

HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 27. november 2019

Sag 191/2018

(2. afdeling)

Konkurrencerådet

(advokat Jacob Pinborg)

mod

Eurostar Danmark A/S

(advokat Christina Type Jardorf)

og

GVCO A/S

(advokat Erik Kjær-Hansen)

I tidligere instans er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 27. august 2018.

I pådømmelsen har deltaget seks dommere: Marianne Højgaard Pedersen, Vibeke Rønne, Henrik Waaben, Jan Schans Christensen, Lars Apostoli og Kristian Korfits Nielsen.

Påstande

Appellanten, Konkurrencerådet, har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært hjemvisning af sagen til fornyet behandling ved Konkurrenceankenævnet.

Konkurrencerådet har endvidere nedlagt påstand om, at de indstævnte, Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S, hver især skal betale 300.000 kr. med procesrente fra den 21. september 2018.

Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S har påstået stadfæstelse.

Betalingspåstanden vedrører tilbagebetaling af sagsomkostninger, som Konkurrencerådet har betalt til opfyldelse af Sø- og Handelsrettens dom.

Anbringender

Konkurrencerådet har supplerende anført navnlig, at Eurostar og GVCO var aktuelle konkurrenter, da de ubestridt hver især kunne byde på mindst et distrikt. Konkurrenceankenævnet har derfor ikke fundet det nødvendigt at tage stilling til, om virksomhederne havde kapacitet til hver især at byde på alle tre distrikter. Kapacitetsberegningerne i Konkurrencerådets afgørelse er dermed ikke en del af sagen for domstolene, jf. herved princippet i konkurrencelovens § 20. Hvis Højesteret måtte finde, at spørgsmålet, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, skal vurderes med udgangspunkt i, om virksomhederne hver især kunne give et samlet bud, bør Højesteret i stedet for at tage stilling til kapacitetsberegningerne i Konkurrencerådets afgørelse hjemvise sagen til Konkurrenceankenævnet med henblik på, at ankenævnet kan foretage en vurdering heraf.

Hvis Højesteret tager Konkurrencerådets frifindelsespåstand til følge, kan rådet kræve tilbagebetaling af de sagsomkostninger, som allerede er betalt til opfyldelse af Sø- og Handelsrettens dom. Tilbagebetalingskravet skal forrentes fra ankestævningens indgivelse den 21. september 2018, jf. f.eks. UfR 2017.973 H.

Eurostar har supplerende anført navnlig, at det er Konkurrencerådets afgørelse, der er genstand for sagen, herunder rådets vurdering af parternes muligheder for hver især at byde på den samlede opgave. Konkurrenceankenævnet har stadfæstet rådets afgørelse i sin helhed, hvorfor domstolene ikke er afskåret fra at vurdere rådets og parternes kapacitetsberegninger. Spørgsmålet om kapacitetsberegninger har indgået som et centralt element også ved behandlingen i Sø- og Handelsretten, og hensynet til de implicerede virksomheder og personer taler for, at der træffes en endelig afgørelse i sagen, der nu har verseret i mere end 5 år.

GVCO har supplerende anført navnlig, at konkurrencelovens § 20 ikke afskærer domstolene fra at tage stilling til kapacitetsopgørelsen, uanset at Konkurrenceankenævnet undlod at behandle dette emne. Kapacitetsopgørelsen blev både behandlet i det materiale, der forelå for ankenævnet, og i den mundtlige forhandling i ankenævnet. Det forhold, at Konkurrenceankenævnet har valgt ikke at tage stilling til Konkurrencerådets kapacitetsopgørelse, kan ikke føre til, at sagen hjemvises til ankenævnet.

Forrentning af et eventuelt tilbagebetalingspligtigt sagsomkostningsbeløb skal først ske fra udløbet af fuldbyrdesfristen i Højesterets dom, jf. rentelovens § 8 a, jf. UfR 2013.1030 H og UfR 2014.555 H.

Retsgrundlag

Konkurrenceloven

Konkurrenceloven indeholder i § 6 og § 8 bl.a. følgende bestemmelser:

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

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

- 1) at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser,
...
- 3) at opdele markeder eller forsyningskilder,
...

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

...

