverandørene er VIKTIG. Får dere ikke svar på henvendelsen MÅ dere purre. Uten aktivitet/synliggjøring mot leverandørene, gir et signal om at dere «har gitt opp». Stå på og la leverandørene få en forståelse at dette er alvor.

Det er klart at pristema må ha en ende før eller siden. Hva skal dere gjøre om dere ikke blir hørt? Det er som alltid 2 muligheter. Godta eller si opp av avtalen. Si opp avtalen er for mange en tøff greie og den MÅ nøye vurderes. Er dere i tvil om hvordan dere skal forholde dere til tema, er det bare å ta kontakt med kjedekontoret."

Vedlegg 28 E-post 25. januar 2008 fra A til "Post ESK", fra Cs innboks

- (91) Konkurransetilsynet legger til grunn at e-posten 25. januar 2008 ble sendt til medlemsverkstedene,⁴³ på tilsvarende måte som e-post 19. november 2007 fra A til "Post ESK".⁴⁴
- (92) I mappen "2008" på medlemssiden ligger ytterligere tre dokumenter sist oppdatert i tidsrommet 12. til 14. februar 2008. I regnearket "Tilbakemelding timepris 2008" fremgår

⁴² Jf. Vedlegg 18.

⁴³ Se redegjørelsen ovenfor om mottakere av e-poster sendt til "[Post ESK](#)", jf. avsnitt (73).

⁴⁴ Jf. Vedlegg 25.

høyeste og laveste pris for de ulike leverandørene som medlemsverksteder har innrapportert tilbud fra. Ettersom det i regnearket er 18 priser på hvitevareleverandøren ■■■, har minst 18 ulike verksteder rapportert inn sine priser. Videre fremgår også ESKs anbefalte minimumstimepris for 2008, samt laveste og høyeste innrapporterte timepris for 2007. Prosentvise endringer mellom de innrapporterte prisene i 2007 og 2008 er også lagt inn i regnearket.

Vedlegg 29 Regnearket "*Tilbakemelding timepris 2008*" i mappen "2008" på medlemssidene til ESK

- (93) Videre vises det også til dokumentet "*Resymé av tilbakemeldinger timepriser (2008)*", sist oppdatert 13. februar 2008. Dokumentet er en oversikt der laveste og høyeste innrapporterte pristilbud for 2008 fra rundt 30 leverandører fremgår, samt ESKs anbefalte pris for 2008. Videre fremgår det av dokumentet hvordan ESK anbefalte at verkstedene skulle forholde seg til tilbudene de hadde mottatt fra leverandørene. Eksempelvis kan det vises til følgende informasjon i dokumentfilen:

"■■■■■

Anbefalt pris 2008: kr ■■■

Tilbudt pris 2008, lavest: kr ■■■ NB!

Tilbudt pris 2008, høyest: kr ■■■

Det virker som alle har fått et pristilbud på ■■■ tillegg for 2008.

ESK er av den formening at en timepris på kr ■■■ er til å leve med og anbefaler å akseptere en timepris som er over kr ■■■.

De av dere som ligger lavere, anbefaler vi å be om en revurdering av timeprisen (prosenttillegget), slik at dere kommer over kr ■■■.- (...)

■■■■■

Anbefalt pris 2008: kr ■■■

Tilbudt pris 2008, lavest: kr ■■■ NB!

Tilbudt pris 2008, høyest: kr ■■■

Tilbyr 020 på dobbeltur.

Det ser ikke ut til at de pr i dag klarer eller har evnen til å gå ut over kr ■■■.-.

Det må bli opp til en hver å gjøre opp en status og om det er levelig å skru på ■■■ produkter for betingelser som nevnt overfor. (...)

■■■■■

Anbefalt pris 2008: kr ■■■

Tilbudt pris 2008, lavest: kr ■■■

Tilbudt pris 2008, høyest: kr ■■■

■■■■■ har for 2008 gitt en svært beskjeden økning.

ESK anbefaler sine medlemmer til å sende et svarbrev til ■■■ og be de revurdere sin timepris på nytt. Se for øvrig det som står beskrevet under ■■■.

Vedlegg 30 Dokumentet "*Resymé av tilbakemeldinger timepriser (2008)*" i mappen "2008" på medlemssidene til ESK

4.5.2 Oppsummering 2008

- (94) Gjennomgangen viser at ESK ved forhandlingene om prisene for 2008, på samme måte som ved forhandlingene om prisene for 2007, benyttet tidligere innsamlede priser fra verkstedene til å distribuere prisinformasjon og anbefalinger til sine medlemmer. Prisene som ble benyttet som grunnlag var samlet inn fra verkstedene i februar 2007, altså under og etter forhandlingene om priser for 2007.
- (95) ESK benyttet denne informasjonen til å lage regneark som blant annet viste laveste og høyeste gjeldende priser for den enkelte leverandør for 2007. ESK kom også med anbefalte minimumspriser for den enkelte leverandør for 2008. Regnearkene ble distribuert til

medlemsverkstedene gjennom medlemssidene og/eller e-post i perioden før (og under) forhandlingene om priser for 2008.

- (96) Videre oppfordret ESK medlemsverkstedene til å innrapportere til ESK tilbudene fra den enkelte leverandør. Basert på innrapporteringene publiserte ESK et regneark med laveste og høyeste tilbud fra den enkelte leverandør for 2008. Regnearket ble fortløpende oppdatert. Videre fremsatte ESK anbefalinger til medlemsverkstedene vedrørende hvilke priser for 2008 verkstedene burde akseptere fra den enkelte leverandør.

4.6 Forhandlinger om priser for reparasjoner for 2009

4.6.1 Nærmere om ESKs virksomhet vedrørende forhandlinger om priser for 2009

- (97) Konkurransetilsynet vil i det følgende redegjøre for hvordan ESK anbefalte sine medlemsverksteder å øke prisene for reklamasjonsreparasjoner for 2009. Redegjørelsen vil vise at ESK opptrådte på tilsvarende måte som ved forhandlingene for 2007 og 2008, jf. redegjørelsen i punktene 4.4 og 4.5.

- (98) Det ble avholdt styremøte i ESK 30. oktober 2008. Et av temaene på møtet var medlemsverkstedenes timepriser for 2009. Fra protokollen fra styremøtet, sak 46/2008, hitsettes:

"Priser mot leverandører 2009

Kjedekontoret lager en guide for verkstedene på linje med den vi hadde i fjor. Pga finansuro og utsikter for lavere vekst er det usikkerhet om hvor smerteterskelen er hos leverandørene. Det ble antydnet å antydne en økning på 3-4 % på timerpriser. Noen leverandører ligger lavt og bør kunne heve seg enda høyere."

Vedlegg 31 E-post av 31. oktober 2008 fra A til styret med vedlagt protokoll fra styremøte i ESK 30. oktober 2008

- (99) På tilsvarende måte som for prisene for 2008 ble det opprettet en undermappe med tittel "2009" på medlemssidene under mappen "Timepriser". ESK informerte også sine medlemmer om at de ville gjennomføre tilsvarende prosess som ved forrige forhandlingsperiode. Fra nyhetsoppdatering 21. november 2008 på medlemssidene hitsettes:

"Serviceavtaler, priser for 2009

Til orientering vil vi kjøre samme opplegg/hjelpemidler/oversikt i år som i fjor. Vi kommer tilbake med mer info til uken i en egen e-post."

Vedlegg 32 Nyhetsoppdateringer fra 9. juni 2008 til 9. juli 2010, fra medlemssidene til ESK

- (100) I undermappen "2009" var det lagret dokumentfiler som omhandlet medlemsverkstedenes timeprisforhandlinger for 2009. Fire dokumentfiler var lagret i undermappen før oppstart av forhandlingene mellom det enkelte medlemsverksted og den enkelte leverandør. Dokumentene var et informasjonsbrev fra ESK til medlemsverkstedene, en brevmal som verkstedene kunne benytte ved utsendelse av sitt priskrav til leverandørene, en liste med leverandørenes adresser og et regneark tilsvarende dokumentene som ble publisert i forkant av forhandlingene om prisene for foregående år, se nærmere beskrivelse av regnearket nedenfor.

Vedlegg 33 Informasjonsbrevet "Timepriser 2009" lagret 1. desember 2008 i undermappen "2009" på medlemssidene til ESK

Vedlegg 34 Brevmalen "Timepris 2009" lagret 1. desember 2008 i undermappen "2009" på medlemssidene til ESK

Vedlegg 35 Regnearket "Kontakter, adresse leverandør" lagret 9. desember 2008 i undermappen "2009" på medlemssidene til ESK

Vedlegg 36 Regnearket "Forslag priser 2009" lagret 1. desember 2008 i undermappen "2009" på medlemssidene til ESK

- (101) I regnearket "Forslag priser 2009" fremgår den laveste og høyeste 2008-prisen for den enkelte leverandør. Prisene er basert på prisinformasjon innrapportert fra medlemsverkstedene til ESK under og etter forhandlingene om timepriser for 2008. I dokumentet vises også priser som medlemsverkstedene ble anbefalt av ESK å kreve fra den enkelte leverandør for 2009. De

anbefalte prisene tar utgangspunkt i den høyeste innrapporterte prisen per leverandør, som deretter er tillagt 0 til 7 prosent økning, med et gjennomsnitt på 1,8 prosent.

- (102) ESK sendte e-post 1. desember 2008 til "Post ESK", med medlemsverkstedene som blindkopimottakere.⁴⁵ I e-posten, som har tittelen "*Serviceavtaler, priser 2009*", er det opplyst at "[n]å er underlag lagt ut på nett" og inntatt en lenke til undermappen "2009" på medlemssidene.

Vedlegg 37 E-post 1. desember 2008 fra A til medlemsverkstedene

- (103) I tillegg publiserte ESK nyhetsoppdateringer på medlemssidene, hvor det også var en lenke til undermappen "2009" på medlemssidene. Dette fremgår eksempelvis av nyhetsoppdatering 5. desember 2008 på medlemssidene til ESK, jf. vedlegg 32.
- (104) På tilsvarende måte som under forhandlingene om prisene for 2008, oppfordret ESK medlemsverkstedene til å innrapportere tilbudene de fikk fra de enkelte leverandørene for 2009.
- (105) På medlemssidene i undermappen "2009" ble det lagt ut et dokument med tittelen "*Tilbakemelding timepris 2009*". Dette er et regneark som fortløpende ble oppdatert etter hvert som ESK mottok innrapporteringene fra medlemsverksteder om prisene for 2009. I regnearket fremgår laveste og høyeste innrapporterte tilbud fra de enkelte leverandørene til de verkstedene som innrapporterte priser til ESK.

Vedlegg 38 Regnearket "*Tilbakemelding timepris 2009*" i undermappen "2009" på medlemssidene til ESK

- (106) Videre ble det i den samme mappen også publisert en dokumentfil "*Resymé av tilbakemeldinger timepriser 2009*". Dokumentet er en oversikt over laveste og høyeste innrapporterte pristilbud for 2009 fra 26 leverandører, samt ESKs anbefalte pris for 2009.

Vedlegg 39 Dokumentet "*Resymé av tilbakemeldinger timepriser 2009*" i undermappen "2009" på medlemssidene til ESK

4.6.2 Oppsummering 2009

- (107) Gjennomgangen viser at ESK ved forhandlingene om prisene for 2009, på samme måte som ved forhandlingene om prisene for 2007 og 2008, benyttet tidligere innsamlede priser fra verkstedene til å distribuere prisinformasjon og anbefalinger til sine medlemmer. Prisene som ble benyttet som grunnlag var samlet inn fra verkstedene under forhandlingene om priser for 2008.
- (108) ESK benyttet også dette året informasjonen til å lage regneark som blant annet viste laveste og høyeste gjeldende priser for den enkelte leverandør for 2008. ESK kom også med anbefalte minimumspriser for den enkelte leverandør for 2008. Regnearkene ble distribuert til medlemsverkstedene gjennom medlemssidene og e-post i perioden før (og under) forhandlingene om priser for 2009.
- (109) ESK oppfordret igjen medlemsverkstedene til å innrapportere til ESK tilbudene den enkelte leverandør ga tilbake til verkstedene. Basert på innrapporteringene publiserte ESK et regneark med laveste og høyeste tilbud fra den enkelte leverandør for 2009. Regnearket ble fortløpende oppdatert. I slutfasen av forhandlingene fremsatte ESK anbefalinger til medlemsverkstedene vedrørende hvilke priser verkstedene burde akseptere fra den enkelte leverandør for 2009.

4.7 Forhandlinger om priser for reparasjoner for 2010

4.7.1 Nærmere om ESKs virksomhet vedrørende forhandlinger om priser for 2010

- (110) Konkurransetilsynet vil i det følgende redegjøre for hvordan ESK fremsatte anbefalinger vedrørende priser for 2010 til sine medlemsverksteder. Redegjørelsen vil vise at ESK har opptrådt på tilsvarende måte som ved forhandlingene om priser for årene 2007, 2008 og 2009, beskrevet ovenfor i underkapittel 4.4 til 4.6.

⁴⁵ Her fremgår altså blindkopimottakerne (BCC) ettersom denne e-posten er hentet fra As utboks, der beslaget inneholder e-post-korrespondanse tilbake til starten av 2008.

- (111) A og styret i ESK avholdt et møte 17. september 2009. Dagen etter sendte A en e-post med referat fra møtet til møtedeltagerne. I referatet fremgår det blant annet at *"Vi ser for oss et krav på 2 til 3 % økning av timeprisen"*, jf. kulepunktet *"Timepriser 2010"* i referatet.

Vedlegg 40 E-post 18. september 2009 fra A til styremedlemmene med dokumentet *"Referat fra arbeidsmøte ESK 17.09 2009 kl 09.00"* som vedlegg

- (112) På samme måte som de foregående årene ble det opprettet en undermappe til mappen *"Timepriser"* på medlemssidene. Undermappen hadde tittelen *"2010"*. Før forhandlingene mellom det enkelte medlemsverksted og den enkelte leverandør tok til, ble det lagt inn flere dokumentfiler i undermappen vedrørende verkstedenes timeprisforhandlinger. Blant annet ble det publisert et informasjonsbrev vedrørende timeprisene for 2010, hvor en prisøkning på 2,5 prosent begrunnes. Videre fremkommer følgende:

"Som der vil se av anbefalt timepris 2010, er det fortsatt noen leverandører som opererer med forskjellige timepriser (se laveste og høyeste timepris). Sjekk derfor din timepris opp mot høyeste pris 2009."

"For at alle skal få en best mulig informasjon og hjelpemiddel til timepriser 2010, er det VIKTIG at dere melder inn det pristilbudet dere mottar for 2010. Alle timepriser vil synliggjøres i Oversikt tilbakemelding timepriser 2009."

Vedlegg 41 Informasjonsbrevet *"Timepriser 2010"* lagret 30. november 2009 på medlemssidene til ESK

- (113) Det ble også lagt ut ytterligere et informasjonsbrev, en adresseliste med leverandørenes adresser, en brevmal med momenter for verkstedenes timepriskrav overfor leverandørene, samt et regneark med tittel *"Anbefalte timepriser 2010"*.

Vedlegg 42 Brevmalen *"Timepris 2010"* sist oppdatert 3. desember 2009 på medlemssidene til ESK

Vedlegg 43 Regnearket *"Anbefalte timepriser 2010"* lagret 30. november 2009 på medlemssidene til ESK

- (114) Regnearket *"Anbefalte timepriser 2010"* har tilsvarende funksjon som regnearkene *"Veiledning – timepris 2007"*, *"Forslag timepris 2008"*⁴⁶ og *"Forslag priser 2009"*, jf. vedlegg 21, vedlegg 25 og vedlegg 36.

