

Den konkurrenceretlige bedømmelse af konsortiesamarbejder - med særlig fokus på Vejmarkerings sagen

The Assessment of Consortia Agreements under the Danish Competition Act - focusing on the Road Marking Case

af KLARA DRASBÆK SCHIØNNING & KATHRINE MORTENSEN¹

Afhandlingen undersøger, hvordan konsortieaftaler behandles efter konkurrencelovens § 6 og TEUF art. 101, stk. 1. Med afsæt i navnlig retspraksis, administrativ praksis og retningslinjer fra konkurrencemyndighederne analyseres det først, hvornår to virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter i relation til et udbud. Dernæst undersøges det hvilke forhold, der tillægges vægt ved den nærmere til formåls- og til følge-vurdering af sådanne aftaler. Analysen har særligt fokus på Vejmarkerings sagen, der blev endeligt afgjort ved Højesterets dom i november 2019. Specialet afsluttes med en diskussion af, hvad den praktiske betydning af Højesterets afgørelse i Vejmarkerings sagen er.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	3
1. INDLEDNING OG PROBLEMFOMULERING	3
1.1 INDLEDNING	3
1.2 PROBLEMFOMULERING	4
1.3 METODE	4
1.4 AFGRÆNSNING	4
1.5 DEFINITION AF BEGREBER	5
2. FORHOLDET TIL EU-RETEN OG TIL NORSK RET	6
2.1 FORHOLDET TIL EU-RETEN	6
2.2 FORHOLDET TIL NORSK RET	6
3. NÆRMERE OM KONKURRENCELOVENS FORMÅL OG § 6	7
3.1 FORMÅLET MED KONKURRENCELOVEN	7
3.2 FORMÅLET MED EU-KONKURRENCERETEN	8
3.3 BETINGELSERNE I KRL § 6	8
3.3.1 Betingelse nr. 1: Virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder	8
3.3.2 Betingelse nr. 2: Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis	9
3.3.3 Betingelse nr. 3: Konkurrencebegrænsning	10
3.3.4 Betingelse nr. 4: Til formål eller til følge	10

¹ Klara Drasbæk Schiønning har i det væsentligste udarbejdet følgende afsnit: 2-3.2, 3.3.2-3.3.4.1, 3.3.4.2.5-3.3.4.3, 3.4-4.1.2, 4.1.4.1-4.1.4.2.2.3, 4.1.4.2.4.1.3-4.1.4.2.5, 4.1.4.3.2-4.2.2.1, 4.2.2.2.1-4.2.2.3.2, 4.2.2.4.4-4.2.2.4.5, 4.2.4-4.2.5.2, 4.2.5.2.3, 5.3-5.4. Kathrine Mortensen har i det væsentligste udarbejdet følgende afsnit: 1-1.5, 3.3-3.3.1, 3.3.4.2-3.3.4.2.4, 3.3.5-3.3.6, 4.1.3-4.1.4, 4.1.4.2.3-4.1.4.2.4.1.2, 4.1.4.2.6-4.1.4.3.1, 4.2.2.1.1-4.2.2.2, 4.2.2.3.3-4.2.2.4.3, 4.2.2.4.6-4.2.3, 4.2.5.2.1-4.2.5.2.2, 4.2.5.2.4-5.2, 5.5-6. Der gøres opmærksom på, at et overordnet afsnit i visse tilfælde er udarbejdet af den ene forfatter, mens de tilhørende underafsnit er udarbejdet af den anden.

3.3.4.1 Alternative betingelser.....	11
3.3.4.2 Nærmere om til formåls-aftaler	11
3.3.4.3 Nærmere om til følge-aftaler	16
3.3.5 Betingelse nr. 5: Mærkbarhed.....	17
3.3.6 Per se og rule of reason.....	17
3.4 UNDTAGELSER TIL FORBUDET I KRL § 6	18
3.5 SAMMENFATNING.....	19
4. TIL FORMÅLS- OG TIL FØLGE-VURDERINGEN VED KONSORTIEAFTALER.....	19
4.1 HVORNÅR ER VIRKSOMHEDER FAKTISKE ELLER POTENTIELLE KONKURRENTER?.....	20
4.1.1 Indledende bemærkninger.....	20
4.1.2 Udformningen af udbudsmaterialet	21
4.1.3 Kun muligt at byde på den samlede opgave	22
4.1.4 Mulighed for at afgive samlet bud og delbud	27
4.1.4.1 Skive og Omegns Vognmandsforening.....	27
4.1.4.2 Vejmarkeringssagen	29
4.1.4.3 Ski Taxi/Follo Taxi-sagen	40
4.1.4.4 Delkonklusion.....	44
4.2 DEN NÆRMERE TIL FORMÅLS- OG TIL FØLGE-VURDERING VED KONSORTIEAFTALER	45
4.2.1 Indledende bemærkninger.....	45
4.2.2 Vejmarkeringssagen.....	45
4.2.2.1 Konkurrencerådets afgørelse	45
4.2.2.2 Konkurrenceankenævnets afgørelse	48
4.2.2.3 Sø- og Handelsrettens afgørelse	50
4.2.2.4 Højesterets afgørelse	52
4.2.2.5 Delkonklusion – Vejmarkeringssagen.....	55
4.2.3 Skive og Omegns Vognmandsforening	56
4.2.4 Catering-sagen og Sko-sagerne.....	56
4.2.5 Ski Taxi/Follo Taxi-sagen	57
4.2.5.1 Borgarting lagmannsretts afgørelse	57
4.2.5.2 Højesterets afgørelse	60
4.2.5.3 Afsluttende bemærkninger til Ski Taxi/Follo Taxi-sagen	62
4.2.6 Delkonklusion.....	63
5. DEN PRAKTISKE BETYDNING AF VEJMARKERINGSSAGEN.....	64
5.1 FREMMER ELLER HÆMMER VEJMARKERINGSSAGEN EFFEKTIVITETEN?.....	64
5.2 SÆRLIGT OM STRAFSANKTIONEN.....	65
5.3 HVORDAN KAN DER SKABES MERE KLARHED OM RETSSTILLINGEN?.....	66
5.4 ER UNDERLEVERANDØRAFTALER ET ALTERNATIV TIL KONSORTIER?	67
5.5 DELKONKLUSION	68
6. KONKLUSION	69
FORKORTESESLISTE	70
LITTERATURFORTEGNELSE	71
BILAG 1.....	78

Abstract

The aim of this thesis is to examine how consortia agreements are viewed under section 6 of the Danish Competition Act and TFEU art. 101(1). In order to determine whether a joint bid constitutes an infringement of these provisions, five cumulative criteria must be considered. However, the criterion requiring the agreement to be a restriction of competition by object or by effect is especially difficult to assess.

An analysis of relevant guidelines, literature, administrative practise, and case law from Denmark, Norway, and the EU shows that it must firstly be examined whether the companies taking part in the consortium are actual or potential competitors. The decisive criterion here is whether the undertakings are able to participate in the procurement procedure independently.

When the tender documents enable the undertakings to bid on the entire project as well as its segments, the undertakings are considered to be competitors provided they can submit a bid on just one of the segments individually. This was stated by the Danish Supreme Court in the *Road Marking Case* delivered in November 2019.