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

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

De nævnte bestemmelser i konkurrencelovens § 6 og § 8 fik i det væsentlige deres affattelse ved lov nr. 384 af 10. juni 1997. Af de specielle bemærkninger til lovforslagets § 6 fremgår bl.a. (Folketingstidende 1996-97, tillæg A, lovforslag nr. L 172, s. 3659):

”*Konkurrencebegrænsningskriteriet*

Enhver form for konkurrencebegrænsning rammes af forbudet i § 6. Bestemmelsen omfatter både hindring, begrænsning og fordrejning af konkurrencen, ligesom den omfatter aftaler m.v., der ”direkte eller indirekte har til formål eller til følge” at begrænse konkurrencen.

Udtrykket ”til formål eller til følge” er alternative kriterier. Forbudet rammer således både aftaler m.v., der tilsigter begrænsninger, selv om de ikke får denne virkning, og aftaler m.v., der har sådanne virkninger, uanset intentionerne. § 6 kræver således ikke, at der faktisk har fundet en påvirkning sted.

Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer).”

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Artikel 101 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”1. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- ...
- c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
- ...

2. De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning.

3. Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på:

- enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder
- enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og
- enhver samordnet praksis eller kategori deraf

som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der:

- a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål

- b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.”

Kommissionen har fastsat retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i TEUF på horisontale samarbejdsaftaler. Af Kommissionens meddelelse (2011/C 11/01) fremgår bl.a.:

”1. Indledning

1.1. Formål og anvendelsesområde

...

10. Udtrykket ”konkurrenter” i disse retningslinjer omfatter både faktiske og potentielle konkurrenter. To virksomheder behandles som faktiske konkurrenter, hvis de opererer på det samme relevante marked. En virksomhed behandles som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, i tilfælde af en beskeden, men varig stigning i de relative priser, inden for en kort periode vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer. Denne vurdering skal bygge på realistiske forhold, og det er ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for, at virksomheden kommer ind på markedet. Se Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (”meddelelse om markedsdefinition”).

...

1.2.1. Artikel 101, stk. 1

...

30. Horisontale samarbejdsaftaler mellem konkurrenter, der objektivt set ikke vil være i stand til selvstændigt at gennemføre det projekt eller den aktivitet, som samarbejdet vedrører, f.eks. på grund af parternes begrænsede tekniske kompetence, vil normalt ikke få konkurrencebegrænsende virkninger, som omhandlet i artikel 101, stk. 1, medmindre parterne kunne have gennemført projektet med færre begrænsninger.

...

6.3. Vurdering efter artikel 101, stk. 1

6.3.1. De vigtigste konkurrenceproblemer

230. Markedsføringsaftaler kan medføre konkurrencebegrænsninger på flere måder. Først og fremmest kan markedsføringsaftaler kan føre til prisfastsættelse.

...

232. For det tredje kan markedsføringsaftaler blive et middel for parterne til at opdele markederne eller fordele ordrer eller kunder, f.eks. i tilfælde, hvor parternes produktionsanlæg er beliggende på forskellige geografiske markeder, eller hvor aftalerne er gensidige.

...

6.3.2. Konkurrencebegrænsende formål

234. Prisfastsættelse er et af de vigtigste konkurrencemæssige problemer i forbindelse med markedsføringsaftaler mellem konkurrenter. Aftaler, der kun omfatter fælles afsætning, har generelt til formål at samordne konkurrerende producenters eller serviceudbydernes prispolitik. Sådanne aftaler kan ikke blot udelukke parternes priskonkurrence med hensyn til substitutionsprodukter, men kan også begrænse parternes samlede produktleverancer i forbindelse med et ordrefordelingssystem. Derfor vil sådanne aftaler sandsynligvis have et konkurrencebegrænsende formål.

...

6.3.3. Konkurrencebegrænsende virkninger

237. En markedsføringsaftale vil normalt ikke kunne skabe konkurrenceproblemer, hvis den objektivt set er nødvendig for, at en part kan komme ind på et marked, som den pågældende ikke kunne være kommet ind på alene eller sammen med færre parter end dem, der faktisk deltager i samarbejdet, f.eks. på grund af de omkostninger, det indebærer. Et konkret eksempel herpå er konsortieaftaler, der giver de pågældende virksomheder mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre enkeltvis. Da parterne i konsortieaftaler derfor ikke er potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet, foreligger der ingen begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1.”

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstillinger

Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S (nu GVCO A/S), der var blandt de største danske entreprenører inden for vejmarkering, indgik den 11. marts 2014 en konsortieaftale med henblik på at udarbejde og afgive tilbud på et udbud fra Vejdirektoratet vedrørende genmarkering af det statslige vejnet i perioden 2014-2017. Der var tale om vejmarkeringsopgaver i tre af Vejdirektoratets fem distrikter, nemlig Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden. Udover konsortiet bød to virksomheder, der afgav bud på henholdsvis et og to distrikter. Konsortiet blev vinder af udbuddet med den samlet set laveste pris på alle tre distrikter.