- (115) Av regnearket *"Anbefalte timepriser 2010"* fremgår laveste og høyeste timepris for den enkelte leverandør for 2009. Prisene er basert på informasjonen som verkstedene hadde innrapportert i forbindelse med forhandlingene om timepriser for 2009, jf. redegjørelsen i underkapittel 4.6.1. Videre fremgår ESKs anbefalinger vedrørende prisen som medlemsverkstedene burde kreve fra den enkelte leverandør for 2010. De anbefalte prisene tar utgangspunkt i den høyeste innrapporterte prisen per leverandør i 2009, som deretter er gitt et påslag på 1,5 til 12,5 prosent, med et gjennomsnittspåslag på 3,2 prosent. I informasjonsbrevet *"Timepriser 2010"* fremgår det at

"For at alle skal få en best mulig informasjon og hjelpemiddel til timepriser 2010, er det VIKTIG at dere melder inn det pristilbudet dere mottar for 2010. Alle timepriser vil synliggjøres i Oversikt tilbakemelding timepriser 2009."

- (116) ESK publiserte lenker til undermappen *"2010"* på nyhetsoppdateringer på medlemssidene 30. november og 2. desember 2009.⁴⁷

- (117) Videre sendte ESK e-post 2. desember 2009 til *"Post ESK"*, med medlemsverkstedene som blindkopimottakere, med informasjon vedrørende forhandlingene om timepriser for 2010. Også i e-posten var det lenke til undermappen *"2010"* på medlemssidene til ESK.

Vedlegg 44 E-post 2. desember 2009 fra A til medlemsverkstedene

⁴⁶ Vedlegg til e-post av 19.11.2007 fra A til medlemsverkstedene i ESK, jf. Vedlegg 25.

⁴⁷ Jf. Vedlegg 32.

- (118) På tilsvarende måte som for de årlige forhandlingene om priser for 2007-2009 publiserte ESK et regneark som viste laveste og høyeste tilbud den enkelte leverandør hadde gitt til medlemsverkstedene under forhandlingene. Regnearket "*Tilbakemelding timepris 2010*" var basert på innrapportert informasjon fra medlemsverkstedene og ble lagt inn i mappen "*Timepriser 2010*" på medlemssiden.

Vedlegg 45 Regnearket "*Tilbakemelding timepris 2010*" på medlemssidene til ESK

- (119) ESK sendte 16. april 2010 e-post til "*Post ESK*", med medlemsverkstedene som blindkopimottakere. I e-posten fremgår ESKs anbefaling vedrørende medlemsverkstedenes mottatte tilbud fra leverandørene [REDACTED] og [REDACTED]. Fra e-post 16. april 2010 fra A til medlemsverkstedene hitsettes:

"[REDACTED] serviceavtale/betingelser 2010

(...) Dessverre ser det ut til at [REDACTED] står på stedet hvil. Antar at flere allerede har sendt et krav til [REDACTED], men de ber nå på nytt om et ev krav/forespørsel. Oppfordrer ALLE til å sende et nytt krav om timepris. Timeprisen bør inneholde en kompensasjon for etterslep fra nyttår og frem til i dag/ny pris gjelder (hva med f eks kr [REDACTED]?)"

Vedlegg 46 E-post 16. april 2010 fra A til medlemsverkstedene

4.7.2 Oppsummering 2010

- (120) Gjennomgangen viser at ESK, basert på innrapporterte priser fra medlemsverkstedene, ga prisinformasjon og anbefalinger til medlemsverkstedene både i forkant av og i slutfasen av forhandlingene om timepriser for 2010. Videre distribuerte og publiserte ESK pristilbud fra leverandører gitt i pågående forhandlinger. Praksisen med innhenting av priser og distribusjon av prisanbefalinger og pristilbud fra leverandører, etablert i de foregående årene, ble således videreført i forhandlingene om priser for 2010.

4.8 Forhandlinger om priser for reparasjoner for 2011

4.8.1 Nærmere om ESKs virksomhet vedrørende forhandlinger om priser for 2011

- (121) Det vil i det følgende redegjøres for hvordan ESK, basert på innrapportert prisinformasjon fra medlemsverkstedene, ga sine medlemsverksteder prisanbefalinger for 2011 tilsvarende praksisen for årene 2007-2010.
- (122) Senhøstes 2010 ble faktorlisten revidert, jf. redegjørelsen i underkapittel 4.3 Endringen var gjort fra leverandørenes side, og innebar at listen endret navn til "*enhets(pris)listen*". Revideringen medførte at de bilaterale forhandlingene mellom det enkelte verksted og den enkelte leverandør gjaldt "*basisprisen*" i stedet for timeprisen. Basisprisen er prisen for hele reklamasjonsoppdraget, eksklusiv utføring av selve reparasjonen.
- (123) På tilsvarende måte som ved forhandlingene om priser for årene 2007-2010 ble det for 2011 opprettet en egen mappe på medlemssidene til ESK som inneholdt informasjon om forhandlingene om priser. Mappen inneholder også informasjon om endringen fra faktorliste til enhetsprisliste. Mappen har tittelen "*Enhetsprislisten 2011*".
- (124) I startfasen av forhandlingene om priser for 2011, sendte ESK 17. desember 2010 en e-post til "*Post ESK*", med medlemsverkstedene som blindkopimottakere. Som vedlegg til e-posten lå regnearket "*Forslag basispris 2011 - Enhetsprislisten*". Av e-posten fremgår blant annet følgende:

"Vedlagt følger et regneark hvor dere kan beregne, det vi kan kalle, en minimum pris for 2011."

Vedlegg 47 E-post 17. desember 2010 fra A til medlemsverkstedene med vedlegget "*Forslag basispris 2011 - Enhetsprislisten*"

- (125) Både e-posten og regnearket ble også lagt ut på medlemssidene i mappen "*Enhetsprislisten 2011*".
- (126) I regnearket "*Forslag basispris 2011 - Enhetsprislisten*" skal verkstedet sette inn sine timepriser for 2010 i kolonne to, altså prisene som ble benyttet sammen med faktorlisten. Det er allerede satt inn timepriser her, men kolonnen har følgende overskrift: "*Din timepris i dag*"

(kan endres og ny basispris utregnes)". Ifølge e-posten er de innsatte prisene gjennomsnittsprisene av fire av medlemsverkstedenes timepriser for 2010.

- (127) Basert på den innsatte timeprisen beregner regnearket hvilke basispriser som vil gi tilsvarende inntjening med den nye enhetsprislisten.⁴⁸ Således utgjør regnearket et verktøy for å hjelpe verkstedene ved omstillingen fra faktorliste/timepriser til enhetsprisliste/basispriser. Regnearket beregner også hvilken basispris verkstedene må ta for 2011 for samtidig å oppnå en reell prisstigning på 2,5 prosent i forhold til timeprisen for 2010.
- (128) Forøvrig poengteres det både i regnearket og i e-posten at bonusmuligheten ikke er medregnet. Det var ikke bonusmuligheter i faktorlisten. For å få bonus på et oppdrag kreves det at oppdraget fullføres innen 5 dager fra oppdraget ble mottatt, jf. vedlegg 17. At den nye bonusmuligheten ikke er medregnet medfører derfor at dersom verkstedene også klarte å oppnå bonus, ville den utregnede basisprisen medføre en økning i inntjeningen per oppdrag på mer enn 2,5 prosent sammenlignet med det som ville blitt inntjeningen med den innsatte timeprisen for 2010.
- (129) ESK publiserte en nyhetsoppdatering på medlemssidene 22. desember 2010 der det blant annet ble oppfordret til innrapportering av de tilbudte basisprisene fra leverandørene. Nyhetsoppdateringen lød som følger:
- "22.12.10
Basispriser 2011 – Enhetsprislisten!
 Håper alle kan sende inn priser. Vi oppdaterer etter hvert.
 Klikk [her](#)"*
- Vedlegg 48** Nyhetsoppdateringer fra 9. juli 2010 til 23. mai 2011, fra medlemssidene til ESK
- (130) Lenken i nyhetsoppdateringen viser til mappen "*Enhetsprislisten 2011*" på medlemssiden til ESK.
- (131) Samme dag som nyhetsoppdateringen ble publisert, 22. desember 2010, opprettet A regnearket "*Bekreftet basispris 2011 – Enhetsprislisten*". Regnearket ble sist oppdatert 8. mars 2011. Oversikten i regnearket viser blant annet de laveste og høyeste mottatte tilbudene for 2011. I tillegg fremgår det at minst 19 verksteder må ha rapportert inn tilbud de har mottatt fra leverandørene vedrørende basispriser for 2011. Regnearket befinner seg i mappen "*Enhetsprislisten 2011*" på medlemssidene. Det ligger også en lenke direkte til regnearket øverst på forsiden av medlemssidene der det står "*oppdateres jevnlig*" bak lenken. Konkurransetilsynet legger til grunn at regnearket ble lagt inn i mappen "*Enhetsprislisten 2011*" under forhandlingsperioden, og at det ble fortløpende oppdatert.
- Vedlegg 49** Regnearket "*Bekreftet basispris 2011 - Enhetsprislisten*" på medlemssidene til ESK, sist oppdatert 8. mars 2011
- (132) Regnearket har innebygd omregningsfunksjon fra faktorliste/timepris til enhetsprisliste/basispris. Øverst i regnearket fremgår følgende forklaring:
- "Utregningen av basispris 2011 tar hensyn til «tapet» mellom faktorliste 2010 og ny enhetsprisliste 2011, pluss forventet prisøkning 2011. Post 400 – bonus – er ikke medregnet og kommer som et tillegg (ev økt inntjening). Kjøring er heller ikke med i beregningen. **Sett inn timeprisen 2010** (kan variere i forhold til den timeprisen vi har satt inn) og skjema regner automatisk ut en basispris 2011 (bør være en minimumspris)."*
- (133) ESK avholdt 27. januar 2011 styremøte på Gardemoen. Den 31. januar 2011 sendte A møtereferat med seks vedlegg til styremedlemmene.⁴⁹ Et av vedleggene var "*Styrets kommentar til enhetslisten og trendene rundt ny basispris*". Dokumentet inneholder, på lik linje som ved de årlige forhandlingene om prisene for årene 2008 og 2010, anbefalinger rundt de ulike leverandørene og deres tilbudte priser for 2011, eksempelvis:

⁴⁸ Disse beregningene er gjort av A, basert på data fra et større antall oppdrag fra fire medlemsverksteder.

⁴⁹ Jf. Vedlegg 50.

"██████":

Tilbakemeldinger tilsier at basispriser 2011 er mildt sagt tragiske. Med en timepris 2010 på kr █████, kan en basispris på ca kr █████ være akseptabel. Pr dag dato står denne leverandøren til «strykarakter». Her kreves en massiv aksjon. En skarp e-post fra alle er på sin plass."

Vedlegg 50 E-post fra A til styret 31. januar 2011, med vedlegget "*Styrets kommentar til enhetslisten og trendene rundt ny basispris*" datert 27. januar 2011

Dette vedlegget ble også lagt ut på medlemssidene i mappen beskrevet over og ble således tilgjengelig for samtlige av ESKs medlemmer.

Vedlegg 51 "*Styrets kommentar til enhetslisten og trendene rundt ny basispris*" datert 27. januar 2011, funnet på ESKs medlemssider i mappen "*Enhetsprislisten 2011*"

4.8.2 Oppsummering 2011

- (134) Gjennomgangen viser at ESK, basert på innrapporterte priser fra medlemsverkstedene, ga prisinformasjon og anbefalinger til medlemsverkstedene både i forkant og i sluttfasen av forhandlingene om basispriser for 2011. Videre distribuerte og publiserte ESK pristilbud fra leverandører gitt i pågående forhandlinger. Praksisen med innhenting av priser og distribusjon av prisanbefalinger og pristilbud fra leverandører, etablert i de foregående årene, ble således videreført i forhandlingene om priser for 2011.

4.9 Oppsummering av ESKs aktiviteter fra 2006 til 2011

- (135) Det fremgår av det ovenstående at ESK i perioden 2006-2011 årlig har samlet inn en rekke av medlemsverkstedenes tilbudte/avtalte priser for reparasjonstjenester for et tyvetalls hvitevareleverandører. ESK har oppfordret medlemsverkstedene til å innrapportere pristilbudene de mottok fra leverandørene i de pågående forhandlingene. Dette omfattet både tilbudte og aksepterte priser. Innsamlingen og distribusjonen av prisene ble gjort i forbindelse med de årlige forhandlingene om prisnivåene i serviceavtalene mellom verkstedene og hvitevareleverandørene.
- (136) Videre har ESK fra høsten 2006 distribuert disse prisene til medlemsverkstedene i anonymiserte prisintervaller brutt ned på enkeltleverandørnivå. ESK har tilgjengeliggjort oppdaterte regneark med prisintervall for de enkelte leverandørene. Informasjonen ble distribuert per e-post til ESKs medlemmer og gjennom ESKs medlemssider.
- (137) ESK har videre benyttet de innrapporterte prisene som utgangspunkt for konkrete anbefalinger om prisøkninger per leverandør i påfølgende år. ESK har kommet med anbefalinger om hvordan verkstedene skal forholde seg til konkrete tilbud mottatt fra de enkelte leverandørene i forhandlingene, herunder hvilke priser som er akseptable.
- (138) Det er daglig leder i ESK som har samlet inn og distribuert prisanbefalinger til ESKs medlemmer. Samtidig har Styret i ESK hele tiden blitt godt informert om praksisen gjennom styremøter og generalforsamlinger, e-post-korrespondanse og informasjon publisert på hjemmesidene til ESK. Styremedlemmer har også deltatt i utarbeidelse av flere av dokumentene i samarbeid med daglig leder.
- (139) ESK fortsatte med praksisen til tross for at leverandører reagerte på det som syntes som koordinert adferd fra verkstedenes side og anførte at dette kunne være i strid med konkurranseloven § 10.

5 Overtredelse av konkurranseloven § 10

5.1 Rettslig grunnlag

- (140) Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

"Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i

- a. *å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
- b. *å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
- c. *å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
- d. *å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- e. *å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a. *å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- b. *å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak). Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd.”

- (141) Konkurranseloven § 10 er harmonisert med EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (heretter "TEUV").
- (142) Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at EU/EØS-praksis knyttet til nevnte bestemmelser vil veie tungt ved fortolkningen av konkurranseloven § 10.⁵⁰ Tilsvarende er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1556, premiss 27.
- (143) Forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 gjelder både konkurransebegrensninger mellom foretak på samme omsetningsledd (horisontalt samarbeid) og konkurransebegrensninger mellom foretak på forskjellige omsetningsledd (vertikalt samarbeid). Denne saken gjelder et horisontalt samarbeid.
- (144) For å kunne ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 første ledd for en overtredelse av konkurranseloven § 10, som er aktuelt i denne saken, kreves det i henhold til rettspraksis at det faktum som legges til grunn for rettsanvendelsen er bevist med klar sannsynlighetsovervekt, jf. kapittel 6.1.1.⁵¹

5.2 Forholdet til EØS-reglene

- (145) Konkurransetilsynet har i henhold til EØS-konkurranseloven § 6, jf. § 7 første ledd både kompetanse og plikt til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 i tilfeller hvor "handelen" mellom Norge og andre EØS-land "kan" bli påvirket. I vurderingen av om "samhandelskriteriet" er oppfylt henter Konkurransetilsynet veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54.⁵²

⁵⁰ Ot.prp.nr 6 (2003-2004) side 224.