Additionally, the analysis shows that the existence of a competitive relation between the undertakings is not the only element of importance for the courts and the competition authorities when they rule whether a consortium agreement is a restriction of competition by object or by effect. A review of relevant case law demonstrates that a joint bid implies both elements of price-fixing and market sharing. Such agreements are considered to be hardcore restrictions which have the restriction of competition as their object. Therefore, consortia agreements between competitors have been ruled to be infringements by object of section 6 and TFEU art. 101(1) in multiple cases.

Furthermore, a discussion of the practical significance of the *Road Marking Case* illustrates that the judgement has attracted criticism. This criticism is prompted by a concern that undertakings will refrain from establishing consortiums in the future. Fewer consortiums may lead to inefficiency which is not in absolute accordance with the purpose of the competition law. However, an examination of potential solutions for this problem fails to provide a suitable path for the undertakings.

1. Indledning og problemformulering

1.1 Indledning

Konkurrenceretten indeholder to centrale forbud: Det ene er forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mv. i KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1, og det andet er forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i KRL § 11 og TEUF art. 102.² Denne fremstilling behandler det førstnævnte forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler mv.

Aftaler mellem virksomheder kan antage mange forskellige former, men en af dem, der er særligt problematisk, er konsortieaftaler. Årsagen til, at lige netop disse aftaler giver anledning til udfordringer, er, at et konsortiesamarbejde på den ene side kan være lovligt og endda afstedkomme effektivitetsgevinster, som er i overensstemmelse med konkurrencerettens formål. På den anden side kan et sådant samarbejde dog også fjerne den konkurrence, der ellers ville være mellem virksomhederne og dermed være i strid med konkurrenceretten. Grænsen mellem de lovlige konsortier og de ulovlige samarbejdsaftaler er ikke altid oplagt og kan derfor være særdeles vanskelig at drage i praksis.

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konkurrenceloven, *Vejledning om forbuddene mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling*, 2019, s. 6

I efteråret 2019 afsagde Højesteret dom i den efterhånden velkendte *Vejmarkeringssag*, der vedrørte et samarbejde mellem to virksomheder i et konsortium. Dommen besvarer flere principielle spørgsmål om den konkurrenceretlige behandling af konsortiesamarbejder. Den har dog samtidig affødt mange kritiske reaktioner fra erhvervslivet, og det er derfor yderst relevant at undersøge retsstillingen for konsortier nærmere, hvorfor dette er formålet med nærværende speciale.

1.2 Problemformulering

Indledningsvist vil konkurrencerettens formål samt betingelserne i KRL § 6 blive gennemgået med den hensigt at introducere forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i sin helhed. Denne gennemgang vil særligt have fokus på til formåls- eller til følge-betingelsen, da den er omdrejningspunktet for specialets efterfølgende behandling af konsortiesamarbejder.

Med afsæt i denne redegørelse foretages en analyse af lovligheden af konsortiesamarbejder i dansk ret. Som det vil fremgå, er denne analyse toleddet. Første del af analysen beskæftiger sig med spørgsmålet om, hvornår de samarbejdende virksomheder er konkurrenter, mens anden del undersøger hvilke forhold, der tillægges vægt ved den nærmere til formåls- og til følge-vurdering.

Til sidst følger en diskussion af, hvad den praktiske betydning af Højesterets afgørelse i *Vejmarkeringssagen*, er. Et centralt spørgsmål, der her rejses, er, om dommen bidrager til at opfylde formålet med KRL.

1.3 Metode

Der er ikke fundet behov for at fremføre særlige metodiske overvejelser, idet den traditionelle juridiske metode benyttes ved besvarelsen af ovennævnte problemformulering. Det bemærkes, at der undervejs inddrages artikler og blogs fra både ind- og udland, som imidlertid alene er udtryk for forfatterens egne opfattelser. Teksternes funktion i nærværende speciale er derfor ikke at beskrive gældende ret, men derimod at tilføje nuancer til undersøgelsen af, hvordan konsortiesamarbejder behandles retligt.

1.4 Afgrænsning

Denne fremstilling undersøger de konkurrenceretlige aspekter af konsortieaftaler. Herved er det klart, at øvrige aftaler, der ligeledes kan have konkurrenceskadelige virkninger i strid med KRL § 6, ikke vil blive behandlet i specialet. Det skal særligt pointeres, at tilbudskoordinering, der består i, at virksomheder afgiver *individuelle* bud på en konkret opgave, som de på forhånd har koordineret, ikke undersøges.³

Fremstillingen beskæftiger sig endvidere alene med den retlige vurdering af konsortiesamarbejder i henhold til KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1 og dermed ikke spørgsmålet om, hvorvidt en aftale, der omfattes af forbuddet, kan fritages efter reglerne i KRL §§ 8 og 10 samt TEUF art. 101, stk. 3 og gruppefritagelsesforordningerne. Der gøres dog kortfattede bemærkninger om fritagelsesmulighederne for at give læseren det fulde billede af forbuddets udstrækning.

³ Eksempler på sådanne aftaler er El-Kartellet og De Storkøbenhavnske Byggekarteller, se Buch-Hansen, Hubert, *Karteller – Afsløringen af aftalt spil i dansk erhvervsliv*, 1. udg., 2016, s. 110 ff. og s. 134 ff. og <https://www.kfst.dk/nyheder/kfst/nyheder/fakta/2014/20141112-det-store-byggekartel-boeodeoversigt/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

Ydermere skal det præciseres, at formålet med specialet alene er at undersøge, hvordan konsortieaftaler behandles i dansk ret. Til belysning heraf inddrages imidlertid afgørelser og betragtninger fra både EU-retten, norsk ret og svensk ret.

Endeligt er det væsentligt at fremhæve, at der ikke alene er et konkurrenceretligt aspekt, men også et udbudsretligt aspekt, når det undersøges, om tilbud på offentligt udbudte opgaver er lovlige.⁴ Nærværende speciale vil dog udelukkende behandle de konkurrenceretlige udfordringer. På dette sted skal det alene bemærkes, at konkurrenceretten og udbudsretten ikke altid går hånd i hånd. Udbudslovens § 139, stk. 2 forskriver således blot, at sammenslutninger af økonomiske aktører - f.eks. konsortier - kan deltage i udbud, men bestemmelsen forholder sig ikke til, om sådanne sammenslutninger er lovlige efter konkurrenceretten. Med andre ord kan et konsortiesamarbejde på en og samme tid være helt legitimt efter udbudsretten, men uforeneligt med konkurrenceretten.⁵ På baggrund af udbudsdirektiverne fra 2014, som er implementeret i den danske udbudslov, er der imidlertid indført en bestemmelse i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, som tillader ordregiveren at udelukke et tilbud fra et konsortium, såfremt der er tilstrækkelige plausible indikationer på, at samarbejdet strider mod konkurrenceretten.⁶ Denne bestemmelse har dog ikke nogen indflydelse på den konkurrenceretlige vurdering af aftalen. Bestemmelsen skal i stedet ses som et instrument for ordregiveren til at håndtere konsortiesamarbejder i udbudsprocessen.⁷

1.5 Definition af begreber

I fremstillingen anvendes en række begreber, som allerede på dette sted skal defineres for at skabe klarhed over hvilket indhold, de tillægges i specialet.

Udtrykket *fælles bud* anvendes om det tilfælde, hvor to eller flere virksomheder indgår en aftale om at afgive ét fælles tilbud på en konkret opgave i udbud fremfor at byde hver især. Sådanne aftaler kaldes også typisk konsortieaftaler.⁸ Både begrebet fælles bud og begreberne konsortieaftale/konsortiesamarbejde vil blive anvendt i specialet, hvorfor det skal gøres klart, at de her anvendes om samme forhold.

