

## **Landsrettens begrundelse og resultat**

De to selskaber og de tre personer, som tiltalen er rettet imod, er tiltalt for overtrædelse af konkurrencelovens § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, ved i forhold til to forskellige udbud omtalt som 2013-udbuddet og 2014-udbuddet at have indgået konsortieaftaler og afgivet fælles bud. Ifølge tiltalen indgik de tiltalte forsætligt kartelaftaler af grov beskaffenhed i form af en aftale om koordinering af bud, der direkte eller indirekte havde til formål at begrænse konkurrencen.

Det er efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Et tilsvarende forbud følger af TEUF artikel 101, stk. 1.

Konsortieaftalen mellem Selskab 1 og Selskab 2 (tidligere ...) vedrørende 2013-udbuddet blev indgået den 3. februar 2014, mens konsortieaftalen vedrørende 2014-udbuddet blev indgået den 11. marts 2014. Efter bevisførelsen finder landsretten, at det kan lægges til grund, at de to selskaber da var de to største aktører på området for vejmarkering i Danmark.

Forud for tiltalerejsningen har Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet, Sø- og Handelsretten og Højesteret taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt selskaberne ved konsortieaftalen vedrørende 2014-udbuddet overtrådte konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1. Ved dom af 27. november 2019 har Højesteret i forbindelse med en prøvelse af Konkurrenceankenævnets afgørelse af 11. april 2016, som stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, vurderet, at konsortieaftalen af 11. marts 2014 mellem Selskab 1 og Selskab 2 var en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1. Højesteret fandt herunder, at de tiltalte selskaber i den foreliggende situation var konkurrenter, og at det var godtgjort, at konsortieaftalen mellem Selskab 1 og Selskab 2 i sig selv måtte anses for at have haft konkurrencebegrænsning til formål. Højesterets begrundelse og resultat er gengivet i byrettens dom.

Af udbudsmaterialet vedrørende 2013-udbuddet fremgår, at det angik nymarkering af vejstriber i fem distrikter, og at det var muligt at afgive bud på ét eller flere distrikter. Det fremgår videre, at budet skulle afgives distrikt for distrikt, og at der kunne tilbydes en rabat ved bud på flere distrikter. Tildelingskriteriet var den samlet set laveste pris. Det fremgår af oplysningerne i sagen, at der var en tilbudsgiver, der kun afgav bud på nogle af distrikterne.

Det fremgår af udbudsmaterialet vedrørende 2014-udbuddet, at Vejdirektoratet udbød distrikterne Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden, og at det var muligt at afgive bud på ét eller flere distrikter. Det fremgår videre, at buddet også her skulle afgives distrikt for distrikt, og at der kunne tilbydes en rabat ved bud på flere distrikter. Tildelingskriteriet var den samlet set laveste pris. Det fremgår af oplysningerne i sagen, at der var øvrige tilbudsgivere, som kun bød på henholdsvis ét og to distrikter.

Selskab 1 og Selskab 2 afgav både vedrørende 2013-udbuddet og 2014-udbuddet fællesbud på samtlige distrikter, der indeholdt en rabat på 20 pct. i forhold til de priser, der i overensstemmelse med udbudsbetingelserne blev budt på de enkelte distrikter. Det fremgår af bilag 1 til konsortieaftalerne, at virksomhederne havde aftalt, hvem der skulle udføre arbejdet i de enkelte distrikter i de forskellige scenarier, der kunne opstå, hvis konsortiet helt eller delvist vandt udbuddet. Det fremgår herunder vedrørende 2013-udbuddet, at hvis alle fem udbudte distrikter blev vundet, skulle Selskab 2 udføre arbejdet i tre distrikter, mens Selskab 1 skulle udføre arbejdet i to distrikter. Hvis fire distrikter blev vundet, skulle selskaberne hver udføre arbejdet i to distrikter. Det fremgår videre af bilag 1 både til konsortieaftalen vedrørende 2013-udbuddet og konsortieaftalen vedrørende 2014-udbuddet, at såfremt der kun blev vundet ét distrikt, skulle det selskab, der ikke skulle udføre arbejdet i det pågældende distrikt, kompenseres af det andet selskab med 3 pct. af entreprisesummen.

#### *2014-udbuddet*

Ved vurderingen af, om konsortieaftalen af 14. marts 2014 udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, må det først afgøres, om Selskab 1 og Selskab 2 var konkurrenter i relation til det pågældende udbud.

De tiltalte har også for landsretten forklaret, at det henset til rabatmuligheden ikke gav mening at byde på enkelt-distrikter, om end det var teoretisk muligt, og at det ikke var muligt for nogen af selskaberne at løfte den samlede opgave, der var udbudt.

Som anført i Højesterets dom af 27. november 2019 skal bedømmelsen af, om Selskab 1 og Selskab 2 var konkurrenter, ske på objektive grundlag ud fra de krav, der blev stillet i udbudsmaterialet.

Således som udbuddet var tilrettelagt, angik det tre distrikter, som der skulle bydes på enkeltvis, hvilket nogle andre bydende også gjorde. Den omstændighed, at der kunne gives rabat ved bud på to eller tre distrikter, kan ikke føre til en anden vurdering af, at konkurrencen stod om hvert enkelt distrikt.