⁵¹ Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*), premiss 60.

⁵² Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalens artikkel 53 og 54 (heretter "samhandelskunngjøringen"), EF-tidende C305/3430.11.2006 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 59/18, 30.11.2006, s. 18 flg.

- (146) Det gjelder etter rettspraksis også et merkbarhetskrav, som innebærer en avgrensning mot avtaler og opptreden som kun berører markedet i ubetydelig grad.⁵³
- (147) Det følger av beskrivelsen i kapittel 3 og 4 ovenfor, at samarbeidet har omfattet hvitevarereparasjonstjenester i Norge. Tjenestene er av lokal karakter, og det er ingen forhold i saken som tyder på at samarbeidet har kunnet påvirke handelen mellom Norge og andre EØS-land merkbart.
- (148) Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at samhandelskriteriet ikke er oppfylt og at EØS-avtalen art. 53 derfor ikke kommer til anvendelse.

5.3 Nærmere om vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd

- (149) Konkurranseloven § 10 første ledd oppstiller nærmere vilkår som må være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt. For det første må samarbeidet skje mellom uavhengige foretak ("*foretakskriteriet*"), jf. underkapittel 5.3.1 nedenfor. For det andre må det foreligge en "*beslutning truffet av sammenslutninger av foretak*", "*avtale*" eller "*samordnet opptreden*" ("*samarbeidskriteriet*"), jf. underkapittel 5.3.2 nedenfor. For det tredje må samarbeidet ha "*til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*" ("*konkurransbegrensningskriteriet*"), jf. underkapittel 5.3.3 nedenfor. For det fjerde må konkurransen begrenses merkbart ("*merkbarhetskriteriet*"), jf. underkapittel 5.3.4 nedenfor. Merkbarhetskravet fremkommer ikke direkte av lovteksten, men det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det må oppstilles et merkbarhetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS retten.⁵⁴

5.3.1 Foretakskriteriet

5.3.1.1 Rettslig utgangspunkt

- (150) For at konkurranseloven § 10 skal komme til anvendelse må det foreligge et samarbeid mellom uavhengige foretak. I konkurranseloven § 2 defineres foretak som "*enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet*". Det fremgår videre av forarbeidene at foretaksdefinisjonen i konkurranseloven § 2 skal tolkes i samsvar med foretaksbegrepet i EU/EØS-retten og vil være underlagt rettsutviklingen der.⁵⁵ Konkurranseloven § 10 får ikke anvendelse på samarbeid mellom foretak som inngår i samme økonomiske enhet og som således ikke opptrer på markedet uavhengig av hverandre.⁵⁶
- (151) Foretaksbegrepet omfatter enhver enhet som driver økonomisk aktivitet, og EU-domstolen har slått fast at enhver aktivitet som består i å tilby varer og tjenester på et gitt marked er en økonomisk aktivitet.⁵⁷ I denne saken er spørsmålet hvorvidt det aktuelle samarbeidet er organisert av en sammenslutning av foretak.
- (152) Det følger av EU-domstolens praksis at det ved avgjørelsen av om det foreligger en sammenslutning av foretak ikke oppstilles noe krav til enhetens rettslige form.⁵⁸ Det fremgår videre av EU-domstolens praksis og juridisk teori at en bransjeorganisasjon typisk vil være å anse som en sammenslutning av foretak i konkurranserettslig forstand.⁵⁹

⁵³ Samhandelskunngjøringen, punkt 44, med videre henvisninger til rettspraksis.

⁵⁴ Ot.prp.nr 6 (2003-2004) side 225.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 34.

⁵⁶ Sak 22/71 *Béguelin Import mot GL Import Export*, Sml. 1972 s. 949, premiss 8-9; sak 15/74 *Centrafarm BV mot Sterling Drug Inc*, Sml. 19674 s. 1147, premiss 41; sak 30/87 *Corinne Bodson mot Pompes Funèbres*, Sml. 1988 s. 2479, premiss 19.

⁵⁷ Jf. C-41/90 avsnitt 21 og C-180/98 avsnitt 75.

⁵⁸ Se blant annet sak C-309/99 *Wouters v. Aegemene Raad van de Nederlandse Order van Advocaten*, Sml. 2002 side I-1577, samt Jones and Sufrin, "*EC Competition Law*", third edition 2007, side 130 flg. og side 146 flg.

⁵⁹ Se bl.a. Whish, "*Competition Law*", seventh edition 2012, side 91 og 110.

5.3.1.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (153) Det fremgår av vedtakets underkapittel 2.1 at ingen av medlemmene har kontroll over ESK. Det fremkommer videre at medlemmene i ESK er uavhengige foretak, og at disse driver økonomisk aktivitet ved at tjenester tilbys i et marked.
- (154) Konkurransetilsynet finner at ESK er en sammenslutning av foretak, og at foretakskriteriet således er oppfylt.

5.3.2 Samarbeidskriteriet

5.3.2.1 Rettslig utgangspunkt

- (155) Samarbeid kan i henhold til konkurranseloven § 10 første ledd skje gjennom en "avtale", "samordnet opptreden" eller "beslutning truffet av [en] sammenslutning [...] av foretak".
- (156) Vilkåret "beslutning truffet av [en] sammenslutning [...] av foretak" er det aktuelle alternativet med hensyn til anvendelsen av konkurranseloven § 10 første ledd i denne saken.
- (157) Begrepet "beslutning" er i praksis fra Kommisjonen, Førsteinstansretten og EU-domstolen underlagt en vid fortolkning.⁶⁰ Det avgjørende er om sammenslutningens aktiviteter, uavhengig av form, er egnet til å samordne medlemmenes kommersielle aktiviteter og derigjennom begrense konkurransen.⁶² Begrepet omfatter både aktiviteter fra en sammenslutning som er bindende for medlemmene og mer uformelle måter å samordne aktivitetene til medlemmene.⁶³
- (158) Anbefalinger fra sammenslutninger trenger verken være bindende, eller etterleves av sammenslutningens medlemmer, for å utgjøre en "beslutning". I saken *Verband der Sacherversicherer mot Kommisjonen* uttalte EU-domstolen at:
*"Although the title of the recommendation describes it as "non-binding", it is nevertheless in the nature of a "decision" of an association of undertakings. It is sufficient that the recommendation is in conformity with the association's statutes and that it was brought to the notice of its members as a statement of the policy of the association of undertakings in the manner laid down therein."*⁶⁴
- (159) Det er tilstrekkelig å påvise at anbefalingene er fremsatt på vegne av sammenslutningen og at anbefalingen har til formål, eller er egnet til, å samordne medlemmenes kommersielle aktivitet.⁶⁵ Det er heller ikke nødvendig at medlemmene har oppfattet anbefalingene som et bindende pålegg eller at medlemmene antar at manglende etterlevelse sanksjoneres fra sammenslutningens side. Anbefalt atferd fra en sammenslutning av foretak vil således være omfattet.⁶⁶

5.3.2.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (160) Konkurransetilsynet vil i det videre vurdere om det foreligger en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak.
- (161) Konkurransetilsynet legger, som det fremgår av oppsummeringen i kapittel 4.9, til grunn at ESK i forbindelse med de årlige bilaterale forhandlingene mellom verkstedene og leverandørene for årene 2007 til 2011 har publisert og distribuert prisinformasjon og anbefalinger til medlemsverkstedene i form av regneark med anbefalte priser. Anbefalingene ble gitt før og under forhandlingene, og gjaldt hvilke priser verkstedene skulle kreve fra de enkelte leverandørene i forhandlingene. Anbefalingene ble gitt med utgangspunkt i

⁶⁰ Sak 45/85 *Verband der Sacherversicherer mot Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 405.

⁶¹ Jf. Kolstad m.fl., *Norsk Konkurranserett*, bind I, Oslo 2007, s. 249-250.

⁶² Jf. også Konkurransetilsynets vedtak V2009-15 av 30. juni 2009.

⁶³ Forente saker 209-215 og 218/78, *Heintz van Landewyck SARL m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 29 OJ, 1978 L224/29, punkt 78.

⁶⁴ Sak 45/85 *Verband der Sacherversicherer mot Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 405, premiss 26.

⁶⁵ Jf. Jones and Sufrin, *EC Competition Law*, 3. utgave, side 176.

⁶⁶ Jf. Kolstad m.fl., *Norsk Konkurranserett*, bind I, Oslo 2007, s. 250.

prisinformasjon som ESK hadde samlet inn fra verkstedene i foregående år, og denne prisinformasjonen ble videreformidlet til verkstedene i en noe aggregert form.

- (162) Konkurransetilsynet legger også til grunn at ESK under og i sluttfasen av de årlige forhandlingene oppfordret verkstedene til å rapportere inn leverandørenes tilbudte priser, og distribuerte disse videre til medlemmene i regneark med prisintervaller som viste hvilke priser de enkelte leverandørene hadde tilbudt verkstedene. Basert på dette fremsatte ESK, slik det er beskrevet ovenfor i avsnitt 4.4-4.8, anbefalinger som ble distribuert til medlemmene. Anbefalingene omhandlet hvilke priser verkstedene burde akseptere fra de enkelte leverandørene og hvorvidt avtale med den enkelte leverandør burde aksepteres.
- (163) Konkurransetilsynet legger videre til grunn at ESKs beskrevne handlinger gjelder prisfastsettelse for reparasjonstjenester. Pris er en sentral konkurranseparameter, og ESKs handlinger er dermed egnet til å samordne medlemmenes kommersielle aktiviteter. Dette gjelder særlig når ESK gjennom flere år har gitt konkrete pris anbefalinger som har satt medlemmene i stand til å tilpasse seg hverandre, og når ESK på grunnlag av priser som er tilbudt til verkstedene har gitt konkrete anbefalinger til verkstedene om hvorvidt de tilbudte prisene er akseptable.
- (164) Styret i ESK var informert om ESKs praksis, og var med på å utforme deler av informasjonen som ble distribuert, jf. vedlegg 23, vedlegg 24 og vedlegg 50.
- (165) ESK anfører at samarbeidskriteriet ikke er oppfylt da ESK ikke har oppført seg på en måte som er bestemmende for hvordan medlemmene skal forholde seg til hverandre eller om de skal samordne sin adferd.⁶⁷ De anfører videre at svært få av medlemmene gav tilbakemelding på hvilke priser de hadde fått av leverandørene.⁶⁸
- (166) Konkurransetilsynet viser til gjennomgangen av det rettslige utgangspunktet i avsnitt (157) - (159), hvor det fremgår at samarbeidskriteriet er oppfylt når det foreligger anbefalinger om adferd i form av beslutninger truffet av en sammenslutning av foretak. Anbefalinger fra sammenslutninger trenger verken være bindende eller etterleves av sammenslutningens medlemmer for å anses som beslutninger truffet av en sammenslutning av foretak. Det er heller ikke nødvendig at ESK oppfører seg bestemmende angående hvordan medlemmene skal forholde seg overfor hverandre eller at medlemmene faktisk har samordnet sin opptreden. Tilsynet finner således ikke at ESKs anførsel kan føre frem.
- (167) Beslutningene fra ESK i form av distribusjon og publisering av egne anbefalinger samt tilbud fra leverandører i pågående forhandlinger, blir i øvrige deler av vedtaket tidvis omtalt samlet som "*anbefalingene mv.*".
- (168) Konkurransetilsynets finner at de ovennevnte handlinger er å anse som "*beslutning [er] truffet av en sammenslutning av foretak*", jf. konkurranseloven § 10 første ledd, og samarbeidskriteriet er dermed oppfylt.

5.3.3 Konkurransbegrensningskriteriet

5.3.3.1 Rettslig utgangspunkt

- (169) Konkurranseloven § 10 første ledd omfatter beslutninger truffet av en sammenslutning av foretak som har konkurransebegrensende "*formål eller virkning*". Vilårene er alternative.⁶⁹
- (170) For å ta stilling til hvorvidt en beslutning av en sammenslutning av foretak har konkurransebegrensende formål eller virkning, må det først undersøkes hvorvidt foretakene er å anse som konkurrenter. Ved vurderingen henter Konkurransetilsynet veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans horisontale retningslinjer.⁷⁰

⁶⁷ Tilsvarets side 5.

⁶⁸ Tilsvarets side 4.

⁶⁹ Se eksempelvis EU-domstolens sak 56/65 *Société Technique Minière*, Sml. 1965-68 side 283.

⁷⁰ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler OJ C 362, 12.12.2013 p. 3 and EEA Supplement to the OJ No 69, 12.12.2013 p.1.

- (171) Med konkurrenter menes både faktiske og potensielle konkurrenter, og EFTAs overvåkningsorgan gir følgende beskrivelse i sine retningslinjer for horisontalt samarbeid punkt 10:
- "[...]To foretak behandles som faktiske konkurrenter dersom de er aktive på det samme relevante markedet. Et foretak blir ansett som en potensiell konkurrent til et annet foretak dersom det er sannsynlig at foretaket uten avtalen, som reaksjon på en liten men varig økning i de relative prisene, i løpet av kort tid ville gjennomføre de nødvendige tilleggsinvesteringer eller andre nødvendige kostnader for å tre inn på det relevante markedet der det andre foretaket er aktivt(...)."*
- (172) Samarbeid med konkurransebegrensende "formål" er samarbeid som etter sin art er egnet til å begrense konkurransen i henhold til § 10 første ledd. I *Beef Industry* uttalte EU-domstolen:
- "The distinction between 'infringements by object' and 'infringements by effect' arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition."*⁷¹
- (173) Konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a til e inneholder en ikke uttømmende liste med eksempler på avtaler som normalt rammes av forbudet. Når det gjelder avtaler som kan anses å ha et konkurransebegrensende formål, vil dette i samsvar med konkurranseloven § 10 første ledd a) blant annet gjelde samarbeid som går ut på "å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår".
- (174) Om det er tale om avtale, samordnet opptreden eller beslutning truffet av en sammenslutning av foretak som virkemiddel for priskoordinering er ikke avgjørende, dersom atferden er egnet til å koordinere foretakenes prissetting.⁷²
- (175) Samarbeid som har til "formål" å begrense konkurransen er forbudt i seg selv, og det er ikke nødvendig å påvise noen faktisk eller potensiell virkning.⁷³ Det er tilstrekkelig at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende.⁷⁴ Det samme gjelder beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak som har til formål å begrense konkurransen.⁷⁵
- (176) Det følger av fast rettspraksis at hvorvidt det foreligger konkurransebegrensende "formål" etter konkurranseloven § 10 skal avgjøres ut ifra hvilket formål beslutningen rent objektivt fremmer.⁷⁶ Hva som var partenes mål, ønsker eller hensikt med samarbeidet er ikke avgjørende.⁷⁷ Konkurransemyndighetene kan likevel vektlegge partenes subjektive hensikt som bevis for at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål.⁷⁸ I vurderingen av om det foreligger konkurransebegrensende formål skal det ifølge EU-domstolens praksis tas hensyn til avtalens innhold, de målsetninger som søkes gjennomført ved avtalen samt den økonomiske og rettslige sammenheng som avtalen inngår i.⁷⁹ Fra de horisontale retningslinjene hitsettes:
- "I henhold til EU-domstolens fastsatte rettspraksis må man, for å vurdere om en avtale har konkurransebegrensende formål, se på innholdet i avtalen, hvilke mål den søker å oppnå, og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i. Selv om partenes hensikt ikke er en*

⁷¹ Jf. Sak C-209/07 *Beef Industry Development Society and Barry Brothers mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. I-8637, avsnitt 17.