Ud over begrebet fælles bud anvendes også termen *samlet bud*, som beskriver det tilfælde, hvor virksomheder afgiver et tilbud på den samlede opgave, som er sendt i udbud. I modsætning hertil står *delbud*, der anvendes om den situation, hvor virksomhederne ikke afgiver et tilbud på den samlede opgave, men alene på en del heraf. Delbud er således kun relevant, hvor udbudsmaterialet giver mulighed for, at der kan afgives bud på enkelte dele af den samlede opgave.

⁴ Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 79

⁵ Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udg., 2017, s. 525; Pinborg, Jacob m.fl., *Konsortier – a rose by any other name would smell as sweet...*, Advokaten 1, 2018, s. 30, v. sp.; Ølykke, Grith Skovgaard m.fl., *EU's Udbudsregler i dansk kontekst*, 2. udg., 2017, s. 193

⁶ Pinborg, Jacob m.fl., *Konsortier – a rose by any other name would smell as sweet...*, Advokaten 1, 2018, s. 31, v. sp.

⁷ Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 79

⁸ Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 78-79; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 343; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2018, s. 4.

Det bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udarbejdet et udkast til en ny vejledning om fælles bud, der i maj 2020 var i åben høring, jf. <https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2020/20200507-vejledning-om-faelles-bud-paa-opgaver-sendt-i-hoering/> (sidst besøgt d. 29.05.2020). Udkastet anvender samme terminologi som vejledningen fra 2018.

2. Forholdet til EU-retten og til norsk ret

2.1 Forholdet til EU-retten

Nærværende speciale inddrager ikke alene de danske konkurrenceregler, men også de EU-retlige. Derfor fremføres der indledningsvist enkelte bemærkninger om forholdet mellem KRL og EU-konkurrenceretten.

Det er fra dansk side tilstræbt, at de danske konkurrenceregler indholdsmæssigt er i overensstemmelse med de EU-retlige.⁹ Det skyldes dog ikke, at der påhviler Danmark en egentlig fællesskabsretlig pligt hertil, hvorfor harmoniseringen alene er udslag af en selvvalgt beslutning fra det danske folketing.¹⁰ Udformningen af KRL § 6 svarer således til TEUF art. 101, og EU-praksis er følgelig vejledende for fortolkningen af den danske bestemmelse.¹¹ Dette er baggrunden for, at der i det følgende ikke sondres mellem KRL § 6 og TEUF art. 101.

Der består dog fortsat visse forskelle mellem den danske konkurrencelov og de EU-retlige regler.¹² I denne sammenhæng skal alene en enkelt, men dog helt grundlæggende forskel fremhæves. Denne forskel består i, at det er en forudsætning for anvendelsen TEUF art. 101 – ligesom for de øvrige EU-konkurrenceretlige regler – at aftalen ”kan påvirke handlen mellem medlemsstater”. Denne betingelse genfindes selvsagt ikke i KRL § 6.

Kriteriet om samhandelspåvirkning rummer i realiteten tre elementer: Der skal være tale om, at 1) handlen mellem medlemsstater 2) kan påvirkes 3) mærkbart. Kommissionen har i samhandelsmeddelelsen¹³ angivet de principper, som skal anvendes ved fortolkningen af kriteriet, hvorfor der henvises hertil for uddybende bemærkninger herom. Er samhandelskriteriet opfyldt i et tilfælde, hvor de danske konkurrencemyndigheder eller domstole anvender KRL § 6, er de forpligtede til ligeledes at anvende TEUF art. 101, jf. forordning nr. 1/2003, art. 3, stk. 1, 1. pkt.¹⁴

2.2 Forholdet til norsk ret

Da der i fremstillingen inddrages norsk retspraksis, skal der desuden kortfattet redegøres for denne praksis’ betydning for retsstillingen i Danmark, idet alene sidstnævnte undersøges i specialet.

Norge er ikke en del af EU, men de EU-retlige konkurrenceregler er indsat i EØS-aftalen, hvorved de har virkning i Norge. Norges nationale konkurrencelov – konkurranseloven – er efter EØS-aftalens indgåelse blevet harmoniseret med reglerne i aftalen. Konkurranselovens § 10 om konkurrencebe-grænsende aftaler afspejler således EØS-aftalens art. 53, som selv er formuleret i overensstemmelse med TEUF art. 101.¹⁵

Derudover er EFTA-domstolen forpligtet til at fortolke EØS-aftalen i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis om de tilsvarende EU-retlige regler, jf. EØS-aftalens pkt. 6. Derfor har praksis fra EFTA-domstolen betydning for forståelsen af EU-konkurrenceretten og dermed også dansk ret.¹⁶

⁹ FT 1996-97, Tillæg A, s. 3648, h. sp.

¹⁰ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 59-60; Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret*, 3. udg., 2017, s. 102-103

¹¹ FT 1996-97, Tillæg A, s. 3657, h. sp.

¹² Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 59

¹³ Kommissionens meddelelse - Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, jf. EUF 2004 nr. C 101/07

¹⁴ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 188-189 og s. 201; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 80-82

¹⁵ Hjelmeng, Erling J. m.fl., *Konkurranspolitik: Rettslig og økonomisk analyse*, 2014, 1. udg., s. 35-36

¹⁶ Det skal dog pointeres, at EU-Domstolen ikke er forpligtet til at følge afgørelser afsagt af EFTA-domstolen, hvorfor betydningen af afgørelserne i et dansk perspektiv vil afhænge af fremtidige afgørelser fra EU-Domstolen, se Sanchez-

Udover norsk retspraksis inddrages også en enkelt svensk domstolsafgørelse i fremstillingens afsnit 5. Da Sverige imidlertid er medlem af EU, er der ikke fundet behov for at fremføre særskilte bemærkninger om forholdet mellem svensk ret og dansk ret. Der henvises således blot til afsnittet umiddelbart ovenfor om forholdet til EU-retten.¹⁷

3. Nærmere om konkurrencelovens formål og § 6

3.1 Formålet med konkurrenceloven

Den danske konkurrencelov indledes i § 1 med en bestemmelse, der fastslår lovens overordnede formål. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Loven har til formål at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere.

Det fremgår klart heraf, at lovens mål ikke er konkurrence, men derimod at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse.¹⁸ Ifølge forarbejderne indebærer effektivitetsbegrebet dels, at varer og tjenesteydelser produceres og distribueres til de lavest mulige omkostninger og dels, at udbuddet heraf sker i en mængde og sammensætning, der afspejler efterspørgslen i markedet. I forlængelse heraf præciseres det, at effektivitetsbegrebet både dækker over statisk og dynamisk effektivitet.¹⁹ Det betyder, at ressourcerne både skal udnyttes optimalt på et givent tidspunkt eller inden for en kortere periode, og at ressourcerne løbende skal udnyttes mere effektivt i takt med, at brugernes aftagerpræferencer ændrer sig.²⁰

Mens den samfundsøkonomiske effektivitet er målet med KRL, er midlet hertil virksom konkurrence. Også dette begreb rummer to dimensioner. For det første er et marked med virksom konkurrence kendetegnet ved, at antallet af aktører er tilstrækkeligt stort under hensyntagen til stordriftsfordele, og at adgangen til markedet ikke er begrænset. For det andet er det karakteriseret ved, at virksomhederne har frihed til at træffe uafhængige beslutninger.²¹

Tanken bag KRL § 1 er, at der består en forhåndsformodning for, at virksom konkurrence er det rette middel til øget effektivitet på samfundsplan. Den virksomme konkurrence opnås gennem en række af lovens bestemmelser, herunder ikke mindst forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KRL § 6. Det skal dog bemærkes, at når virksom konkurrence netop kun er et middel og ikke et mål, kan

Graells, Albert, *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?*, Journal of European Competition Law & Practice, 2018, Vol. 9, Issue 3, 2018, s. 161, h. sp.