Efter oplysningerne i sagen havde både Selskab 2 og Selskab 1 kapacitet til at byde på i hvert fald ét distrikt.

Landsretten finder på den baggrund og ud fra sagens øvrige oplysninger, at Selskab 1 og Selskab 2 må anses for at have været konkurrenter i relation til 2014-udbuddet. Det kan ikke ændre ved vurderingen, at Selskab 1 ikke havde en ISO 9001-certificering. Landsretten har herved henset til, hvad der i udbudsmaterialet er anført vedrørende krav til kvalitetssikringssystem. I overensstemmelse med forklaringen afgivet af vidnet Peter Jørgen Andersen finder landsretten, at dette ikke kan forstås som et absolut krav om, at tilbudsgiver skulle være ISO 9001-certificeret. På den baggrund finder landsretten, at Selskab 1 ikke på grund af den manglende ISO 9001-certificering var afskåret fra at byde alene.

Spørgsmålet er herefter, om konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

Landsretten finder, at konsortieaftalen efter sit indhold reelt var en aftale om koordinering af bud på baggrund af en forhåndsfordeling mellem selskaberne om, hvem der skulle udføre arbejdet i de enkelte distrikter, hvorved konkurrencen mellem selskaberne herom blev elimineret. Efter bevisførelsen finder landsretten, at konsortieaftalen må anses i sig selv at have haft konkurrencebegrænsning til formål, idet aftalen efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng rummede et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.

Konsortieaftalen af 14. marts 2014 var dermed omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1. Landsretten finder, at betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, ikke har været opfyldt, og landsretten finder

herefter, at konsortieaftalen af 14. marts 2014 udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

#### *2013-udbuddet*

Konsortieaftalen vedrørende dette udbud blev indgået den 3. februar 2014 og dermed ganske kort tid før konsortieaftalen vedrørende 2014-udbuddet. Aftalen svarer efter sit indhold til konsortieaftalen af 14. marts 2014, idet der også i denne aftale er foretaget en opdeling mellem selskaberne af, hvem der skulle udføre arbejdet i de enkelte udbudte distrikter. På baggrund af oplysningerne vedrørende denne fordeling finder landsretten, at det kan lægges til grund, at Selskab 2 og Selskab 1 hver især havde kapacitet til at byde på i hvert fald to distrikter.

Herefter og når der henses til, at udbuddet var tilrettelagt med budgivning på deldistrikter på samme måde som 2014-udbuddet, finder landsretten, at Selskab 2 og Selskab 1 må anses for at have været konkurrenter også ved dette udbud. Det gælder, uanset at 2013-udbuddet angik nymarkering af vejstriber og ikke genmarkering som 2014-udbuddet, og uanset om der måtte være forskelle i omfanget af opgaverne vedrørende dette udbud i forhold til 2014-udbuddet.

Landsretten finder, at konsortieaftalen efter sit indhold reelt var en aftale om koordinering af bud på baggrund af en forhåndsfordeling mellem selskaberne om, hvem der skulle udføre arbejdet i de enkelte distrikter, hvorved konkurrencen mellem selskaberne herom blev elimineret. Landsretten finder endvidere, at konsortieaftalen må anses i sig selv at have haft konkurrencebegrænsning til formål, idet aftalen efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng rummede et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.

Herefter, og da landsretten finder, at betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, ikke har været opfyldt, finder landsretten, at også konsortieaftalen af 3. februar 2014 udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

#### *Kartelaftale af grov beskaffenhed*

For at ifalde strafansvar efter konkurrencelovens § 23, stk. 3, er det en betingelse, at der er tale om en kartelaftale, og at overtrædelsen af konkurrencelovens § 6, stk. 1, eller TEUF artikel 101, stk. 1, er forsætlig og af grov beskaffenhed.

Ved en kartelaftale forstås efter § 23, stk. 3, 2. pkt., en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse mellem virksomheder i samme omsætningsled om bl.a. koordinering af bud. Som tiltalen er rejst, er det i denne sag alene et spørgsmål, om der foreligger en kartelaftale om koordinering af bud. Efter indholdet af konsortieaftalerne både vedrørende 2013-udbuddet og 2014-udbuddet sammenholdt med, hvordan de to udbud var tilrettelagt, finder landsretten det bevist, at der var tale om kartelaftaler om koordinering af bud omfattet af § 23, stk. 3, 2. pkt., nr. 4.

Spørgsmålet er herefter, om overtrædelserne må anses for at være af grov beskaffenhed.

Det fremgår af forarbejderne til § 23, stk. 3, at navnlig overtrædelsens omfang eller de skadevirkninger, som den er egnet til at medføre, kan indebære, at overtrædelsen må anses for at være af grov beskaffenhed. Med overtrædelsens omfang sigtes til overtrædelsens markedsmæssige udbredelse og varighed.

Efter bevisførelsen lægger landsretten til grund, at der i Danmark på udbudstidspunkterne var ganske få aktører, som var aktive inden for vejmarkering, hvoraf ikke alle var landsdækkende. Det lægges endvidere til grund, at Selskab 2 og Selskab 1 var de to største aktører.