⁷² Se sak 45/85 *Verband der Sachversicherer mot Kommisjonen*, Sml. 1987 side 405, premiss 41-43. Se også Polypropylene OJ [1986] L230/1 og Vitamines OJ [2003] L6/1.

⁷³ Forente saker 56/64 og 58/64, *Consten og Grundig mot Kommisjonen*, Sml. 1965-1968, s. 245; sak C-272/09 P, *KME Germany m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. I-12789, premiss 65 og sak C-389/10 P, *KME Germany mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. I-13125, premiss 75.

⁷⁴ Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*), premiss 64-65 og sak C-8/08 *T-Mobile BV m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Sml. 2009 s. I-4529, premiss 27 flg., se særlig avsnitt 31

⁷⁵ Jf. sak 45/85 *Verband der Sachversicherer mot Kommisjonen*, Sml. 1987 side 405, premiss 39, jf. også sak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, punkt 29 flg.

⁷⁶ Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*) premiss 64 og sak C-8/08 *T-Mobile BV m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Sml. 2009 s. I-4529, premiss 27 flg.

⁷⁷ Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*), premiss 65.

⁷⁸ Forente saker C-501/06 P m.fl. *GlaxoSmithKleine Services* premiss 58 og sak C-209/07 BIDS premiss 15 flg.

⁷⁹ Jf. sak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, punkt 43.

*nødvendig faktor for å fastslå om en avtale har konkurransebegrensende formål, kan EFTAs overvåkningsorgan likevel ta dette momentet i betraktning i sin analyse.*⁸⁰

- (177) Det fremgår av EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av artikkel 53 (3)⁸¹ punkt 25 at horisontale avtaler om prisfastsettelse har et konkurransebegrensende formål og normalt vil være i strid med konkurranseloven § 10 første ledd.
- (178) Utgangspunktet er at prissamarbeid anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Det finnes flere ulike former for prissamarbeid, herunder priskoordinering i form av enighet om å øke prisene, og utveksling av prisinformasjon. I Førsteinstansrettens sak *T-25/95 Cimenteries*⁸² fant eksempelvis retten at utveksling av prisinformasjon ville legge forholdene til rette for felles priser på lik linje med en uttrykkelig avtale. Førsteinstansretten fant på denne bakgrunn at informasjonsutvekslingen hadde til formål å begrense konkurransen. Videre fant Kommisjonen i *British Sugar*⁸³ at enighet om felles prispolitikk om å øke prisene var å anse som en avtale eller tilsvarende opptreden som hadde til formål å begrense konkurransen:
- "The parties' conduct is to be qualified as an agreement and/or concerted practice which had as its object the restriction of competition by the coordination of their pricing policy on the market for industrial sugar in Great Britain".*
- (179) Når en bransjeforening eller interesseorganisasjon veileder om prisfastsetting eller anbefaler et bestemt prisnivå til sine medlemmer, er det stor risiko for at konkurransen svekkes eller elimineres. Dette gjelder uavhengig av om anbefalingene omhandler for eksempel faste priser, rabatter, prisstigning eller minimumspriser.⁸⁴
- (180) Det kan videre vises til *Fenex*⁸⁵, som omhandlet en nederlandsk sammenslutning av foretak som over en lengre periode hadde utgitt veiledende priser for medlemsforetakene. Under henvisning til *Cementhandlaren mot Kommisjonen* la Kommisjonen følgende til grunn:
- "[...] the fixing of a price, even one which merely constitutes a target, affects competition because it enables all the participants to predict with a reasonable degree of certainty what the pricing policy pursued by their competitors will be."*⁸⁶
- (181) Videre heter det i Kommisjonens avgjørelse i *Fenex* at:
- "The circulation of recommended tariffs by a trade organization is liable to prompt the relevant undertakings to align their tariffs, irrespective of their cost prices"*⁸⁷.
- (182) På denne bakgrunn fant Kommisjonen at utgivelsen av veiledende priser hadde til formål å begrense konkurransen, og at det ikke var nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning i markedet. Det er således tilstrekkelig at anbefalingene reduserer usikkerheten om konkurrentenes prising.

5.3.3.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (183) I det følgende vil det bli redegjort for Konkurransetilsynets vurdering av konkurransebegrensningskriteriet. Det vil først bli vurdert hvorvidt ESKs medlemmer er å anse som konkurrenter. Deretter vil det bli vurdert om anbefalingene mv. fra ESK har konkurransebegrensende formål eller virkning.
- (184) Basert på markedsbeskrivelsen i kapittel 3 legger Konkurransetilsynet til grunn at samtlige hvitevareverksteder har nødvendig kompetanse til å foreta reparasjoner for ulike leverandører og produsenter. Reparasjoner utføres imidlertid kun i henhold til serviceavtale med leverandør. Som det fremgår av avsnitt (37) kan det enkelte verksted dekke et relativt stort geografisk

⁸⁰ Jf. de horisontale retningslinjene, punkt 25.

⁸¹ Jf. EØS- tillegg til Den europeiske unions tidende nr. 55 av 31.10.2002, s. 1.

⁸² Jf. forenede saker T-25/95 Cimenteries m. fl. mot Kommisjonen Sml. 2000 s. II-491.

⁸³ Jf. OJ [1999] L 76/1 p.73.

⁸⁴ Sml. Konkurrencestyrelsens (danske konkurransemyndigheter) "*Konkurrenceredegørelse*" 2007 kapittel 5.

⁸⁵ Jf. COMP/34.983, sml. OJ [1996] L181/28.

⁸⁶ Ibid avsnitt 46 og *Cementhandlaren mot Kommisjonen* [1972] ECR, side 977.

⁸⁷ Kommisjonens avgjørelse i *Fenex*, OJ [1996] L181/28, p.61.

område. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at verksteder i samme by, eller i nærliggende områder, er alternative verksteder for en leverandør.

- (185) ESK anfører at ESK-verkstedene ikke er konkurrenter da de betjener ulike leverandører.⁸⁸
- (186) Det er Konkurransetilsynets vurdering at verkstedene kan være faktiske eller potensielle konkurrenter selv om flere verksteder i et geografisk område på et gitt tidspunkt ikke har serviceavtale med samme leverandør. Etter tilsynets vurdering var verkstedene faktiske eller potensielle konkurrenter når serviceavtalene ble inngått og reforhandlet, og på dette grunnlag vurderes verkstedene som konkurrenter i henhold til konkurranseloven, jf. avsnitt (170) og (171) over. Videre viser tilsynet til ESKs anførsel om at "*Det er fritt frem for andre verksteder å etablere seg på markedet og leverandørene står fritt til å velge verksted.*", jf. tilsvaret side seks, andre avsnitt. Etter Konkurransetilsynets oppfatning underbygger anførselen at leverandørene kan bytte serviceverksted, og at verkstedene dermed er faktiske eller potensielle konkurrenter.
- (187) På denne bakgrunn er Konkurransetilsynet av den oppfatning at ESKs anførsel om at medlemsverkstedene betjener ulike leverandører, og derfor ikke er å anse som konkurrenter, ikke kan føre frem.
- (188) I vurderingen av om det finnes ESK-medlemmer som er faktiske eller potensielle konkurrenter har Konkurransetilsynet sett hen til verkstedenes innbetalte medlemskontingenter i perioden 2007-2011, en presentasjon med oversikt over verksteder som ble utmeldt i 2006-2007, og medlemsoversikten per mai 2011, jf. henholdsvis vedlegg 4, vedlegg 5 og vedlegg 6. Konkurransetilsynet har sett på byene Oslo, Bergen og Sandnes og funnet at det for alle årene 2006-2011 har vært minimum fire medlemsverksteder med forretningsadresse i hver av disse byene.
- (189) I varselet la Konkurransetilsynet til grunn at alle ESK-verkstedene i disse tre områdene anses som konkurrent eller potensiell konkurrent til minst ett annet verksted i det samme området.
- (190) ESK anfører at verkstedet Servicecompaniet AS, lokalisert i Oslo, ikke utfører hvitevarereparasjoner og derfor ikke kan anses som en konkurrent til de andre verkstedene om serviceavtaler med leverandører.⁸⁹
- (191) Konkurransetilsynet har på bakgrunn av ESKs anførsel vedrørende Servicecompaniet kommet til at Servicecompaniets virksomhet skiller seg noe fra de øvrige foretakene i ESK. Etter en konkret vurdering legger Konkurransetilsynet til grunn at Servicecompaniet ikke utgjør en faktisk eller potensiell konkurrent til de andre verkstedene i ESK.
- (192) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at flere av medlemmene i ESK er faktiske eller potensielle konkurrenter.⁹⁰
- (193) ESKs handlinger er beskrevet ovenfor i kapittel 4, og atferden er sammenfattet under vurderingen av samarbeidskriteriet i underkapittel 5.3.2.2.
- (194) Som det fremgår ved gjennomgangen av rettslig utgangspunkt i underkapittel 5.3.3.1 er ESKs atferd å anse som en formålsovertredelse dersom den reduserer usikkerheten knyttet til medlemmenes priser, forutsatt at medlemmene er faktiske eller potensielle konkurrenter.
- (195) Av kapittel 4 fremgår det at ESK, i perioden 2006 til 2011, har distribuert anbefalinger til sine medlemmer om hvilke priser medlemsverkstedene burde kreve ved starten av forhandlingene, jf. vedlegg 21, vedlegg 25, vedlegg 36, vedlegg 43 og vedlegg 47. Videre har ESK publisert leverandørers tilbud i pågående forhandlinger til alle sine medlemmer, jf. vedlegg 29, vedlegg 38, vedlegg 45 og vedlegg 49. ESK kom videre med anbefalinger om hvordan verkstedene skulle forholde seg til konkrete tilbud fra leverandørene, herunder hvilke priser verkstedene burde godta fra leverandørene, jf. vedlegg 30, vedlegg 39, vedlegg 46 og vedlegg 51.
- (196) Det er Konkurransetilsynets vurdering at anbefalingene og informasjonen om leverandørers pristilbud gjorde det mulig for medlemmene i ESK å forutse med en rimelig grad av sikkerhet

⁸⁸ Tilsvarets side 2.

⁸⁹ Tilsvarets side 7.

⁹⁰ Jf. beskrivelsen av markedet i kapittel 3

hvilke priser andre medlemmer i ESK ville kreve i forhandlingene med hvitevareleverandørene. Handlingene var derfor egnet til å redusere usikkerheten om de andre medlemmenes priser. Anbefalingene mv. var egnet til å koordinere medlemsverkstedenes prissetting overfor leverandørene.

- (197) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at de beskrevne handlingene har konkurransebegrensende formål.
- (198) ESK anfører at formålet med handlingene var å veilede verkstedene i forhandlingene med leverandørene, slik at de kunne *"holde seg ajour med den generelle prisutviklingen i samfunnet"*.⁹¹ Standardmalene utviklet av ESK skulle *"hjelpe til med kommunikasjonen med leverandørene"* da de ikke tidligere hadde erfaring med forhandlinger.⁹² Videre var formålet å *"bevisstgjøre medlemmene på at de må passe på at de får tilstrekkelig betalt for sine tjenester slik at den enkelte virksomhet kan fortsette"*.⁹³
- (199) Som det fremgår over under punkt (176) er det handlingen(e)s objektive formål som vurderes under konkurransebegrensningskriteriet. Foretakets eventuelle subjektive formål er således ikke avgjørende for vurderingen av om det foreligger en formålsovertredelse. Konkurransetilsynet har lagt til grunn at ESKs adferd objektivt sett har konkurransebegrensende formål i henhold til konkurranseloven § 10 første ledd, og ESKs anførsel på dette punktet tas derfor ikke til følge.
- (200) ESK anfører at formålet med hjelpeverktøyene publisert i forbindelse med forhandlingene om basispriser for 2011 var å hjelpe medlemmene å forstå den nye prisstrukturen med basispriser.⁹⁴ Konkurransetilsynet bestrider ikke at regnearkene vedrørende basispriser for 2011 (vedlegg 47 og vedlegg 49) blant annet var ment å hjelpe verkstedene med overgangen fra timepriser til basispriser. Dette kan likevel ikke medføre at konkurransebegrensningskriteriet ikke er oppfylt. Sentralt for vurderingen av om konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt er at ESK i 2011 kom med anbefalinger til medlemsverkstedene vedrørende hvilke priser de burde ta for sine tjenester. Regnearkene inneholder tilsvarende type prisinformasjon som de tidligere distribuerte regneark, altså anbefalte priser for de enkelte leverandørene, og prisintervaller som viste verkstedenes innrapporterte tilbud. Videre viser Konkurransetilsynet til at det også i forbindelse med forhandlingene for 2011 ble distribuert konkrete anbefalinger til verkstedene vedrørende hvordan de burde forholde seg til leverandørenes tilbud (vedlegg 50). Praksisen knyttet til forhandlingene om basispriser for 2011 er således en videreføring av praksisen utviklet i de foregående årene. Konkurransetilsynet mener på denne bakgrunn at ESKs anførsel angående formålet med disse dokumentene ikke kan føre frem.
- (201) I tilsvaret har ESK også anført flere forhold knyttet til de aktuelle handlingenes virkninger i markedet. Som det fremgår av avsnitt (175) er det ikke nødvendig å undersøke samarbeidets faktiske eller potensielle virkninger i markedet dersom det foreligger en overtredelse med konkurransebegrensende formål. Konkurransetilsynet vil likevel knytte enkelte kommentarer til ESKs anførsler.
- (202) ESK anfører for det første at deres handlinger ikke har hatt noen innflytelse på prisen da prisen var fastsatt av leverandørene. Det vises herunder til at et regneark og et fredagsbrev ble sendt ut etter at leverandørene hadde gitt sine priser (varselets vedlegg 19 og 20)⁹⁵ og at, så vidt vites, ingen verksteder fikk oppjustert sine priser etter dette.⁹⁶ Konkurransetilsynet bemerker at flere av regnearkene, og herunder varselets vedlegg 19, 23, 41 og 45⁹⁷, inneholdt anbefalte krav til verkstedene overfor leverandørene, og at disse ble utsendt i november/desember, altså før leverandørene hadde fremmet tilbud til verkstedene. Det vises også til brev fra Jan Olsen i Electrolux, jf. Vedlegg 27, der en leverandør reagerer på at ESK-verkstedene har fremmet

⁹¹ Tilsvarets side 3.

⁹² Tilsvarets side 4.

⁹³ Tilsvarets side 7.

⁹⁴ Tilsvarets side 4 og 5.

⁹⁵ Dette tilsvaret vedtakets Vedlegg 21 og Vedlegg 22

⁹⁶ Tilsvarets side 4.

⁹⁷ Dette tilsvaret vedtakets Vedlegg 21, Vedlegg 25, Vedlegg 43, Vedlegg 47.

likelydende krav. Dette indikerer at verkstedene har benyttet informasjonen og anbefalingene de har fått fra ESK.