¹⁷ Se også Konkurrenceverketets hjemmeside, hvor det anføres, at de svenske regler modsvarer de EU-retlige, http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/om-konkurrensreglerna/samarbete-som-begransar-konkurrensen/?fbclid=IwAR3kT34a8KAPKo2_UjNZfrxJdanEFaAqAV5ZHAYckgcxT5_HrTgN5LHTDaY (sidst besøgt d. 29.05.2020)

¹⁸ Hensynet til erhvervsfrihed og til forbrugerne indgår også i konkurrenceloven, se hertil Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 29; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 57 ff.; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 63 og 65 ff.

Desuden er der tilstræbt en EU-tilpasning, hvorfor de konkurrenceretlige regler i EU har en afsmittende effekt på den danske konkurrencelov, se hertil Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 59 ff. og afsnit 2 om forholdet mellem dansk ret og EU-retten

¹⁹ Lovforslag som fremsat - L 63 2004-2005 1. samling, bemærkninger til nr. 1

²⁰ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 64; FT 1996-97, Tillæg A, s. 3652, v. sp.

²¹ FT 1996-97, Tillæg A, s. 3652, v. sp.-h. sp.

der være tilfælde, hvor der ikke gribes ind over for en konkurrencebegrænsning. Det vil eksempelvis være aktuelt, hvor denne faktisk er fremmede for effektiviteten.²²

3.2 Formålet med EU-konkurrenceretten

EU-konkurrenceretten indeholder i modsætning til den danske konkurrencelov ikke en formålsbestemmelse. Det antages dog i teorien, at EU-konkurrenceretten har to hovedmålsætninger. I lighed med nationale konkurrencelove er målet således at opretholde en konkurrencebaseret markedsøkonomi som middel til forbrugervelfærd. Som noget særegent for EU's regler er markedsintegration imidlertid også en del af reglernes formål.²³

3.3 Betingelserne i KRL § 6

Anvendelse af forbuddet i KRL § 6 kræver overordnet, at fem kumulative betingelser er opfyldte. For det første skal aktørerne være *virksomheder* eller en sammenslutning af virksomheder. For det andet skal deres disposition enten bestå i en *aftale*, en *vedtagelse* eller en *samordnet praksis*. Hertil kommer, at aftalen, mv. skal have *til formål eller til følge at begrænse konkurrencen*, hvilket således er betingelse nr. tre og fire. Alle disse fire betingelser kan udledes direkte af KRL § 6's ordlyd. Anderledes forholder det sig med den femte betingelse, som foreskriver, at konkurrencen også skal påvirkes *mærkbart* for at være i strid med loven.²⁴

Udformningen af KRL § 6 bygger i lighed med forbuddet i § 11 om misbrug af dominerende stilling på et forbudsprincip. Det betyder, at den opfattelse, som ligger bag lovens bestemmelser, er, at konkurrencebegrænsende dispositioner generelt strider mod offentlige interesser og derfor skal forbydes. Forbudsprincippet står i modsætning til kontrolprincippet, hvor synspunktet er, at konkurrencebegrænsninger som udgangspunkt er tilladte, idet der dog føres offentlig kontrol med virksomhederne med mulighed for indgreb. Den danske konkurrencelov byggede tidligere på kontrolprincippet, men har siden ændringen af loven i 1997 anvendt forbudsprincippet både for så vidt angår §§ 6 og 11. Principskiftet betød, at den danske konkurrencelov herefter byggede på samme princip som EU-konkurrenceretten.²⁵

I det følgende uddybes de fem betingelser, der skal opfyldes før, at forbuddet i KRL § 6 aktiveres. Fremstillingens fokus vil dog som nævnt være på til formål- eller til følge-betingelsen.

3.3.1 Betingelse nr. 1: Virksomheder eller en sammenslutning af virksomheder

Virksomhedsbegrebet anvendes også i KRL § 2, hvorfor betingelsen i KRL § 6 må ses i sammenhæng med denne bestemmelse.²⁶ Ifølge forarbejderne til KRL er virksomhedsbegrebet et bredt begreb, der dækker over enhver økonomisk aktivitet på et marked for varer og tjenesteydelser. Der ligger dog ikke heri et krav om, at virksomheden skal opnå en økonomisk gevinst ved foretagendet.²⁷

²² Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 68-69; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 56; Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 29

²³ Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, s. 8-9; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 60

²⁴ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 205, s. 250 og s. 255

²⁵ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 46 ff.; Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 23-24

²⁶ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 205

²⁷ FT 1996-97, Tillæg A, s. 3653, v. sp. Se også Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 65 og 68; Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 33-34

EU-Domstolen har også haft anledning til at præcisere begrebet og har således fastslået, at TEUF art. 101 omfatter "enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og finansieringsmåde".²⁸ Det er herved klart, at valget af organisationsform er uden betydning, hvorfor både personligt ejede virksomheder, aktieselskaber, anpartsselskaber, selvejende institutioner, mv. er omfattede.²⁹

Ligeledes opfylder både privat og offentlig virksomhed betingelsen så længe, der udbydes eller aftages varer eller tjenesteydelser på et marked. Derimod er offentlig myndighedsudøvelse som f.eks. udstedelse af forvaltningsakter og regelhåndhævelse samt det offentliges produktion til eget brug (in house produktion) ikke omfattet af begrebet.³⁰

3.3.2 Betingelse nr. 2: Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

Som allerede nævnt forbyder KRL § 6 hele tre typer af dispositioner, idet bestemmelsen både omfatter aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. Formålet hermed er at sikre, at alle konkurrencebegrænsende samarbejder mellem virksomheder som udgangspunkt forbydes. Den indbyrdes afgrænsning mellem de tre samarbejdsformer er derfor af større teoretisk interesse end praktisk.³¹

Begrebet "aftale" skal i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis fortolkes bredt, og omfatter dermed flere dispositioner end det obligationsretlige aftalebegreb. En konkurrenceretlig aftale behøver hverken være udtrykkelig, skriftlig eller juridisk bindende.³² Aftalebegrebet omfatter desuden både horisontale og vertikale aftaler, hvor førstnævnte kan defineres som aftaler mellem virksomheder, der befinder sig i samme led i produktions- og distributionskæden. De vertikale aftaler omfatter derimod aftaler mellem virksomheder, der befinder sig i forskellige led i kæden.³³ I såvel den danske konkurrenceret som i EU-konkurrenceretten anses de horisontale aftaler for at udgøre de mest problematiske aftaler.³⁴

Selvom aftalebegrebet er bredt, er det dog ikke enhver handling, der omfattes. Det er således en helt central betingelse, at der kan udledes en gensidig forståelse mellem mindst to virksomheder før, at en disposition udgør en konkurrenceretlig aftale. Er der tale om en rent ensidig handling, er det i stedet KRL § 11, der må overvejes. Denne betingelse udgør således den grundlæggende skillelinje mellem KRL §§ 6 og 11.³⁵

²⁸ Sag C-41/90, *Höfner* (EU:C:1991:161, præmis 21)

²⁹ Iversen, Bent m.fl., *Regulating Competition in the EU*, 2. udg., 2012, s. 42; Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 34; FT 1996-97, Tillæg A, s. 3653, v. sp.