Konkurrenceankenævnet traf ved kendelse af 11. april 2016 afgørelse om, at Eurostar og GVCO i kraft af konsortieaftalen handlede i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 og i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikel 101, stk. 1. Ankenævnet stadfæstede herved Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015.

Sagen angår prøvelse af Konkurrenceankenævnets afgørelse.

Prøvelsen i sager som den foreliggende omfatter fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen, mens tilsidesættelse af vurderinger, der i det væsentlige bygger på et konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag, jf. herved Højesterets dom af 3. juni 2014 (UfR 2014.2663). Det bemærkes i øvrigt, at princippet i konkurrencelovens § 20 ikke indebærer, at Højesteret er afskåret fra at træffe afgørelse om spørgsmål, som Konkurrencerådet har taget stilling til, men som Konkurrenceankenævnet ikke har behandlet.

Efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, er det forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Det samme gælder efter TEUF artikel 101, stk. 1. Parterne er enige om, at konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstater i artikel 101, stk. 1's forstand.

Sagens hovedspørgsmål er, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, og i givet fald om konsortieaftalen mellem virksomhederne havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1. Hvis dette er tilfældet, er der herudover spørgsmål, om konsortieaftalen er fritaget efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3.

Om Eurostar og GVCO var konkurrenter

Eurostar og GVCO har anført, at de ikke var konkurrenter i relation til Vejdirektoratets udbud, idet konkurrencen reelt udspillede sig om den samlede opgave, som ingen af virksomhederne havde kapacitet til at byde på. Muligheden for at afgive delbud var kun teoretisk og således i praksis ikke relevant.

Af forarbejderne til konkurrencelovens § 6 fremgår, at det ikke kan anses for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af virksomhederne alene ville have kunnet klare opgaven. Tilsvarende er anført i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af TEUF artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, jf. pkt. 10, 30 og 237. Eurostar og GVCO var således ikke konkurrenter, hvis virksomhederne hver især ikke var i stand til at klare den udbudte opgave.

Bedømmelsen af, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, skal ske på objektivi grundlag ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet, jf. herved også de førnævnte retningslinjer fra Kommissionen for anvendelsen af TEUF artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler. Det er således uden betydning, at udbudsbetingelserne, forløbet af de tidligere udbud og andre forhold efter Eurostar og GVCO's opfattelse klart tilskyndede til at afgive et samlet bud på opgaverne, og at virksomhederne derfor gør gældende, at de ikke havde til hensigt at afgive delbud.

Som nævnt var Eurostar og GVCO på tidspunktet for etableringen af konsortiet og afgivelsen af det fælles bud blandt de største danske aktører på området for vejmarkering. Virksomhederne opererede i samme omsætningsled og på samme relevante marked.

Vejdirektoratets udbud af de tre entrepriser i henholdsvis Syddanmark, Sjælland og Hovedstaden var efter udbudsbetingelserne tilrettelagt således, at det var muligt at afgive bud på et eller flere af distrikterne, hvortil man opfyldte de økonomiske, tekniske og faglige krav. Budet skulle afgives distrikt for distrikt. En tilbudsgiver kunne tilbyde en rabat ved bud på flere distrikter. Tildelingskriteriet var den samlet set laveste pris, hvorved der skulle forstås den kombination af alle bud, der samlet gav den laveste pris på de tre distrikter.

Udbuddet var rettet mod alle aktører på området, som dermed havde mulighed for at deltage i konkurrencen og afgive bud på et, to eller alle tre distrikter, således at Vejdirektoratet kunne opnå den bedst mulige samlede pris. Der er efter Højesterets opfattelse ikke holdepunkter for, at udbuddet i kraft af den særlige rabatstruktur i realiteten kun angik den samlede opgave. De andre bydere afgav i øvrigt også kun bud på henholdsvis et og to distrikter.

Eurostar og GVCO var ubestridt hver især i stand til at byde på i hvert fald et af de tre distrikter.

Højesteret tiltræder på denne baggrund Konkurrenceankenævnets afgørelse om, at Eurostar og GVCO i forhold til udbuddet må anses for konkurrenter i den forstand, udtrykket er anvendt i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1.