- (203) ESK anfører videre at oversiktene i varselets vedlegg 19, 27, 36 og 43⁹⁸ viser priser som allerede var gitt av leverandørene og så sendt inn til ESK av noen av dets medlemmer.⁹⁹ Til dette viser Konkurransetilsynet til drøftelsen ovenfor¹⁰⁰ hvor det fremgår at ESK distribuerte regneark (vedlegg 27, 36, 43 og 47 til varselet)¹⁰¹ som fortløpende ble oppdatert med tilbud fra leverandørene etter hvert som de ble innrapportert fra verkstedene til ESK. Disse regnearkene ble publisert i desember, og løpende oppdatert frem til ESK ikke lenger fikk innrapportert tilbudte priser fra verkstedene. Ifølge regnearkene var siste innrapportering i april 2011.¹⁰² ESK fremsatte i perioden januar-april også anbefalinger om hvilke priser verkstedene burde akseptere for den enkelte leverandør (vedlegg 28, 37, 44 og 49 til varselet).¹⁰³ Alt dette underbygger at serviceavtalene ikke var ferdig forhandlet på de tidspunktene hvor ESK distribuerte sine anbefalinger mv.
- (204) ESK anfører også at de ikke hadde noen reell innflytelse på prisene fastsatt av leverandørene.¹⁰⁴ Konkurransetilsynet viser til at prisintervallene i ESKs regneark illustrerer at verkstedene har fremforhandlet ulike timepriser, noe som indikerer at det har vært et reelt forhandlingsrom. Ordlyden i ESKs e-poster til medlemmene, samt nyhetsoppdateringene på medlemssidene, underbygger også at verkstedene stiller krav i forhandlingene med leverandørene.
- (205) Konkurransetilsynet finner at ovennevnte tilsier at ESKs handlinger i årene 2006-2011 har vært egnet til å påvirke prisene for utførelse av reparasjonstjenester. Konkurransetilsynet har imidlertid ikke foretatt noen endelig vurdering av handlingenes virkninger i markedet da dette ikke er påkrevd ved formålsovertredelser.
- (206) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at det foreligger en formålsovertredelse jf. avsnitt (197) og at konkurransebegrensningskriteriet således er oppfylt.

5.3.4 Merkbarehetskriteriet

5.3.4.1 Rettslig utgangspunkt

- (207) Merkbarehetskriteriet fremkommer ikke direkte av ordlyden i konkurranseloven § 10, men det fremgår av lovens forarbeider at det må oppstilles et merkbarehetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS-retten, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 225. Kravet om at konkurransen må begrenses merkbart innebærer en avgrensning mot samarbeid med en ubetydelig virkning på konkurransen.¹⁰⁵
- (208) Det følger videre av rettspraksis at overtredelsens art og iboende skadepotensiale tilsier at merkbarehetskravet normalt vil være oppfylt for samarbeid som har til formål å begrense konkurransen, uten at det må foretas noen nærmere vurdering av faktiske eller potensielle skadevirkninger. Det vises i denne sammenheng til *Brasseries Nationale* hvor Retten uttaler:
"In this regard, it suffices to recall that undertakings which conclude an agreement whose purpose is to restrict competition cannot, in principle, avoid the application of Article [101 (1) TFEU]¹⁰⁶ by claiming that their agreement should not have an appreciable effect on competition".¹⁰⁷
- (209) EU-domstolen går enda lenger i sin uttalelse i saken *Expedia Inc.* Det siteres fra avgjørelsen:

⁹⁸ Dette tilsvare vedtakets Vedlegg 21, Vedlegg 25, Vedlegg 38 og Vedlegg 45.

⁹⁹ Se tilsvarets side 3

¹⁰⁰ Se avsnitt (195)

¹⁰¹ Dette tilsvare vedtakets Vedlegg 29, Vedlegg 38, Vedlegg 45, og Vedlegg 49.

¹⁰² Se Vedlegg 49.

¹⁰³ Dette tilsvare vedtakets Vedlegg 30, Vedlegg 39, Vedlegg 46 og Vedlegg 51.

¹⁰⁴ Tilsvarets side 3 og 4.

¹⁰⁵ Jf. Sak C-5/69 *Völk vs. Vervaecke* Sml. 1969 s. 295, premiss 5.

¹⁰⁶ Konkurransetilsynets presisering

¹⁰⁷ Sak T-49/02 m.fl. *Brasserie Nationale m.fl. mot Kommisjonen*, premiss 140; se også sak T-44/00, premiss 130 og 196

"In that regard, the Court has emphasised that the distinction between 'infringements by object' and 'infringements by effect' arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition (Case C-209/07 Beef Industry Development Society and Barry Brothers ('BIDS') [2008] ECR I-8637, paragraph 17, and Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and Others [2009] ECR I-4529, paragraph 29).

*It must therefore be held that an agreement that may affect trade between Member States and that has an anti-competitive object constitutes, by its nature and independently of any concrete effect that it may have, an appreciable restriction on competition."*¹⁰⁸

- (210) I denne sammenheng bemerkes det også at Kommisjonen nylig har vedtatt nye retningslinjer om avtaler av mindre betydning.¹⁰⁹ I retningslinjene redegjør Kommisjonen for typetilfeller som ikke begrenser konkurransen merkbart, og som således er unntatt fra konkurransereglene basert på markedsandelsterskler mv. Retningslinjene oppstiller ikke generelle unntak for samarbeid som har et konkurransebegrensende formål.¹¹⁰

5.3.4.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (211) Konkurransetilsynet har lagt til grunn at det foreligger beslutninger fra en sammenslutning av foretak (kapittel 5.3.2) og at disse har et konkurransebegrensende formål (kapittel 5.3.3). Som det fremkommer ovenfor skal det svært lite til før merkbarhetskravet er oppfylt ved formålsovertredelser.
- (212) Anbefalingene mv. fra ESK til medlemmene gjelder verkstedenes leveranser av hvitevarereparasjonstjenester til rundt 25 ulike hvitevareleverandører som leverer produkter i Norge. A har antatt at det er 25 til 30 hvitevareleverandører i Norge, hvorav flere av disse er av beskjedne størrelse.¹¹¹ Anbefalingene mv. fra ESK omhandler således prisene for tjenesteleveranser for samtlige større (vurdert ut fra markedsandel) leverandører av hvitevarer i Norge, i tillegg til en vesentlig andel av de mindre leverandørene.
- (213) Konkurransetilsynet har ikke nøyaktige opplysninger om antall verksteder eller reparatører som utfører hvitevarereparasjoner i Norge.
- (214) I vedtak V2001-97 la Konkurransetilsynet til grunn at ES med sine 105 medlemsverksteder sto for mer enn 70 prosent av hvitevarereparasjonene i Norge. ESK har også i dag en betydelig markedsandel nasjonalt da kjeden har knyttet til seg mange av verkstedene med flest elektroreparatører. A anslår i forklaringsopptak at ESK har en markedsandel på 60-70 prosent og videre at det er rundt 150 hvitevareverksteder i Norge.¹¹² ESK beskriver for øvrig seg selv som "*Norges største servicekjede med hovedfokus innenfor hvitevarebransjen*", med undertittel "*Autoriserte hvitevareverksteder*".

Vedlegg 52 Utskrift fra ESKs hjemmesider, 16. mai 2011

- (215) Konkurransetilsynet har ikke funnet det nødvendig å foreta en fullstendig kartlegging av samtlige aktører i markedet. Som nevnt i avsnitt (188) opererer flere av ESK-verkstedene innen samme by, og ESK har minimum fire verksteder i henholdsvis Oslo, Bergen og Sandnes som er de områdene tilsynet har undersøkt. Medlemsverkstedene i disse tre geografiske områdene hadde i årene 2006 - 2011 en betydelig omsetning, og dermed en betydelig andel av utførte reparasjoner i disse områdene. Konkurransetilsynet finner det derfor ikke tvilsomt at samarbeidet tilfredsstiller kravet til merkbarhet i alle disse områdene.
- (216) ESK anfører at det er noe usikkerhet rundt antallet verksteder nasjonalt og at tre av ESKs medlemsverksteder ikke utfører hvitevarereparasjoner. Videre anfører ESK at det

¹⁰⁸ Sak C-226/11, *Expedia Inc. mot Autorité de la concurrence og andre*, Sml. (ennå ikke i samlingen), premiss 36 og 37

¹⁰⁹ OJ C 4136, 25.6.2014

¹¹⁰ OJ C 4136, 25.6.2014 avsnitt 13

¹¹¹ Jf. forklaringsopptak med A 1. mars 2012, avsnitt 212.

¹¹² Jf. forklaringsopptak med A 1. mars 2012, avsnitt 233 og 216.

gjennomsnittlig er 50 % av omsetningen til medlemsverkstedene som knytter seg til reklamasjonsreparasjonstjenester av hvitevarer.¹¹³

- (217) Som vist ovenfor vil merkbarhetskriteriet normalt være oppfylt for samarbeid som har til formål å begrense konkurransen. ESKs medlemsverksteder har en samlet høy markedsandel både nasjonalt og i Oslo, Bergen og Sandnes. Konkurransetilsynet kan således ikke se at partenes anførsler medfører at merkbarhetskriteriet ikke er oppfylt i denne saken.
- (218) Konkurransetilsynet fastholder på denne bakgrunn at merkbarhetskriteriet er oppfylt.

5.3.5 En fortsatt og sammenhengende overtredelse

5.3.5.1 Rettslig utgangspunkt

- (219) Ettersom praksisen med anbefalinger mv. fra ESK har pågått over lang tid, må det vurderes om det foreligger flere enkeltstående overtredelser eller en fortsatt overtredelse.
- (220) Læren om én fortsatt og sammenhengende overtredelse er utviklet i EU-rettspraksis. Ifølge denne læren vil et samarbeid med en overordnet plan, som materialiserer seg gjennom flere enkeltstående handlinger med samme konkurransebegrensende formål, bli sett under ett.¹¹⁴ Dette innebærer at et ulovlig samarbeid kan anses som én fortsatt og sammenhengende overtredelse i stedet for flere enkeltstående overtredelser.
- (221) I *Anic* beskriver EU-domstolen læren om "én fortsatt og sammenhengende overtredelse" på følgende måte:

*"... [The]¹¹⁵ schemes were part of a series of efforts made by the undertakings in question in pursuit of a single economic aim, namely to distort the normal movement of prices. It considered that it would be artificial to split up such continuous conduct, characterized by a single purpose, by treating it as consisting of several separate infringements, when what was involved was a single infringement which progressively manifested itself in both agreements and concerted practices."*¹¹⁶
- (222) Dette har blitt fulgt i senere praksis fra EU-domstolene.¹¹⁷
- (223) Videre følger det av fast praksis fra EU-domstolene at deltakerne i én fortsatt og sammenhengende overtredelse kan regnes som delaktige i overtredelsen som helhet, selv om de ikke er direkte involvert i alle enkeltdeler av samarbeidet.¹¹⁸
- (224) Læren om én fortsatt og sammenhengende overtredelse er utviklet for å ta høyde for dynamikken i ett og samme skjulte samarbeid. Grunnen til dette er at samarbeid over tid ofte kan ta ulik form, selv om det overordnede konkurransebegrensende formålet er det samme.
- (225) Relevante momenter for vurderingen om det foreligger én fortsatt og sammenhengende overtredelse er blant annet hvorvidt samarbeidet har samme formål hele perioden,¹¹⁹ om de

¹¹³ Tilsvarets side 6.

¹¹⁴ Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P *Aalborg Portland m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. I-123, premiss 258; sak Case C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. I-8725, premiss 110.

¹¹⁵ Konkurransetilsynets tilføyning.

¹¹⁶ Sak C-49/92 P *Kommisjonen v Anic Partecipazioni*, Sml. 1999 s. I-4125, premiss 82.

¹¹⁷ Sak T-53/03 *BPB mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-1333, premiss 257; forente saker C-204/00 P m.fl., *Aalborg Portland etc. mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. I-123, premiss 258.

¹¹⁸ Sak C-49/92 P *Kommisjonen v Anic Partecipazioni*, Sml. 1999 s. I-4125, premiss 78-81, 83-87 og 203; forente saker C-204/00 P m.fl., *Aalborg Portland etc. mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. I-123, premiss 86; sak T-9/99, *HFB Holding m.fl. mot Kommisjonen* Sml. 2002 s. II-1487, premiss 231.

¹¹⁹ Sak T-21/99 *Dansk Rørindustri mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-1681, premiss 67; sml. også sak C-113/04 P *Technische Unie mot Kommisjonen* Sml. 2006 s. I-8831, premiss 170 og 171; og sak T-43/02 *Jungbunzlauer mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-3435, premiss 312.

omhandlede varer eller tjenester er de samme,¹²⁰ om de samme virksomheter har deltatt¹²¹ og om fremgangsmåten har vært den samme.¹²² I tillegg kan det tas i betraktning hvorvidt det er de samme personene som har vært involvert på vegne av virksomhetene.

5.3.5.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (226) Som redegjort for over har Konkurransetilsynet funnet at ESK i årene 2006-2011 utviklet en praksis med innhenting og distribusjon av anbefalinger mv. til medlemsverkstedene i forbindelse med forhandlinger om serviceavtaler med hvitevareleverandører. Anbefalingene mv. fra ESK ble gitt ut årlig siden starten i 2006, og fremgangsmåte og formål har hovedsakelig vært det samme under hele perioden. Konkurransetilsynet finner at første publisering av anbefalinger mv. fra ESK fant sted 8. desember 2006, jf. vedlegg 18 og vedlegg 21.
- (227) Praksisen ble, uten opphold, videreført og videreutviklet under hele perioden. Overtredelsen har således samme karakter fra 2006 til 2011.
- (228) Konkurransetilsynet finner at regnearket ble oppdatert siste gang 8. mars 2011 og at siste anbefaling ble publisert samme dato, jf. datomerkingen i vedlegg 49. Overtredelsen har altså tidligst opphørt 8. mars 2011. Partene har ikke bestridt dette faktumet i sine merknader til varselet. I tilsvaret skriver ESK at overtredelsen opphørte etter Konkurransetilsynets bevissikring 25. mai 2011. Konkurransetilsynet har ikke dokumentasjon som bekrefter at det foreligger en overtredelse også etter 8. mars 2011 og legger derfor denne datoen til grunn som sluttdato for overtredelsen.
- (229) Konkurransetilsynet legger således til grunn at anbefalingene mv. fra ESK i perioden fra 8. desember 2006 til 8. mars 2011 utgjør en fortsatt og sammenhengende overtredelse.

5.4 Konklusjon – konkurranseloven § 10 første ledd

- (230) Konkurransetilsynet finner at samtlige vilkår for overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd er oppfylt med klar sannsynlighetsovervekt. Tilsynet vil i det følgende vurdere hvorvidt det foreligger grunnlag for individuelt fritak etter § 10 tredje ledd.

5.5 Unntaksbestemmelsene i konkurranseloven § 10 tredje ledd

- (231) Etter konkurranseloven § 10 tredje ledd kan et konkurransebegrensende samarbeid som rammes av forbudet i første ledd, likevel anses som lovlig dersom fire kumulative vilkår er oppfylt.
- (232) Av bestemmelsen fremgår det at samarbeidet må bidra til å "*bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling*" samtidig som forbrukerne sikres "*en rimelig andel*" av de fordelene som oppnås. Fordeler som kun kommer samarbeidspartene til gode, vil ikke være relevante effektivitetsgevinster under vurderingen av § 10 tredje ledd.¹²³ Videre kreves det at foretakene ikke får mulighet til å utelukke konkurranse for en "*vesentlig del*" av de produkter det gjelder, jf. bokstav b. I tillegg må konkurransebegrensningene være "*absolutt nødvendige*", jf. bokstav a.
- (233) Det er de parter som ønsker å påberope seg unntaket i § 10 tredje ledd som må godtgjøre at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.
- (234) Som det fremgår ovenfor anses publiseringen og distribusjonen av anbefalinger mv. fra ESK til medlemmene å være en formålsrestriksjon. For denne typen overtredelser skal det svært mye til for at vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt.¹²⁴ Gjennom

¹²⁰ Forente saker T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03 *Tokai Carbon m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke publisert i samlingen, premiss 118, 119 og 124; sak T-43/02 *Jungbunzlauer mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-3435, premiss 312.