³⁰ Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 34; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 68-70

³¹ Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, s. 89; Iversen, Bent m.fl., *Regulating Competition in the EU*, 2. udg., 2012, s. 33

³² FT 1996-97, Tillæg A, s. 3657, h. sp.; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 107-108; Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, s. 90

³³ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrencebogen med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 235; Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 63

³⁴ Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret*, 3. udg., 2017, s. 191; sag C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160, præmis 43)

³⁵ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 107 ff.; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrencebogen med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 224-225. Se også sag C-2/01 P m.fl., *Bayer AG* (EU:C:2004:2, præmis 101-102)

Det skal bemærkes, at det i sager om konsortiesamarbejder sjældent er omtvistet, om der er indgået en aftale mellem virksomhederne.³⁶ Dette må ses i sammenhæng med, at virksomhedernes samarbejde her er kendeligt for omverdenen, hvilket gør det vanskeligt for virksomhederne at bestride, at aftale-betingelsen er opfyldt.

KRL § 6, stk. 3 udvider forbuddet til også at gælde vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder. Kendetegnet for disse tilfælde er, at samarbejdet mellem virksomhederne udspringer af deres deltagelse i sammenslutningen. Dermed medfører bestemmelsen, at medlemmer af eksempelvis en brancheforening kan holdes ansvarlige for konkurrencebegrænsende dispositioner foretaget af foreningen, selvom der ikke kan påvises en aftale mellem de enkelte medlemmer.³⁷

Den samordnede praksis udgør den nedre grænse for forbuddet i KRL § 6. Der kræves dog her ligesom ved aftaler og vedtagelser en viljesmæssig tilpasning mellem virksomhederne, hvorved en samordnet praksis adskiller sig fra en parallel adfærd. Konstateringen af en samordnet praksis forudsætter, at der har været en kontakt mellem virksomhederne, at virksomhederne samordner deres adfærd fremfor at konkurrere og, at der foreligger en faktisk markedsadfærd fra virksomhederne, der har årsag i samordningen.³⁸

Selvom KRL § 6 således forbyder hele tre typer af samarbejder, vil begrebet ”aftale” i det følgende blive anvendt som en overordnet term for både aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, medmindre en specifikation undtagelsesvist findes påkrævet.

3.3.3 Betingelse nr. 3: Konkurrencebegrænsning

Aftaler skal udgøre en konkurrencebegrænsning for at være i strid med KRL § 6. Dette begreb omfatter enhver ”hindring, begrænsning eller fordrejning af konkurrencen”, ligesom både aftaler, der har direkte og indirekte til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, omfattes.³⁹ Helt overordnet kan en konkurrencebegrænsende aftale siges at være kendetegnet ved, at parterne erstatter de risici, der er på et konkurrencepræget marked, med et samarbejde.⁴⁰

Det kan være vanskeligt at afdække om, der foreligger en konkurrencebegrænsning eller ej, men en vis støtte kan findes i KRL § 6, stk. 2, der indeholder en ikke-udtømmende liste over konkurrencebegrænsende aftaler. Vurderingen af, om der foreligger en konkurrencebegrænsning, skal dog under alle omstændigheder tage udgangspunkt i konkurrenceforholdene, som de ville være uden den pågældende aftale.⁴¹

3.3.4 Betingelse nr. 4: Til formål eller til følge

KRL § 6 omfatter kun aftaler, der har den pågældende konkurrencebegrænsning til formål eller til følge. Mens flere af betingelserne i KRL § 6 – herunder ikke mindst aftalebetingelsen - sjældent giver anledning til vanskeligheder, når det kommer til konsortiesamarbejder, er til formåls- eller til følge-

³⁶ Se eksempelvis *Vejmarkeringssagen*, der omtales nærmere i afsnit 4.1.4.2 og afsnit 4.2.2

³⁷ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 220. Se også *Skive og Omegns Vognmandsforening*, som omtales nærmere nedenfor afsnit 4.1.2.2.1

³⁸ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 114; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 214

³⁹ FT 1996-97, Tillæg A, s. 3659, h. sp. Dermed er betingelsen også i overensstemmelse med TEUF art. 101, stk. 1, der udtrykkeligt omtaler alle tre forhold (hindring, begrænsning og fordrejning), se hertil Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 233

⁴⁰ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 100

⁴¹ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 234-235

betingelsen ofte omtvistet i disse sager.⁴² I det følgende redegøres der derfor mere udførligt for netop denne betingelse.

3.3.4.1 Alternative betingelser

En aftale omfattes af forbuddet, hvis blot den har *enten* til formål *eller* til følge at begrænse konkurrencen. Betingelsen "til formål eller til følge" er således alternative kriterier, ikke kumulative.⁴³ Dette blev allerede fastslået af EU-Domstolen i 1966 med afgørelsen *Société Technique Minière*, idet Domstolen her konstaterede, at bindeordet "eller" viser, at betingelserne skal opfattes som alternative.⁴⁴ Domstolen påpegede desuden, at aftalens formål først og fremmest må tages i betragtning. Hvis der ved en undersøgelse af aftalens bestemmelser ikke kan fastslås en begrænsning af konkurrencen, der er tilstrækkelig skadelig, må der da foretages en vurdering af aftalens virkninger.⁴⁵ Afgørelsen er fulgt op af senere praksis, se eksempelvis *BIDS, T-Mobile, GlaxoSmithKline, Allianz Hungária, Football Association, Pierre Fabre* og *Toshiba*.⁴⁶

At betingelserne er alternative betyder grundlæggende, at KRL § 6 både forbyder aftaler, der tilsigter konkurrencebegrænsninger, selvom de ikke får disse virkninger, og aftaler, der ikke tilsigter konkurrencebegrænsninger, men har sådanne virkninger.⁴⁷

I det følgende redegøres der først yderligere for til formåls-begrebet, hvorefter til følge-begrebet uddybes.

3.3.4.2 Nærmere om til formåls-aftaler

3.3.4.2.1 Hensynet bag forbuddet mod til formåls-aftaler

EU-Domstolen har flere gange fastslået, at baggrunden for, at til formåls-aftaler forbydes uden undersøgelse af, om aftalerne har skadelige virkninger for konkurrencen, er, "at visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår."⁴⁸

I generaladvokat Kokotts forslag til afgørelsen *T-Mobile* fremføres desuden en række yderligere betragtninger om, hvilke hensyn, der ligger bag forbuddet mod til formåls-aftaler.⁴⁹ For det første anføres det, at forbuddet giver retssikkerhed for markedsdeltagerne. For det andet aflastes konkurrencemyndighederne og domstolene derved, at det ikke er nødvendigt at bevise de skadelige effekter af aftalen. Endelig sammenligner generaladvokaten forbuddet med retsordningernes sanktionering af bilkørsel i væsentlig alkohol- eller narkotikapåvirket tilstand: Det straffes de fleste steder, selvom man ikke bringer nogen i fare eller forårsager uheld. På samme måde kan virksomheder pålægges

⁴² Se f.eks. *Vejmarkeringssagen*, som omtales nærmere nedenfor afsnit 4.1.2.2.2 og 4.2.2.