Om konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen

Som nævnt følger det af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, at det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har alene taget stilling til, om konsortieaftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen, og ikke om aftalen har haft konkurrencebegrænsende følger. Som parterne er enige om, omfatter Højesterets prøvelse derfor kun, om Konkurrenceankenævnet med rette har kunnet begrænse undersøgelsen af konsortieaftalen til en ”til formål”-vurdering.

Eurostar og GVCO har anført, at konsortieaftalen ikke tydeligt var så skadelig for konkurrencen, at konkurrencemyndighederne kunne undlade at undersøge konsortieaftalens følger for markedet. Aftalen gav parterne incitament til at trække på hinandens ressourcer, hvilket mindskede deres risiko. I kraft af konsortiesamarbejdet kunne de derfor afgive et mere konkurrencedygtigt bud. Fastsættelsen af den fælles tilbudspris og opgavefordelingen var ifølge virksomhederne nødvendig for gennemførelsen af aftalens hovedformål om at afgive et konkurrencedygtigt bud, idet den økonomiske og retlige sammenhæng, herunder den særlige rabatstruktur i udbuddet, tilskyndede til at afgive et samlet bud.

Højesteret finder – ligesom Konkurrenceankenævnet – at der for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.

Konsortieaftalen mellem konkurrenterne Eurostar og GVCO blev indgået med henblik på at udarbejde og afgive et fælles bud på Vejdirektoratets udbud og udføre vejmarkeringsopgaverne i udbuddet, hvis konsortiet vandt. Aftalen havde ikke karakter af et produktionssamarbejde, og den lagde i øvrigt ikke op til et samarbejde mellem parterne i forbindelse med afsætningen af de tilbudte tjenesteydelser, der efter aftalen på forhånd var fordelt mellem parterne i forhold til de mulige udfald af konkurrencen.

Højesteret finder således, at aftalen efter sit indhold reelt angik afsætning af Eurostars og GVCO's individuelle tjenesteydelser gennem fælles bud og fælles prisfastsættelse på baggrund af en forhåndsfordeling af de tre distrikter, som udbuddet angik. Herved eliminerede virksomhederne konkurrencen mellem hinanden. Der er ikke oplyst karakteristika ved markedet for vejmarkering, som kan begrunde, at konsortieaftalen, uanset den fælles prisfastsættelse og opgavefordelingen, ikke skal anses for at have haft til formål at begrænse konkurrencen.

På denne baggrund finder Højesteret – ligesom Konkurrenceankenævnet – det godtgjort, at konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO må anses for i sig selv at have haft konkurrencebegrænsning til formål, idet aftalen efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummede et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.

Konsortieaftalen er dermed omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1. Det kan ikke føre til en anden vurdering, at virksomhedernes subjektive hensigt med aftalen efter det oplyste var at afgive et konkurrencedygtigt bud, og at konsortiesamarbejdet skete i åbenhed. Det forhold, at Eurostar forud for deltagelsen i konsortiesamarbejdet havde indhentet en vurdering af lovligheden heraf fra en advokat, kan heller ikke ændre herved.

Fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3

Højesteret finder ligesom Konkurrenceankenævnet, at Eurostar og GVCO ikke har godtgjort, at betingelserne for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt.

Konklusion og sagsomkostninger

Konkurrencerådet frifindes.

Eurostar og GVCO skal hver især tilbagebetale 300.000 kr. til Konkurrencerådet med procesrente fra datoen for indleveringen af ankestævning til Højesteret, dvs. fra den 21. september 2018, jf. herved bl.a. Højesterets domme af 3. juni 2014 (UfR 2014.2663) og 22. december 2016 (UfR 2017.973).

Efter sagens udfald skal Eurostar og GVCO endvidere hver især betale sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten og Højesteret til Konkurrencerådet med 353.000 kr. Beløbene er til dækning af Konkurrencerådets udgift til advokat for begge instanser med i alt 700.000 kr. og 6.000 kr. til dækning af retsafgift for Højesteret. Der er herved taget hensyn til sagens omfang og karakter, herunder at sagen i forhold til Eurostar og GVCO har vedrørt samme spørgsmål.

Thi kendes for ret:

Konkurrencerådet frifindes.

Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S skal hver især betale 300.000 kr. med procesrente fra den 21. september 2018 til Konkurrencerådet.

I sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten og Højesteret skal Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S hver især betale 353.000 kr. til Konkurrencerådet.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.