¹²¹ Sak T-43/02 *Jungbunzlauer mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. II-3435, premiss 312.

¹²² Sak T-21/99 *Dansk Rørindustri mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-1681, premiss 68.

¹²³ Sak C-382/12 P *MasterCard mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 234.

¹²⁴ Se bl.a. Whish, "*Competition Law*", seventh edition, s. 529-530, Jones and Sufrin "*EC Competition Law*" third edition s. 896.

Konkurransetilsynets behandling av saken har det heller ikke fremkommet opplysninger som tilsier at vilkårene for unntak er oppfylt.

- (235) ESK har heller ikke i sine merknader til varselet anført at vilkårene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt.
- (236) Konkurransetilsynets finner således at unntaket i § 10 tredje ledd ikke kommer til anvendelse i saken.

5.6 Konklusjon – konkurranseloven § 10

- (237) Det er etter dette Konkurransetilsynets konklusjon at det objektivt sett foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10, og at overtredelsen er bevist med klar sannsynlighetsovervekt.

6 Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven

6.1 Rettslig utgangspunkt

- (238) Det fremgår av konkurranseloven § 29 første ledd at et foretak eller sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr, dersom "*foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt*" overtrer forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10.
- (239) Konkurranseloven § 29 første ledd oppstiller både objektive og subjektive vilkår for illeggelse av overtredelsesgebyr.
- (240) For det første må det foreligge en objektiv overtredelse av konkurranseloven. Som det fremgår ovenfor i kapittel 5 har Konkurransetilsynet kommet til at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10.
- (241) For det andre må overtredelsen være begått "*forsettlig eller uaktsomt*". Skyldkravet behandles nedenfor i kapittel 6.1.2.

6.1.1 Beviskravet

- (242) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (243) I rettspraksis er det oppstilt et skjerpet beviskrav slik at det for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 kreves klar sannsynlighetsovervekt for det faktum som legges til grunn ved anvendelsen av § 10. Det samme beviskravet gjelder ved vurderingen av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjon.¹²⁵
- (244) Konkurransetilsynet har kommet til at beviskravet er oppfylt, jf. kapittel 5 om overtredelse av konkurranseloven § 10, og kapittel 6.1.2 nedenfor om skyldkravet.

6.1.2 Skyldkravet

6.1.2.1 Rettslig utgangspunkt

- (245) Det fremkommer av konkurranseloven § 29 første ledd at skyldkravet er "*forsettlig eller uaktsomt*".
- (246) Høyesterett har lagt til grunn at forsettskravet for praktiske formål kan formuleres slik at de som har begått overtredelsen, må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet med andre foretak på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen.¹²⁶ Ved denne forsettsvurderingen vil en kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med "*anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger*".¹²⁷

¹²⁵ Jf. Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*) premiss 60.

¹²⁶ Jf. Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*) premiss 66.

¹²⁷ Jf. Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*) premiss 67 og Rt. 1974 s. 382 (*Lillehammersaken*) på side 385.

- (247) Uaktsom overtredelse foreligger dersom foretaket eller de som har begått overtredelsen er å bebreide.

6.1.2.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (248) Basert på gjennomgangen av faktum i kapittel 4 finner Konkurransetilsynet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at ESK, eller noen som handlet på sammenslutningen av foretak sine vegne, var klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de kom med anbefalinger mv. om pris til sine medlemmer på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen.
- (249) På denne bakgrunn legges det til grunn at ESK forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 10.
- (250) Under enhver omstendighet må ESK, eller noen som handlet på sammenslutningens vegne, ha opptrådt uaktsomt. Det vises til at ESK uansett må være å bebreide for å ha kommet med anbefalingene mv. om pris til sine medlemmer.

7 Utmåling av overtredelsesgebyr

7.1 Rettslig utgangspunkt

7.1.1 Utgangspunkt

- (251) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a) gir hjemmel for illeggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven § 10. Konkurranseloven § 29 andre ledd lyder:
- (252) *"Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 30 og § 31."*
- (253) *Nærmere regler for utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift av 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (heretter "forskriften").*
- (254) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS-reglene.¹²⁸ EU- og EØS-rettskilder er således relevant ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (255) Forskriften bygger på EFTA og Kommisjonens retningslinjer fra 2006 om metoder for utmåling av gebyr (heretter "retningslinjene").¹²⁹ Konkurransetilsynet vil derfor legge vekt på disse retningslinjene, som gir mer utfyllende veiledning om utmålingen.
- (256) Forskriften gir videre Konkurransetilsynet betydelig skjønnsfrihet til å sikre at nivået fører til en effektiv håndheving av konkurransereglene ut ifra individualpreventive og allmennpreventive hensyn.¹³⁰
- (257) Endringer i rettsutviklingen og variasjoner i faktum fra sak til sak, kan føre til at tidligere praksis må fravikes. Foretakene kan således ikke ha berettigede forventninger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr på et gitt nivå.¹³¹ Det avgjørende hensynet for utmåling av gebyret vil være å oppnå en rettferdig, forholdsmessig og rimelig avgjørelse ut ifra de konkrete forhold i saken.

7.1.2 Metode

- (258) Forskriften forutsetter at utmålingen av gebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10 tar utgangspunkt i en to-trinns metode.

¹²⁸ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 241.

¹²⁹ Jf. Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan, Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a), EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, 21. desember 2006, nr. 63/44; Kommisjonens retningslinjer for metoden for fastsettelse av bøter inntatt i EF-tidene C210/02 1.9.2006.

¹³⁰ Jf. Retningslinjene avsnitt 4 og 37.

¹³¹ Jf. sak 100/80 m.fl., *Musique Diffusion Francaise m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 1825, avsnitt 109; sak T-77/08, *the Dow Chemical Company mot Kommisjonen*, avsnittene 139-141 samt C-549/10 P og *Tomra Systems ASA m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, avsnitt 104-106.

- (259) I det første trinnet skal Konkurransetilsynet som hovedregel fastsette et grunnbeløp i henhold til forskriften § 3 annet til femte ledd. Gebyrets grunnbeløp gir en indikasjon på virkningene av overtredelsen som er begått og det enkelte foretaks bidrag til det.¹³²
- (260) I det andre trinnet kan grunnbeløpet justeres opp eller ned basert på skjerpende eller formidlende omstendigheter i den konkrete saken, jf. forskriften § 3 sjette ledd.

7.1.3 Maksimalgrense

- (261) Ved overtredelse av Konkurranseloven § 10, er gebyrets øvre ramme 10 prosent av foretakets omsetning, jf. forskriften § 2 annet ledd bokstav a. Foretakets omsetning er den samlede salgsinntekten for det siste regnskapsåret, jf. forskriften § 2 tredje ledd.

7.2 Fastsettelse av grunnbeløpet

7.2.1 Generelt om grunnbeløpet

- (262) Ved fastsettelse av grunnbeløpet vil Konkurransetilsynet normalt ta utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen, jf. forskriften § 3 tredje ledd.
- (263) Grunnbeløpet vil bli fastsatt til en andel av denne omsetningsverdien, avhengig av hvor grov overtredelsen er, multiplisert med antallet år foretaket eller sammenslutningen av foretak har deltatt i overtredelsen jf. forskriften § 3 fjerde ledd. Forskriften § 3 annet ledd inneholder en liste over momenter som det særlig skal tas hensyn til i vurderingen av overtredelsens grovhet. Som en alminnelig regel vil andelen av omsetningsverdien som tas i betraktning, fastsettes på et nivå som kan utgjøre opp til 30 prosent av omsetningsverdien.
- (264) I tillegg vil Konkurransetilsynet, uavhengig av hvor lenge foretaket/sammenslutningen av foretak har deltatt i overtredelsen, inkludere et prevensjonstillegg ved særlig grove overtredelser, jf. forskriften § 3 femte ledd.

7.2.2 Varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området

7.2.2.1 Rettslig utgangspunkt

- (265) Utgangspunktet for beregningen av grunnbeløpet er "*omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området*", jf. forskriften § 3 tredje ledd, første punktum.

I saker hvor det er sammenslutninger av foretak som begår overtredelsen, kan det likevel, i samsvar med forskriften § 2 tredje ledd siste punktum, legges til grunn den samlede verdien av medlemmenes omsetning knyttet til de varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området.¹³³

- (266) Formålet med regelen er å gi en indikasjon på virkningene av overtredelsen som er begått og det enkelte foretaks bidrag til det.¹³⁴ Avgjørende for vurderingen er hvorvidt omsetning direkte eller indirekte omfattes av gjenstanden for samarbeidet ("*scope of the infringement*" / "*scope of the alleged cartel*").¹³⁵

¹³² Jf. Retningslinjene avsnitt 6 jf. 13; se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-444/11 P *Team Relocation m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 76; sak T-404/08 *Fluorsid SpA m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 152.

¹³³ Jf. Retningslinjene avsnitt 13 og 14.

¹³⁴ Jf. Retningslinjene avsnitt 6 jf. 13; se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-444/11 P *Team Relocation m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 76; sak T-404/08 *Fluorsid SpA m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 152.

¹³⁵ Jf. sak C-444/11 P *Team Relocation mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 76; sak T-404/08 *Fluorsid SpA m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 158.

- (267) Dette vil f.eks. være tilfelle hvor samtaler/koordinering mellom partene har omhandlet de aktuelle produktene.¹³⁶ Vilkåret kan videre være oppfylt hvor omsetning er indirekte påvirket, f.eks. ved en generell prisøkning som følge av samarbeidet.¹³⁷
- (268) På den annen side kreves det ikke at omsetningsverdien faktisk er påvirket av overtredelsen eller at det er bevis for at overtredelsen omfatter konkrete salg, jf. "indirekte". Dette fremgår også av EU-domstolens avgjørelse i *Team Relocation*:
- "(...) it would however be contrary to the goal pursued by that provision if that concept [goods and services to which the infringement directly or indirectly relates]¹³⁸ were understood as applying only to turnover achieved by the sales in respect of which it is established that they were actually affected by that cartel.*
- Such a limitation would, in addition, have the effect of artificially minimising the economic significance of the infringement committed by a particular undertaking since the mere fact that a limited amount of direct evidence of sales actually affected by the cartel had been found would lead to the imposition of a fine which bore no actual relation to the scope of the application of the cartel in question. Such a reward for being secretive would also adversely affect the objective of the effective investigation and sanctioning of infringements of Article 81 EC [now Article 101 TFEU]¹³⁹ and, therefore, cannot be permitted."¹⁴⁰*
- (269) Det fremgår av retningslinjene at omsetningen kan fastsettes på grunnlag av deler av tallmaterialet som er mottatt eller annen relevant og passende informasjon, dersom opplysningene fra foretaket om relevant omsetningsverdi er ufullstendige eller uriktige.¹⁴¹
- (270) I henhold til forskriften § 3 tredje ledd skal det som utgangspunkt tas utgangspunkt i omsetningsverdien for siste hele regnskapsår hvor foretaket deltok i overtredelsen.

7.2.2.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (271) Konkurransetilsynet har funnet det bevist med klar sannsynlighet at ESK har gitt anbefalinger mv. til medlemmer lokalisert ulike steder i Norge. I flere av disse områdene er medlemmene direkte eller potensielle konkurrenter til hverandre.
- (272) Konkurransetilsynet har i denne konkrete saken vurdert markedssituasjonen i tre byer i Norge der det er lokalisert fire eller flere medlemsverksteder, og der disse må regnes som faktiske eller potensielle konkurrenter til hverandre. Konkurransetilsynet har kommet til at det geografiske området som skal legges til grunn ved vurdering av grunnbeløpets størrelse skal avgrenses til omsetningen i disse geografiske områdene. Utgangspunktet for fastsettelsen av grunnbeløpet blir derfor den berørte omsetningen til medlemsverkstedene i Oslo, Bergen og Sandnes for 2010, som er siste hele regnskapsår hvor verkstedene deltok i overtredelsen. Med berørt omsetning menes den omsetningen som kan knyttes til reparasjon på vegne av hvitevareleverandører.
- (273) Som det fremgår i avsnitt (191) har Konkurransetilsynet tatt hensyn til ESKs anførsel om at Servicecompaniet har en virksomhet som skiller seg ut fra de øvrige verkstedene i samme område. Omsetning fra Servicecompaniet inkluderes derfor ikke ved beregning av grunnbeløpet.
- (274) Den omsetningen som er medregnet etter dette er omsetningen til verkstedene Hvitevarespesialisten WP Service AS¹⁴², Forbrukerservice AS¹⁴³, E-service Norge AS¹⁴⁴ og

¹³⁶ Jf. f.eks. sak C-444/11 P *Team Relocation mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen.

¹³⁷ Retningslinjene, fotnote til avsnitt 13 inkl. fotnote.

¹³⁸ Konkurransetilsynets tilføyelse.

¹³⁹ Konkurransetilsynets tilføyelse.

¹⁴⁰ Jf. sak C-444/11 P *Team Relocation mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 76-77.

¹⁴¹ Jf. Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan, Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåknings- og domstolavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a, punkt 16.

¹⁴² Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 11 354 000.

¹⁴³ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 5 325 000.

¹⁴⁴ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 28 940.

Best Hvitevareservice AS¹⁴⁵ i Oslo. Videre er omsetningen til verkstedene E-service Bergen AS¹⁴⁶, Skurtveit El Service B Skurtveit¹⁴⁷, Husholdningsservice AS¹⁴⁸, Hvitevareservice Øystein Bøe¹⁴⁹, Vestservice AS¹⁵⁰ og Houge Elektroservice A/S¹⁵¹ i Bergen medregnet, og endelig omsetningen til verkstedene E-Service Stavanger AS¹⁵², Sandnes Elektriske forretning AS¹⁵³, Rogaland Elektroservice AS¹⁵⁴ og Spesialservice AS¹⁵⁵ i Sandnes.

- (275) Den berørte omsetningen til disse medlemmene anses av Konkurransetilsynet til å være verkstedenes samlede omsetning for utførelse av reparasjoner av hvitevarer. ESK har blitt forespurt om å oppgi slike eksakte omsetningstall for medlemsbedriftene, men har opplyst at medlemmene ikke har dette tilgjengelig.
- (276) Konkurransetilsynet har ut fra dette funnet at den relevante omsetningen må fastsettes på grunnlag av annen passende og relevant informasjon og tar dermed utgangspunkt i antall ansatte hvitevarereparatører i verkstedene i Oslo, Bergen og Sandnes i 2010.¹⁵⁶ I vurderingen av relevant omsetning har tilsynet videre lagt til grunn et forsiktig estimat for de ansattes arbeidstid¹⁵⁷ og inntjening knyttet til reparasjon av hvitevarer.¹⁵⁸ Estimatet av omsetningsverdien anses dermed ikke å være til ESKs ugunst.
- (277) På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet estimert relevant omsetningsverdi til å være på kroner 43 296 000 og dette tallet legges da til grunn i det følgende.
- (278) I tilknytning til utmålingen av overtredelsesgebyret anfører ESK at kun ■ prosent av omsetningen til Sandnes Elektriske Forretning AS knytter seg til hvitevarer, og at foretaket i 2012 hadde en totalomsetning på 22 102 000.¹⁵⁹ ESK anfører videre at hvitevareservice i snitt utgjør ■ prosent av medlemmenes totale omsetning, og at det følgelig blir feil å legge til grunn den totale omsetningen for beregning av et eventuelt overtredelsesgebyr.
- (279) Til dette viser Konkurransetilsynet for det første til at det fremgår det av varselets avsnitt (249) – (251) og av vedtakets avsnitt (275) - (277) at Konkurransetilsynet i sin beregning av berørt samlet omsetning ikke har sett hen til verkstedenes omsetning, men heller basert seg på antallet reparatører verkstedene betalte medlemsavgift for til ESK i 2010. Formålet med en slik tilnærming var å ta høyde for slike tilfeller som ESK her viser til. Estimeringen av hvitevareomsetningen har generelt ikke vært til ugunst for ESK, og heller ikke når det gjelder Sandnes Elektriske Forretning rent konkret. Dette verkstedets hvitevarereparasjonsomsetning

¹⁴⁵ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 7 229 000. (Verkstedet het Asko Elto Service AS frem til 2. juli 2011)

¹⁴⁶ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 5 170 000.