⁴³ FT 1996-97, Tillæg A, s. 3659, h. sp.; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 243; Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 123

⁴⁴ Sag C-56/65, *Société Technique Minière* (EU:C:1966:38, s. 216)

⁴⁵ *Ibid.*, s. 216

⁴⁶ Sag C-209/07, *BIDS* (EU:C:2008:643, præmis 15); sag C-8/08, *T-Mobile* (EU:C:2009:343, præmis 28); sag C-501/06 P m.fl., *GlaxoSmithKline* (EU:C:2009:610, præmis 55); sag C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160, præmis 34); sag C-403/08 m.fl., *Football Association* (EU:C:2011:631, præmis 135); sag C-439/09, *Pierre Fabre* (EU:C:2011:649, præmis 34); sag C-373/14 P, *Toshiba* (EU:C:2016:26, præmis 24)

⁴⁷ FT 1996-97, Tillæg A, s. 3659, v. sp.

⁴⁸ Sag C-67/13 P, *CB* (EU:C:2014:2204, præmis 50); sag C-373/14 P, *Toshiba* (EU:C:2016:26, præmis 28). I samme retning: Sag C-209/07, *BIDS* (EU:C:2008:643, præmis 17); sag C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160, præmis 35); sag C-8/08, *T-Mobile* (EU:C:2009:343, præmis 29); sag C-226/11, *Expedia* (EU:C:2012:795, præmis 36)

⁴⁹ Sag C-8/08, *T-Mobile* (EU:C:2009:110)

bøder, hvis de indgår til formåls-aftaler uanset, om markedsdeltagere eller offentligheden lider skade i det konkrete tilfælde.⁵⁰

3.3.4.2.2 Hvad kendetegner en til formåls-aftale?

På baggrund af ovenstående hensyn skal der her anføres visse uddybende bemærkninger om, hvad der karakteriserer til formåls-aftaler.

Indledningsvist er det væsentligt at fremhæve, at parternes subjektive hensigt ikke er afgørende, når det vurderes, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål. Aftaler omfattes af forbuddet, når de ud fra en objektiv vurdering, har til formål at begrænse konkurrencen. Dette har EU-Domstolen blandt andet fastslået i sagen *BIDS*. I afgørelsen udtalte Domstolen således, at der skal lægges vægt på ordlyden af aftalens bestemmelser og de tilsigtede målområder. Den omstændighed, at parterne har handlet uden subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, er ifølge Domstolen ikke relevant.⁵¹ Det samme udtrykte Højesteret i *Vejmarkeringssagen* fra 2019 ved at indføje ordene ”objektivt bedømt” i sin begrundelse for, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.⁵² Ovennævnte er dog ikke ensbetydende med, at parternes hensigt er uden betydning. Tværtimod følger det af EU-praksis, at intet forbyder nationale konkurrencemyndigheder, domstole eller Unionens instanser at tage parternes subjektive forhold i betragtning.⁵³

3.3.4.2.3 Om den objektive vurdering

Når den subjektive hensigt ikke er afgørende, er spørgsmålet imidlertid, hvad der så kræves før, at en aftale udgør en til formåls-aftale i KRL § 6's forstand.

Konkurrenceankenævnet har i sin praksis lagt til grund, at der foreligger en til formåls-overtrædelse, hvis der er:

”(...) fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markeds-
sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceska-
delige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirknin-
ger.”⁵⁴

I EU-Domstolens praksis er til formåls-kriteriet udtrykt en anelse anderledes.⁵⁵ Det har således længe stået klart, at det ved vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er nødvendigt at forholde sig til aftalens indhold, de formål, som den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.⁵⁶

⁵⁰ *Ibid.*, præmis 43 og 47. Se også Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 128

⁵¹ Sag C-209/07, *BIDS* (EU:C:2008:643, præmis 21). Se ligeledes Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 245

⁵² Højesterets dom, afsagt den 27. november 2019, sag 191/2018, s. 10. Afgørelsen er trykt hos Ugeskrift for Retsvæsen med domsnummer U.2020.524H.

⁵³ Sag C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160, præmis 37); sag C-501/06 P m.fl., *GlaxoSmithKline* (EU:C:2009:610, præmis 58); sag C-67/13 P, *CB* (EU:C:2014:2204, præmis 54). Se også Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 245

⁵⁴ Konkurrenceankenævnet, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, 11. april 2016, s. 17. Se også Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 243; FT 2017-18, Folketings-tidende A, lovforslag nr. L 6, fremsat den 4. oktober 2017, bemærkninger til lovforslaget, s. 15, v. sp. Ved Højesterets afgørelse i sagen anvendes samme kriterium, se nærmere nedenfor afsnit 4.2.2.4.2.

⁵⁵ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 244

⁵⁶ Sag C-56/65, *Société Technique Minière* (EU:C:1966:38, s. 216); sag C-209/07, *BIDS* (EU:C:2008:643, præmis 21); sag C-67/13 P, *CB* (EU:C:2014:2204, præmis 53); sag C-172/14, *IING Pensii* (EU:C:2015:484, præmis 33); sag C-373/14 P, *Toshiba* (EU:C:2016:26, præmis 27)

Det følger endvidere af Domstolens praksis, at aftalen må være “tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen” for at kunne klassificeres som en til formåls-overtrædelse.⁵⁷ Med andre ord skal aftalen ifølge EU-Domstolen være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen og for at vurdere, om dette er tilfældet, er det nødvendigt at inddrage aftalens indhold, dens formål samt den kontekst, som aftalen indgår i.

En sammenkædning af praksis fra Konkurrenceankenævnet og EU-Domstolen indebærer ifølge fremstillingen ”Konkurrenceloven med kommentarer”, at:

“(…) det afgørende for, at en aftale kan siges at have til formål at begrænse konkurrencen, er, om aftalen i) efter sin karakter/art (indholdet og formålet med aftalen), ii) i den givne markedsmæssige sammenhæng (den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen indgår i), iii) rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er nødvendigt at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger (kan være tilstrækkeligt skadelige for de normale konkurrencevilkår til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger).”⁵⁸

3.3.4.2.4 Grænserne for til formåls-kategorien

EU-Domstolen har gennem sin mangeårige praksis om til formåls-kriteriet til tider skabt forvirring om dets indhold. Denne forvirring har navnlig angået spørgsmålet om, i hvilket omfang det er nødvendigt at undersøge aftalens effekter for at kunne kategorisere den som en til formåls-overtrædelse. På dette sted skal der derfor gøres enkelte bemærkninger om grænserne for til formåls-kategorien.

Flere forfattere har bemærket, at EU-Domstolen og Kommissionen tidligere har udvist en tendens til at udvide kredsen af til formåls-aftaler. Herved blev flere aftaler forbudt efter TEUF art. 101, stk. 1 uden, at det var nødvendigt at iværksætte komplekse og omfattende analyser af aftalernes følger på markedet.⁵⁹

I *T-Mobile* udtalte Domstolen, at:

“(…) for at en samordnet praksis kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, er det tilstrækkeligt, at den kan påvirke konkurrencen negativt.”⁶⁰

I præmissen omtales det således ikke, at aftalen skal være ”tilstrækkelig skadelig for konkurrencen” før, at den kan udgøre en til formåls-overtrædelse. Dette er derfor en af de afgørelser, som dele af teorien har fremhævet som et eksempel på, at Domstolen har anvendt et særdeles bredt til formåls-kriterium, der kan omfatte mange typer af aftaler.⁶¹

⁵⁷ Sag C-67/13 P, *CB* (EU:C:2014:2204, præmis 49); sag C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160, præmis 34); sag C-209/07, *BIDS* (EU:C:2008:643, præmis 15); sag C-172/14, *IING Pensii* (EU:C:2015:484, præmis 31); sag C-373/14 P, *Toshiba* (EU:C:2016:26, præmis 26)

⁵⁸ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 244

⁵⁹ Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 125 bl.a. med henvisning til Kommissionens afgørelse af 19. juni 2013 i sag AT.39226, *Lundbeck*; Calzado, Javier Ruiz m.fl., *Groupement des Cartes Bancaires v Commission: Shedding Light on What is not a ‘by object’ Restriction of Competition*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, Vol. 6, Issue 7, s. 496, v. sp.