2013-udbuddet angik fem distrikter, og konsortiet afgav et samlet bud på ca. 32 mio. kr. for den periode på fire år, som udbuddet angik. 2014-udbuddet angik tre distrikter, og konsortiet afgav et samlet på ca. 33,5 mio. kr. for den periode på fire år, som udbuddet angik.

Efter en samlet vurdering af udbuddenes omfang og værdi samt tidsmæssige og geografiske udstrækning sammenholdt med det oplyste om markedet og konsortieaftalernes indhold, herunder om den aftalte kompensation til det ene selskab for det tilfælde, at der kun blev vundet et distrikt, finder landsretten, at både overtrædelsen i relation til 2013-udbuddet og overtrædelsen i relation til 2014-udbuddet var af grov beskaffenhed som anført i konkurrencelovens § 23, stk. 3.

### *Tilregnelser*

Strafansvar efter konkurrencelovens § 23, stk. 3, kræver, at de pågældende overtrædelser er begået forsætligt. Det følger af straffelovens § 27, stk. 1, at strafansvar for en juridisk person forudsætter, at der inden for dens virksomhed er begået en overtrædelse, der kan tilregnes en eller flere til den juridiske person knyttede personer eller den juridiske person som sådan.

Det er ubestridt, at tiltalte A som direktør for Selskab 1, tiltalte B som distriktchef hos Selskab 2 og tiltalte C som entreprisechef hos Selskab 2 alle medvirkede til indgåelsen af konsortieaftalen af 3. februar 2014 (2013-udbuddet), og at de to førstnævnte tillige medvirkede til indgåelsen af konsortieaftalen af 11. marts 2014 (2014-udbuddet).

Det er under sagen gjort gældende, at den administrative sagsbehandling, der er gået forud for tiltalerejsningen bevirker, at de tre personer ikke kan være rette ansvarssubjekt. Hertil bemærkes, at sagens behandling hidtil ikke kan føre til, at landsretten ikke kan domfælde, hvis lovens betingelser herfor er opfyldt. Det, der er anført i forarbejderne til lov nr. 474 af 12. juni 1996 og i Rigsadvokatmeddelelse 5/1999 om valg af ansvarssubjekt, kan ikke føre til en anden vurdering.

De tiltalte har gjort gældende, at der ikke foreligger forsætlige overtrædelser af konkurrence-lovgivningen, da de tiltalte havde føje til at tro, at konsortieaftalerne ikke udgjorde en overtrædelse af de konkurrenceretlige regler. De har herved bl.a. henvist til en udtalelse fra advokat Rune Hamborg, som Selskab 1 havde indhentet til brug for et udbud fra Vejdirektoratet i 2012, hvor selskaberne også afgav fællesbud. De tiltalte har endvidere henvist til en udtalelse fra advokat Andreas Christensen, som Selskab 1 indhentede til brug for 2014-udbuddet. I begge udtalelser er der fokuseret på spørgsmålet om, hvorvidt Selskab 1 og Selskab 2 kunne byde i fællesskab på den samlede opgave i udbuddene, og i den forbindelse om nogen af selskaberne havde kapacitet til selv at byde på den samlede opgave.

Efter bevisførelsen for landsretten er der ikke grundlag for at tilsidesætte de tiltaltes forklaringer om, at ingen af selskaberne havde kapacitet til at byde på den samlede opgave hverken vedrørende 2013-udbuddet eller 2014-udbuddet.

Landsretten finder efter en samlet vurdering af oplysningerne i sagen, at det må lægges til grund, at de tiltalte A, B og C i relation til sagens forhold 2, der angår 2013-udbuddet, og de tiltalte A og B i relation til sagens forhold 4, der angår 2014-udbuddet, befandt sig i en vildfarelse om, at de to konsortieaftaler ikke udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1. Landsretten har herved bl.a. lagt vægt på den indhentede juridiske rådgivning og tillige på, at Sø- og Handelsretten ved sin dom afsagt af tre dommere og to sagkyndige medlemmer den 27. august 2018 ophævede Konkurrencerådets afgørelse af 11. april 2016, idet man ikke fandt, at der i situationen var grundlag for at anse konkurrencereglerne for overtrådt.

Landsretten finder, at karakteren af vildfarelsen ikke bevirker, at betingelserne for at pålægge strafansvar i medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 3, ikke er opfyldt. Både de tiltalte selskaber og de tiltalte personer må således ved indgåelsen af konsortieaftalerne og budgivningen anses for skyldige i overtrædelse af dagældende konkurrencelovs § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.

Landsretten finder imidlertid, at vildfarelsen i situationen var undskyldelig. Henset hertil, og når der samtidig henses til sagens øvrige omstændigheder, herunder dens forløb fra 2014 og den lange sagsbehandlingstid, som ikke kan tilregnes de tiltalte, finder landsretten, at straffen for alle de tiltalte skal bortfalde, jf. herved straffelovens § 83, jf. § 82, stk. 1, nr. 4.

Efter sagens udfald og forløb skal statskassen betale sagens omkostninger for landsretten.