¹⁴⁷ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 1 230 861.

¹⁴⁸ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 6 259 000.

¹⁴⁹ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 2 698 457.

¹⁵⁰ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 2 385 000.

¹⁵¹ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 0 da verkstedet ble nedlagt i 2011.

¹⁵² Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 6 609 000.

¹⁵³ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 30 275 000.

¹⁵⁴ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 6 003 000.

¹⁵⁵ Omsetningstall siste regnskapsår er kroner 3 800 000.

¹⁵⁶ Antall reparatører fremkommer av medlemsavgifter innbetalt til ESK, jf. Vedlegg 4 ettersom ESK- verkstedenes medlemsavgift er basert på hvor mange hvitevarereparatører de har ansatt. Disse verkstedene betalte i 2010 medlemsavgift for 29 reparatører, jf. Vedlegg 4. For E-Service Norge har Konkurransetilsynet lagt til grunn ■ reparatører istedenfor ■ da dette verkstedet hadde fått redusert medlemsavgiften sin fra og med 2009, jf. forklaringsopptak med A 1. mars 2012, punkt (257) - (258). Best Hvitevareservice, tidligere Asko Elto Service, meldte seg inn i 2010 og betalte ikke medlemsavgift dette året. Konkurransetilsynet har derfor lagt til grunn antallet reparatører i medlemsavgiften for 2011, altså ■ reparatører. Videre har Konkurransetilsynet antatt at daglig leder i de 14 verkstedene i snitt utfører en mengde hvitevarereparasjoner tilsvarende 30 prosent av en vanlig reparatør. Antallet reparatører lagt til grunn for estimeringen av den berørte omsetningen blir dermed $29 + \frac{1}{3} + (14 \cdot 0,3) = 49,2$.

¹⁵⁷ 220 arbeidsdager per år og 5 utførte oppdrag per dag, men kun 80 prosent av denne tiden går med hvitevarereparasjoner.

¹⁵⁸ 1000 kroner per utførte oppdrag.

¹⁵⁹ Tilsvarets side 8

ble estimert til ■■■ millioner kroner per år, som altså er betydelig lavere enn den implisitt anførte hvitevareomsetningen på ■■■ millioner kroner.

- (280) Når det gjelder den andre anførselen så estimerte Konkurransetilsynet i varselet en samlet hvitevarereparasjonsomsetning på 47,6 millioner kroner, som altså utgjorde 37,4 prosent av verkstedenes totale omsetning lagt til grunn på 127,3 millioner kroner. I vedtaket er det til sammenlikning estimert en berørt hvitevareomsetning på 43 millioner kroner som utgjør en andel på 41,3 prosent av den samlede omsetningen på totalt 104 millioner kroner.
- (281) Konkurransetilsynet kan på denne bakgrunn ikke se at metoden benyttet i varselet og i vedtaket er til ugunst for ESK, og anførselene tas dermed ikke til følge.

7.2.3 Overtredelsens grovhet

7.2.3.1 Rettslig utgangspunkt

- (282) I henhold til Forskriften § 3 tredje og fjerde ledd annet punktum vil gebyrets grunnbeløp bli fastsatt til en andel av den relevante omsetningsverdien, og multiplisert med antall år overtredelsen varte.
- (283) Som utgangspunkt vil den andel av omsetningsverdien som tas i betraktning, fastsettes på et nivå som kan utgjøre opptil 30 prosent av omsetningsverdien, jf. forskriften § 3 tredje ledd annet punktum. Nivået vil avhenge av overtredelsens grovhet. Forskriften § 3 annet ledd angir momenter som Konkurransetilsynet særlig skal ta hensyn til ved vurderingen av grovheten.
- (284) For det første skal tilsynet vurdere "*overtredelsens art*", jf. forskriften § 3, annet ledd, bokstav a. Horisontale avtaler om anbudssamarbeid, prissamarbeid og markedsdeling regnes generelt for å være særlig grove overtredelser.
- (285) Det fremkommer av retningslinjene at grunnbeløpet ved EU/EØS-praksis normalt ligger i øvre del av utmålingsskalaen for grove overtredelser som samarbeid om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjonen. Ifølge fast praksis betyr det mellom 15 og 30 prosent av omsetningsverdien.¹⁶⁰
- (286) Forskriften § 3 annet ledd bokstav b- c fastsetter videre at det skal tas hensyn til "*overtredelsens faktiske innvirkning på markedet*" og "*størrelsen på det berørte marked*". I *Brosaken* uttalte Høyesterett at disse momentene måtte tre noe i bakgrunnen ved alvorlige overtredelser som ulovlig anbudssamarbeid.¹⁶¹ Tilsvarende har EU-domstolene lagt til grunn at arten av overtredelsen er avgjørende ved fastsettelse av grunnbeløpets størrelse.¹⁶²
- (287) Dessuten skal det i henhold til Forskriften § 3 annet ledd bokstav d tas hensyn til "*utvist skyld*".
- (288) Endelig fastsetter forskriften § 3 annet ledd bokstav e-f at det skal tas hensyn til "*den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak*" og "*om avtaler eller tiltak er gjennomført*".

7.2.3.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (289) Konkurransetilsynet har funnet det bevist at ESK gjennom flere år har distribuert anbefalinger mv. til sine medlemmer. Som det fremkommer av underkapittel 5.3.3.2 er handlingene egnet til å koordinere medlemsverkstedenes prissetting. Lovbrudd som omfatter horisontal prisfastsettelse er, som det fremkommer ovenfor, normalt å anse som en grov overtredelse. Overtredelsens art tilsier dermed at overtredelsens må anses som grov.
- (290) Konkurransetilsynet vektlegger i samme retning at handlingene er gjennomført med forsett, jf. underkapittel 6.1.2.2 og forskriften § 3 annet ledd bokstav d.

¹⁶⁰ Jf. bl.a. sak T-540/08 *Esso Société anonyme française m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 128; sak T-587/08 *Fresh Del Monte Produce m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 776-777; Sak T-541/08 *Sasol m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 319

¹⁶¹ Jf. Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*) premiss 78 og 79.

¹⁶² Jf. sak C-554/08 P *Carbone-Lorraine v Commission*, Sml. 2009 s. I-189, premiss 44; sak T-587/08 *Fresh Del Monte Produce m.fl. mot Kommisjonen*, ennå ikke i samlingen, premiss 770

- (291) I tilknytning til overtredelsens grovhet anfører ESK i sitt tilsvare at opptreden ikke har hatt noen virkning på markedet.¹⁶³ Konkurransetilsynet viser til at formålsovertredelser etter sin art er alvorlige fordi de presumeres å ha negativ effekt på konkurransen. Det er derfor ikke nødvendig å foreta en virkningsvurdering i saker der man har fastslått at det foreligger en formålsovertredelse.
- (292) De øvrige momenter som fremgår av forskriften § 3 andre ledd a til f finner Konkurransetilsynet ikke grunn til å gå nærmere inn på da disse ikke har hatt betydning for resultatet. På bakgrunn av ovennevnte momenter finner Konkurransetilsynet at grunnbeløpet skal ligge på 15 prosent av berørt omsetning.

7.3 Varighet

- (293) Etter forskriften § 3 fjerde ledd første punktum kan omsetningen for varer og tjenester siste regnskapsår multipliseres med antall år foretaket har deltatt i overtredelsen. Overtredelser på under seks måneder vil bli medregnet som et halvt år, og perioder på mer enn seks måneder, men under ett år, vil bli medregnet som et helt år.
- (294) Konkurransetilsynet har i redegjørelsen overfor i underkapittel 5.3.5 kommet til at det foreligger en sammenhengende overtredelse som har vedvart fra 8. desember 2006 til 8. mars 2011, altså i 4 år og 3 måneder. I henhold til forskriften § 3 fjerde ledd, legger Konkurransetilsynet således til grunn en varighet på overtredelsen på 4,5 år.

7.4 Tillegg for særlig grovhet

- (295) Etter forskriften § 3 femte ledd kan Konkurransetilsynet ved "*særlig grove overtredelser*" av konkurranseloven § 10 øke overtredelsesgebyret med ytterligere 15 til 25 prosent av den relevante omsetningsverdien fastsatt i kapittel 7.2.2. Dette gjelder uavhengig av hvor lenge foretaket har deltatt i overtredelsen. Formålet med dette tillegget, er å avskrekke foretak fra i det hele tatt å delta i særlig grove overtredelser.¹⁶⁴
- (296) Forskriften 3 femte ledd fastsetter videre at horisontale avtaler¹⁶⁵ om prisfastsettelse og markedsdeling etter sin art blir regnet som særlig grove overtredelser.
- (297) Da overtredelsen etter Konkurransetilsynets oppfatning medfører at det foreligger en beslutning om prisfastsettelse finner Konkurransetilsynet at arten av samarbeidet tilsier at det må ilegges tillegg for særlig grovhet på 15 prosent.

7.5 Oppsummering av grunnbeløpets størrelse

- (298) Som det fremgår av kapittel 7.1 vil grunnbeløpet i utgangspunktet bli fastsatt til en andel av den relevante omsetningsverdien, avhengig av hvor grov overtredelsen er, multiplisert med antallet år foretaket har deltatt i overtredelsen.
- (299) Konkurransetilsynet fastsetter dette beløpet til kroner 29 224 800.
- (300) Videre har Konkurransetilsynet tillagt kroner 6 494 800 for særlig grovhet.
- (301) Grunnbeløpet som legges til grunn i første trinn av utmålingen blir da kroner 35 719 200.

7.5.1 Justering av grunnbeløpet

- (302) I henhold til forskriften § 3 sjette ledd kan grunnbeløpet justeres dersom konkrete omstendigheter i saken taler for en økning eller reduksjon av dette beløpet. Forskriften § 3 sjette ledd bokstav a) til g) angir momenter som kan være relevante ved vurderingen.
- (303) ESK har anført flere formildende omstendigheter, og viser for det første til at ESK på ingen måte har forsøkt å tvinge noen av medlemmene til å delta i det Konkurransetilsynet anser som en overtredelse.¹⁶⁶

¹⁶³ Tilsvarets avsnitt 8.

¹⁶⁴ Retningslinjene avsnitt 25.

¹⁶⁵ Av fotnote 2 til retningslinjene punkt 23 fremgår det at det med avtaler også menes samordnet opptreden og beslutning truffet av sammenslutning av foretak

¹⁶⁶ Tilsvarets avsnitt 8.

- (304) Til dette bemerker Konkurransetilsynet at eventuell tvang fra ESK overfor medlemmene kunne utgjort en skjerpende omstendighet, men at fravær av slik tvang ikke kan anses som en formildende omstendighet. ESK kan heller ikke sies å ha hatt en passiv rolle i overtredelsen da det er ESK selv som har utført de beskrevne handlingene. Konkurransetilsynet kan på denne bakgrunn ikke se at mangelen på tvang i herværende sak er en formildende omstendighet i henhold til forskriften § 3 sjette ledd bokstav a.
- (305) ESK anfører videre at ESK har etterlevd pålegget i varselet fra datoen for bevissikringen, 25. mai 2011.¹⁶⁷
- (306) Konkurransetilsynet bemerker til dette at et umiddelbart opphør av den konkurransebegrensende adferden ikke utgjør en formildende omstendighet. En eventuell fortsettelse av overtredelsen i etterforskningsperioden ville imidlertid ført til et høyere utmålt gebyr grunnet lenger varighet, eller eventuelt en skjerpende omstendighet etter forskriften § 3 sjette ledd, bokstav b. På denne bakgrunn tas anførselen ikke til følge.
- (307) ESK anfører videre at ESK ikke kunne ha forebygget overtredelsen i og med at de ikke har begått noen overtredelse, verken bevisst eller ubevisst.¹⁶⁸
- (308) Konkurransetilsynet fastholder at ESKs handlinger utgjør et brudd på konkurranseloven § 10, jf. avsnitt (237). Konkurransetilsynet er uenig i at det er en formildende omstendighet at ESK ikke kunne forebygget en overtredelse de selv stod for gjennomføringen av. Konkurransetilsynet kan på denne bakgrunn ikke se at dette er en formildende omstendighet etter Forskriften § 3 sjette ledd bokstav c.
- (309) ESK anfører endelig at ESK, etter at Konkurransetilsynet foretok sin bevissikring, har samarbeidet etter beste evne og har gitt Konkurransetilsynet de opplysninger som Konkurransetilsynet har etterspurt.¹⁶⁹
- (310) Det fremgår av Forskriften § 3 sjette ledd bokstav d at det kan påvirke utmålingen av gebyret om foretaket har *"bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen utover det som følger av foretakets rettslige plikt og utenfor tilfeller som faller inn under reglene om lempning"*.
- (311) I EU-retten er det lagt til grunn at det kun gis reduksjon i usedvanlige situasjoner utenfor reglene om lempning for fremleggelse av bevis, sml. konkurranseloven §§ 30 og 31. Det siteres fra Rettens uttalelser i *Arkema France m.fl mot Kommisjonen*:
- "... in order to maintain the practical effect of the 2002 Leniency Notice, it can only be in exceptional situations that the Commission is required to grant a reduction of the fine to an undertaking on the basis of the fourth indent of point 29 of the Guidelines. That is the case, in particular, where cooperation provided by an undertaking, which goes beyond its legal obligation to cooperate, but does not give rise to the right to a reduction of the fine under the 2002 Leniency Notice, is of objective use to the Commission. It must be found to be of such use where the Commission relies in its final decision on evidence which an undertaking has submitted to it in the context of its cooperation, without which the Commission would not have been in a position to penalise the infringement concerned in whole or in part."*¹⁷⁰
- (312) Det er ikke bestridt fra Konkurransetilsynets side at ESK har samarbeidet etter beste evne og gitt de opplysninger Konkurransetilsynet har bedt om. ESK har heller ikke forsøkt å forhindre etterforskningen. Konkurransetilsynet kan samtidig ikke se at ESK har samarbeidet med Konkurransetilsynet utover hva som er pålagt etter loven. Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at det ikke er hjemmel for å redusere det utmålte gebyret som følge av bistand til Konkurransetilsynets etterforskning med hjemmel i Forskriften § 3 sjette ledd bokstav d.
- (313) På denne bakgrunn fastholder Konkurransetilsynet sin vurdering av at det i saken hverken er skjerpende eller formildende omstendigheter.

¹⁶⁷ Tilsvarets avsnitt 8.

¹⁶⁸ Tilsvarets avsnitt 8.

¹⁶⁹ Tilsvarets avsnitt 8.

¹⁷⁰ Sak T-343/08 *Arkema France mot Kommisjonen*, Sml. 2011 s. II-02287 premiss 170-171.

7.5.2 Oppsummering av overtredelsesgebyrets størrelse

- (314) På dette grunnlag har Konkurransetilsynet funnet at det skal utmåles et overtredelsesgebyr på kroner 35 719 200.