⁶⁰ Sag C-8/08, *T-Mobile* (EU:C:2009:343, præmis 31)

⁶¹ Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 125; Killick, James m.fl., *Cartes Bancaires: A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?*, 2014, afsnit “Where we’re coming from: the pre-Cartes Bancaires case law”, <https://dev.competitionpolicyinternational.com/cartes-bancaires-a-revolution-or-a-reminder-of-old-principles-we-should-never-have-forgotten/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

Den senere afgørelse *Allianz Hungária* er tilsvarende blevet kritiseret for at skabe forvirring om kriteriets nærmere indhold.⁶² Årsagen hertil er navnlig afgørelsens præmis 48, hvori det udtales, at der ved undersøgelsen af den økonomiske sammenhæng bør tages hensyn til:

“(…) markedsstrukturen, tilstedeværelsen af alternative distributionskanaler og deres respektive betydning samt de pågældende selskabers markedsstyrke.”

Kritikken er møntet på, at afgørelsen kan forstås således, at der kræves en analyse af aftalens virkninger før, at den kan kategoriseres som en til formåls-overtrædelse. Foretagelsen af en intensiv kontekstanalyse vil kunne betyde, at langt flere aftaler omfattes af til formåls-begrebet og, at skillelinjen mellem til formåls- og til følge-overtrædelser dermed udviskes.⁶³

I den velkendte *CB-dom* udtalte Domstolen imidlertid for første gang, at til formåls-begrebet skal fortolkes indskrænkende.⁶⁴ På denne baggrund har flere forfattere anført, at afgørelsen sætter en stopper for udvidelsen af til formåls-kategorien.⁶⁵ Det skal dog bemærkes, at der også er blevet stillet spørgsmålstegn ved, om dommen i det hele er udtryk for en ny tilgang eller, om den blot er en tydeliggørelse af, hvad der også hidtil har været gældende.⁶⁶

Ifølge *CB-dommen* spiller det endvidere en rolle for til formåls-kategoriseringen, at *erfaringen* med kartelaftaler om prisfastsættelse viser, at sådanne aftaler er skadelige for konkurrencen.⁶⁷ Selvom betydningen af erfaringen har været fremhævet flere gange af generaladvokater i deres forslag til afgørelser, er det første gang, at Domstolen selv omtaler det.⁶⁸ Det er som følge heraf blevet anført, at Kommissionen bør genoverveje sin hidtidige praksis, hvorefter aftaler blev kategoriseret som til formåls-overtrædelser trods mangel på tidligere erfaring, der tilsagde, at de pågældende aftaler var tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen.⁶⁹

3.3.4.2.5 Eksempler på til formåls-aftaler

Ét er imidlertid, hvad det overordnede kriterium for til formåls-aftaler, er. Noget andet er hvilke konkrete typer af aftaler, der kan kategoriseres som til formåls-aftaler.

⁶² Sag C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160)

⁶³ Nagy, Csongor István, *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?*, *World Competition: Law and Economics Review*, 2013, s. 562-563; Harrison, Dan, *The Allianz Hungária case – The ECJ’s judgment could have ugly consequences*, *Competition Law Insight*, 2013, s. 10

⁶⁴ Sag C-67/13 P, *CB* (EU:C:2014:2204, præmis 58)

⁶⁵ Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 126; Killick, James m.fl., *Cartes Bancaires: A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?*, 2014, afsnit “Lessons and consequences”, <https://dev.competitionpolicyinternational.com/cartes-bancaires-a-revolution-or-a-reminder-of-old-principles-we-should-never-have-forgotten/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

⁶⁶ Nagy, Csongor István, *The new concept of anti-competitive object: a loose cannon in EU competition law*, *European Competition Law Review*, 2015, 157, h. sp.; Killick, James m.fl., *Cartes Bancaires: A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?*, 2014, afsnit “Lessons and consequences”, <https://dev.competitionpolicyinternational.com/cartes-bancaires-a-revolution-or-a-reminder-of-old-principles-we-should-never-have-forgotten/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

⁶⁷ Sag C-67/13 P, *CB* (EU:C:2014:2204, præmis 51)

⁶⁸ Killick, James m.fl., *Cartes Bancaires: A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?*, 2014, afsnit “The Cartes Bancaires judgment: reminding us firmly of what should never have been forgotten”, <https://dev.competitionpolicyinternational.com/cartes-bancaires-a-revolution-or-a-reminder-of-old-principles-we-should-never-have-forgotten/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

⁶⁹ Calzado, Javier Ruiz m.fl., *Groupement des Cartes Bancaires v Commission: Shedding Light on What is not a ‘by object’ Restriction of Competition*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, Vol. 6, Issue 7, s. 498, v. sp.

I EU-retten bruges begrebet “hardcore-begrænsninger” om alvorlige konkurrencebegrænsninger, der generelt anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Betegnelsen anvendes navnlig i gruppefritagelserne, hvor der er oplyst en række hardcore-begrænsninger, der er undtaget fra fritagelsesmulighederne. Det er eksempelvis aftaler om priser, produktionsbegrænsninger og kunde- og markedsdelinger.⁷⁰

Det karakteristiske ved hardcore-begrænsninger er, at de griber direkte ind i det, som søges opnået ved konkurrence: Lavere priser, større udbud og bedre kvalitet. På denne baggrund har EU-Domstolen fastslået, at analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng for disse aftaler kan begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.⁷¹

3.3.4.2.5.1 Særligt om prisaftaler

Der hersker næppe tvivl om, at pris er et af de væsentligste konkurrenceparametre mellem virksomheder. Aftaler mellem virksomheder om at koordinere priser udgør derfor som nævnt en alvorlig begrænsning af konkurrencen⁷² og vil ofte være i direkte modstrid med formålet bag konkurrence-loven, idet de kan medføre øget ineffektivitet og dermed i sidste ende højere priser for brugerne.

Visse typer af prisaftaler benævnes kartelaftaler. Kartelaftaler lader sig dog ikke placere under én bestemt form for konkurrencebegrænsning, idet de kan omfatte en række forskellige begrænsninger, hvoraf prisaftaler blot er en af dem.⁷³ Kartelbegrebet er imidlertid hverken defineret i KRL § 6 eller i TEUF art. 101, og det er da også anført i litteraturen, at netop kartelaftalers kompleksitet, uformelle natur og variation gør det vanskeligt at formulere en klar og udtømmende definition.⁷⁴ Ikke desto mindre er begrebet “hardcore-karteller” defineret af OECD som aftaler, mv. mellem konkurrenter om priser, tilbudskoordinering, produktionsbegrænsninger eller markedsdelinger.⁷⁵ En omtrent tilsvarende definition af karteller findes i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om straflempe for karteller,⁷⁶ ligesom der også i KRL § 23, stk. 3, 2. pkt. er givet en lovmæssig definition af begrebet som værende aftaler mellem virksomheder i samme omsætningsled om blandt andet priser, produktionsbegrænsninger, markeds- eller kundedeling eller koordinering af bud.