7.6 Maksimalgrensen – 10 prosent av foretakets omsetning

- (315) Det følger av forskriften § 2 annet og tredje ledd at overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10 ikke kan overstige 10 prosent av foretakets samlede salgsinntekt for det siste regnskapsåret. Hvis en sammenslutning av foretak overtrer konkurranseloven og overtredelsen angår medlemsforetakenes aktiviteter, er omsetningen den samlede salgsinntekten til de medlemmene som er aktive på de markedene som berøres av overtredelsen. Det er siste regnskapsår som er avgjørende for utregningen, og med dette må det forstås siste regnskapsår forut for vedtaket.
- (316) Den samlede salgsinntekten til medlemmene i Oslo, Bergen og Sandnes er på kroner 117 277 000¹⁷¹, og overtredelsesgebyret overstiger således maksimalgrensen på kroner 11 727 700.
- (317) På dette grunnlag blir overtredelsesgebyret redusert til kroner 11 700 000, og maksimalbeløpet blir således ikke oversteget.

7.7 Manglende betalingsevne

7.7.1 Rettslig utgangspunkt

- (318) Konkurransetilsynet har i henhold til forskriften § 3 siste ledd en skjønnsmessig adgang til å legge vekt på et foretaks manglende betalingsevne ved utmålingen av overtredelsesgebyr.
- (319) Bestemmelsen innebærer at Konkurransetilsynet kan, i særlige tilfeller, etter anmodning, ta hensyn til at et foretak mangler betalingsevne.
- (320) Som nevnt over følger det av konkurranselovens forarbeider at utmåling av overtredelsesgebyret så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS-reglene. Prinsippene som gjelder for vurdering av et foretaks manglende betalingsevne i EU/EØS, vil dermed også være relevante ved vurderingen etter forskriften § 3 siste ledd.
- (321) Det fremkommer av retningslinjene og EU-domstolens praksis at det ved vurderingen av om foretaket mangler betalingsevne skal foretas en konkret analyse av foretakets finansielle situasjon, herunder foretakets evne til å betale gebyret gitt den sosiale og økonomiske konteksten foretaket befinner seg i.
- (322) På denne bakgrunn vil Konkurransetilsynet ved vurderingen av et foretaks betalingsevne analysere foretakets finansielle situasjon, herunder foretakets solvens og likviditet basert på objektive bevis. Videre vil informasjon om foretakets fremtidige finansielle situasjon tillegges vekt.

7.7.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (323) ESK opplyste i tilsvaret at foretakets driftsresultat var negativt i 2013. ESKs advokat bekreftet i e-post av 28. november 2014 at dette var å anse som en anmodning om en reduksjon av overtredelsesgebyret. Konkurransetilsynet legger således til grunn at det foreligger en anmodning om å vurdere ESKs manglende betalingsevne.
- (324) Konkurransetilsynet vil i det følgende vurdere om ESK har manglende betalingsevne basert på informasjon innhentet fra ESK. Det vises til korrespondanse mellom Konkurransetilsynet og ESK samt telefonmøte mellom Konkurransetilsynet og ESK 2. februar 2015, hvor tilsynet blant annet redegjorde for den foreløpige vurderingen av ESKs betalingsevne.
- (325) I vurderingen av ESKs nåværende og fremtidige finansielle situasjon har tilsynet lagt til grunn årsregnskaper fra 2006 til 2014, samt ESKs prognoser for inntekter og kostnader til og med 2017. Videre er ESKs mulighet til å ta opp lån for å dekke overtredelsesgebyret vurdert.

¹⁷¹ Se fotnote 142 til 155. Servicecompaniets omsetning er her utelatt, jf. avsnitt (191). Da fullstendige regnskapstall for 2014 ikke var klart på vedtakstidspunktet, har Konkurransetilsynet benyttet omsetningstall for 2013.

- (326) EKS er en interesseorganisasjon som ikke har til formål å gå med overskudd, og en eventuell avkastning blir derfor enten stående i selskapet eller blir fordelt til medlemmene.
- (327) Av de fremlagte årsregnskaper fremgår det at ESK i perioden fra 2007 til 2013 har hatt et mindre underskudd eller overskudd hvert år, med unntak av 2011 hvor ESK foretok store investeringer og således fikk et større underskudd. For 2014 har ESK et underskudd på 283 501 kroner, noe som i hovedsak skyldes at nivået på medlemskontingentene forble uendret og at øvrige inntekter ble redusert. Samtidig ble kostnadene vesentlig høyere enn tidligere år.
- (328) Fremlagte prognoser for 2015-2017 viser at ESK vil gå med underskudd, selv med en eventuell årlig økning i medlemsavgiften frem til 2017 på henholdsvis kroner [REDACTED], [REDACTED] og [REDACTED]. Den årlige medlemsavgiften er ESKs hovedinntektskilde, og i 2014 utgjorde den samlede medlemsavgiften [REDACTED] kroner. Det fremgår av vedtektene at medlemsavgiften vedtas av Generalforsamlingen. Generalforsamlingen har derfor i prinsippet mulighet til å vedta en økning av medlemsavgiften for å redusere det prognoserte underskuddet. ESK har opplyst at det er svært urealistisk å øke medlemsavgiften utover normal prisvekst. Ut fra de innhentede opplysningene finner tilsynet at det ikke vil være mulig for Generalforsamlingen å øke medlemsavgiften i særlig grad.
- (329) Øvrige inntektskilder fra andre samarbeidspartnere er et årlig bidrag fra [REDACTED], provisjonsinntekter fra [REDACTED] samt godtgjørelse fra [REDACTED]. Konkurransetilsynet har mottatt informasjon fra EKS som underbygger at disse inntektene vil falle betydelig de neste årene.
- (330) Basert på det ovenstående legger Konkurransetilsynet til grunn at ESK vil få en reduksjon i inntekter de nærmeste årene, og at ESK har begrensede muligheter til å øke inntektene.
- (331) ESKs kostnader består i hovedsak av lønn til daglig leder og styre, samt kostnader knyttet til utvikling og drift av ESKs hjemmesider. I tillegg kommer regnskapshonorarer, revisjonshonorarer og øvrige mindre kostnader. ESK har fremlagt budsjetter for 2015-2017 som viser et tilsvarende kostnadsbilde i de kommende årene. Konkurransetilsynet legger til grunn at ESKs kostnader i de nærmeste årene vil være som fremlagt i ESKs budsjetter, altså på samme nivå som i dag.
- (332) I henhold til resultatregnskapet for 2014 hadde ESK en kontantbeholdning på 594 710 kroner og en gjeld på 223 052 kroner. ESK vil ha begrensede muligheter til å pådra seg ytterligere gjeldsforpliktelser, blant annet på bakgrunn av manglende verdier som kan være gjenstand for pant.
- (333) Basert på ovenstående er Konkurransetilsynet kommet til at ESKs nåværende og fremtidige finansielle situasjon innebærer at ESK vil mangle evne til å betale et overtredelsesgebyr på 11 700 000 kroner.
- (334) Etter en konkret vurdering hvor Konkurransetilsynet blant annet har vektlagt ESKs svært begrensede muligheter til å øke sine inntekter, har tilsynet funnet at det i foreliggende sak er tale om et særlig tilfelle.
- (335) Konkurransetilsynet finner etter dette at ESK oppfyller vilkårene for å kunne få innvilget en reduksjon i overtredelsesgebyret jf. forskriften § 3 siste ledd. Etter en konkret vurdering har Konkurransetilsynet kommet til at overtredelsesgebyret skal reduseres til kr 250 000.

8 Slutning

- (336) På denne bakgrunn, og med hjemmel i konkurranseloven §§ 12 og 29 jf. § 10, har Konkurransetilsynet fattet vedtak med følgende slutning:
1. **ES-kjeden SA ilegges et overtredelsesgebyr på kroner 11 700 000 – elleve millioner syv hundre tusen kroner – for brudd på konkurranseloven § 10 for konkurransebegrensende samarbeid i forbindelse med forhandlinger om prisene på reparasjonstjenester for hvitevareleverandører for årene 2007-2011.**
 2. **Grunnet manglende betalingsevne reduseres overtredelsesgebyret til kroner 250 000 – to hundre og femti tusen kroner.**

- (337) Det følger av konkurranseloven § 29 fjerde ledd annet punktum at overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter vedtaket er fattet. Beløpet bes innbetalt til Konkurransetilsynets konto 7694.05.16966. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd tredje punktum.
- (338) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Foretaket kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å prøve vedtaket. Dersom saken bringes inn for domstolen vil trangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider av saken, og tvisteloven gjelder så langt den passer, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.

Med hilsen



Christine Meyer (e.f.)
konkurransedirektør

9 Vedlegg

Vedlegg 1	ESKs vedtekter datert 8. mars 2008	2
Vedlegg 2	Protokoll fra styremøte 1/2006 ES-Kjeden BA, 29. mars 2006.....	2
Vedlegg 3	Informasjonsbrev fra ES-Kjeden, 15. juni 2006	2
Vedlegg 4	Regneark med innbetalt medlemskontingent 2007-2011	2
Vedlegg 5	Foil fra styremøte i ESK 20. september 2007.....	2
Vedlegg 6	Medlemsliste over ESK-verksteder 16. mai 2011	2
Vedlegg 7	Protokoll fra ordinær generalforsamling ESK 10. mars 2007.....	2
Vedlegg 8	Protokoll fra ordinær generalforsamling ESK 8. mars 2008.....	3
Vedlegg 9	Innkalling til ordinær generalforsamling i ESK 13. mars 2009	3
Vedlegg 10	Protokoll fra ordinær generalforsamling ESK 13. mars 2010.....	3
Vedlegg 11	Protokoll fra ordinær generalforsamling ESK 2. april 2011	3
Vedlegg 12	Resultatregnskap ES-Kjeden for 2013.....	3
Vedlegg 13	Beslutninger fra Bergen tingrett om bevissikring 20. mai 2011	3
Vedlegg 14	Konkurransetilsynets varsel 3. februar 2014	3
Vedlegg 15	ES-Kjeden SAs merknader til varsel 6. juni 2014	3
Vedlegg 16	Sammendrag av forklaringsopptak med A, 1. mars 2012.....	6
Vedlegg 17	E-post av 27. november 2010 fra Odd Martin Jensen (på vegne av Elektronikkbransjen) til en rekke hvitevareverksteder, med vedlegg	7
Vedlegg 18	Nyhetsoppdateringer fra 1. januar 2006 til 30. mai 2008, fra hjemmesidene til ESK	8
Vedlegg 19	E-post 21. april 2006, med vedlagt regneark, fra A til Post ES, med blindkopi til medlemsverkstedene i ES, fra Bs innboks	8
Vedlegg 20	Regnearket " <i>Timepriser-NEL-leverandører-april-2006</i> "	8
Vedlegg 21	Regnearket " <i>Veiledning - timepris 2007</i> "	8
Vedlegg 22	Referat fra møtet i styringsgruppen NHVS 16. februar 2006.....	9
Vedlegg 23	E-post 15. november 2007 med vedlegg, fra A til ESK-styret, fra Cs innboks.....	10
Vedlegg 24	E-post 15. november 2007 fra C til A, fra Cs utboks.....	10
Vedlegg 25	E-post 19. november 2007 med vedlegg fra A til " <i>Post ESK</i> ", fra Cs innboks.....	11
Vedlegg 26	E-post 29. november 2007 fra A til styret i ESK, med vedlagt protokoll fra styremøte i ESK 26. november 2007, fra Cs innboks.....	12
Vedlegg 27	E-post 21. desember 2007 fra C til A, fra Cs utboks	13
Vedlegg 28	E-post 25. januar 2008 fra A til " <i>Post ESK</i> ", fra Cs innboks	14
Vedlegg 29	Regnearket " <i>Tilbakemelding timepris 2008</i> " i mappen " <i>2008</i> " på medlemssidene til ESK 15	
Vedlegg 30	Dokumentet " <i>Resymé av tilbakemeldinger timepriser (2008)</i> " i mappen " <i>2008</i> " på medlemssidene til ESK	15
Vedlegg 31	E-post av 31. oktober 2008 fra A til styret med vedlagt protokoll fra styremøte i ESK 30. oktober 2008	16
Vedlegg 32	Nyhetsoppdateringer fra 9. juni 2008 til 9. juli 2010, fra medlemssidene til ESK.....	16
Vedlegg 33	Informasjonsbrevet " <i>Timepriser 2009</i> " lagret 1. desember 2008 i undermappen " <i>2009</i> " på medlemssidene til ESK	16
Vedlegg 34	Brevmalen " <i>Timepris 2009</i> " lagret 1. desember 2008 i undermappen " <i>2009</i> " på medlemssidene til ESK	16

Vedlegg 35	Regnearket " <i>Kontakter, adresse leverandør</i> " lagret 9. desember 2008 i undermappen " <i>2009</i> " på medlemssidene til ESK.....	16
Vedlegg 36	Regnearket " <i>Forslag priser 2009</i> " lagret 1. desember 2008 i undermappen " <i>2009</i> " på medlemssidene til ESK	16
Vedlegg 37	E-post 1. desember 2008 fra A til medlemsverkstedene	17
Vedlegg 38 til ESK	Regnearket " <i>Tilbakemelding timepris 2009</i> " i undermappen " <i>2009</i> " på medlemssidene	17
Vedlegg 39	Dokumentet " <i>Resymé av tilbakemeldinger timepriser 2009</i> " i undermappen " <i>2009</i> " på medlemssidene til ESK	17
Vedlegg 40	E-post 18. september 2009 fra A til styremedlemmene med dokumentet " <i>Referat fra arbeidsmøte ESK 17.09 2009 kl 09.00</i> " som vedlegg	18
Vedlegg 41 ESK	Informasjonsbrevet " <i>Timepriser 2010</i> " lagret 30. november 2009 på medlemssidene til	18
Vedlegg 42	Brevmalen " <i>Timepris 2010</i> " sist oppdatert 3. desember 2009 på medlemssidene til ESK	18
Vedlegg 43 ESK	Regnearket " <i>Anbefalte timepriser 2010</i> " lagret 30. november 2009 på medlemssidene til	18
Vedlegg 44	E-post 2. desember 2009 fra A til medlemsverkstedene	18
Vedlegg 45	Regnearket " <i>Tilbakemelding timepris 2010</i> " på medlemssidene til ESK	19
Vedlegg 46	E-post 16. april 2010 fra A til medlemsverkstedene	19
Vedlegg 47	E-post 17. desember 2010 fra A til medlemsverkstedene med vedlegget " <i>Forslag basispris 2011 - Enhetsprislisten</i> "	19
Vedlegg 48	Nyhetsoppdateringer fra 9. juli 2010 til 23. mai 2011, fra medlemssidene til ESK	20
Vedlegg 49	Regnearket " <i>Bekreftet basispris 2011 - Enhetsprislisten</i> " på medlemssidene til ESK, sist oppdatert 8. mars 2011	20
Vedlegg 50	E-post fra A til styret 31. januar 2011, med vedlegget " <i>Styrets kommentar til enhetslisten og trendene rundt ny basispris</i> " datert 27. januar 2011	21
Vedlegg 51	" <i>Styrets kommentar til enhetslisten og trendene rundt ny basispris</i> " datert 27. januar 2011, funnet på ESKs medlemssider i mappen " <i>Enhetsprislisten 2011</i> "	21
Vedlegg 52	Utskrift fra ESKs hjemmesider, 16. mai 2011.....	31

Mottaker
ES-Kjeden SA

Postadresse
Sjøskogenveien 26

Poststed
1407 VINTERBRO
Norge

Kontakt/e-post



Kopi til:
Zacco Norway AS

Postboks 2003 Vika

0125 OSLO
Norge

Thomas Rukin
thomas.rukin@zacco.com