⁷⁰ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 117. Se eksempelvis Forordning nr. 316/2014, art. 4; Meddelelse fra Kommissionen - Meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, jf. EUT 2014 nr. C 291/1, pkt. 13-14

⁷¹ Sag C-373/14 P, *Toshiba* (EU:C:2016:26, præmis 28-29); Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrencebogen med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 246-247

Se også Konkurrenceankenævnet, *Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening m.fl. mod Konkurrencerådet*, 12. september 2018, hvor Konkurrenceankenævnet fastslog, at Konkurrencerådets analyse af den økonomiske og retlige sammenhæng, der var begrænset til, hvad Konkurrencerådet anså for strengt nødvendigt for at fastslå, at standarderne og/eller TOR Godkendt havde et konkurrencebegrænsende formål, var utilstrækkelig. Konkurrenceankenævnet lagde i den forbindelse især vægt på, at adfærden ikke kunne sidestilles med en egentlig markedsdeling.

⁷² Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrencebogen med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 322; sag T-217/03, *FNCBV* (EU:T:2006:391, præmis 83). Se også FT 1999-00, Tillæg A, lovforslag nr. L 242, fremsat den 30. marts 2000, bemærkninger til nr. 4-7

⁷³ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrencebogen med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 260

⁷⁴ Faull, Jonathan m.fl., *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition*, 3. udg., 2014, s. 1024

⁷⁵ Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 2. juli 2019, afsnit 1, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

⁷⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Vejledning om straflempe for karteller*, 2018, s. 1

At aftaler om pris typisk anses for at have til formål at begrænse konkurrencen,⁷⁷ er imidlertid ikke ensbetydende med, at det samme gælder aftaler om at afgive fælles bud på udbudte opgaver. I forarbejderne til den danske konkurrencelov anføres det netop, at mens prisaftaler og tilbudskoordinering generelt anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, er konsortiesamarbejder ikke altid skadelige for konkurrencen.⁷⁸ Navnlig når der er tale om, at virksomhederne har mulighed for at afgive delbud, kan der være tvivl om, hvorvidt aftalen er konkurrencebegrænsende eller ej – og ikke mindst om den eventuelle begrænsning da skyldes dens formål eller dens følger. Disse spørgsmål drøftes i hhv. afsnit 4.1, der omhandler, hvornår virksomheder er konkurrenter i relation til en udbudt opgave, og afsnit 4.2, hvor den nærmere til formåls eller til følge-vurderingen af konsortieaftaler undersøges.

3.3.4.3 Nærmere om til følge-aftaler

I de tilfælde, hvor det ikke kan fastslås, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, er det nødvendigt at undersøge dens virkninger på konkurrencen.⁷⁹

Der gælder ingen formodning for, at en aftale har til følge at begrænse konkurrencen.⁸⁰ Der skal således foretages en konkret helhedsvurdering af aftalens betydning for konkurrencen i den retlige og økonomisk kontekst.⁸¹ En aftale vil være forbudt, såfremt der foreligger omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet begrænset.⁸² De potentielle virkninger af aftalen skal imidlertid også tages i betragtning, og her er det tilstrækkeligt, at undersøgelsen af aftalen med en rimelig grad af sandsynlighed viser skadelige effekter på markedet.⁸³

Når det skal afgøres, om en konkret aftale har til følge af begrænse konkurrencen, er det nødvendigt at overveje, hvordan situationen ville være uden aftalen. Ved at sammenligne denne situation med den faktiske situation er det muligt at vurdere, om aftalen har skadelige effekter på markedet.⁸⁴ Dette fastslog EU-Domstolen allerede i afgørelsen *Société Technique Minière* med ordene:

“Herved vil der være at tage udgangspunkt i konkurrenceforholdene, som de ville være uden den pågældende aftale.”⁸⁵

Domstolen har gentaget denne sætning i flere senere afgørelser, se f.eks. *O2*⁸⁶ og *Visa*.^{87 88}

⁷⁷ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 247

⁷⁸ FT 2017-18, Folketingstidende A, lovforslag nr. L 6, fremsat den 4. oktober 2017, bemærkninger til lovforslaget, s. 15, v. sp.-h. sp.

⁷⁹ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 117; Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 133; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 252. Se f.eks. sag C-56/65, *Société Technique Minière* (EU:C:1966:38, s. 216); sag C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160, præmis 34); sag C-345/14, *Maxima Latvija* (EU:C:2015:784, præmis 17); Sag C-8/08, *T-Mobile* (EU:C:2009:343, præmis 28-29)

⁸⁰ Iversen, Bent m.fl., *Regulating Competition in the EU*, 2. udg., 2012, s. 55; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 252

⁸¹ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 121; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 252

⁸² Sag C-345/14, *Maxima Latvija* (EU:C:2015:784, præmis 17); sag C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160, præmis 34)

⁸³ Iversen, Bent m.fl., *Regulating Competition in the EU*, 2. udg., 2012, s. 55; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 253

⁸⁴ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 121; Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 135; Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 254

⁸⁵ Sag C-56/65, *Société Technique Minière* (EU:C:1966:38, s. 216)

⁸⁶ Sag T-328/03, *O2* (EU:T:2006:116, præmis 71)

⁸⁷ Sag T-461/07, *Visa* (EU:T:2011:181, præmis 69).

⁸⁸ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 254

3.3.5 Betingelse nr. 5: Mærkbarhed

Det er ikke nok til at udgøre en overtrædelse af forbuddet i KRL § 6, at der foreligger en aftale, der har til formål eller til følge af begrænse konkurrencen. Det kræves også, at den negative påvirkning af konkurrencen har et vist omfang. Herved opstilles der reelt et kvalitativt mærkbarhedskrav, der supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav i KRL § 7. Det kvalitative mærkbarhedskrav fremgår ikke af ordlyden af KRL § 6, men er fastslået i retspraksis.⁸⁹

Baggrunden for kravet er, at lovens ordlyd “til formål eller til følge at begrænse konkurrencen” giver KRL § 6 et meget vidtgående anvendelsesområde, idet også almindelige forretningsmæssige dispositioner kan siges at have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, fordi parternes dispositionsmuligheder indskrænkes. Derfor er der behov for, at der opnås en mindre omfattende rækkevidde af forbuddet via fortolkning af bestemmelsen.⁹⁰

Vurderingen af, om mærkbarhedskriteriet er opfyldt, tager afsæt i aftalens art og aftalens økonomiske og retlige sammenhæng.⁹¹ For så vidt angår til formåls-aftaler har EU-Domstolen dog i sagen *Expedia* fastslået, at det ikke er påkrævet at undersøge, om mærkbarhedskriteriet er opfyldt.⁹² Det skyldes, at sådanne aftaler efter deres art udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen.⁹³

3.3.6 Per se og rule of reason

Med inspiration fra amerikansk antitrust lovgivning (The Sherman Antitrust Act fra 1890) kan det endeligt overvejes, om KRL § 6 er udtryk for et forbud “per se” eller en “rule of reason”. Tilsvarende overvejelser har fundet sted i EU-retten om TEUF art. 101.⁹⁴

En per se-fremgangsmåde indebærer, at en aftale forbydes uden videre som følge af dens konkurrence-skadelige karakter således, at det ikke er nødvendigt at vurdere aftalens konkrete virkninger. Derimod indebærer en rule of reason, at der må foretages en analyse af, om aftalens konkurrence-skadelige virkninger overstiger dens konkurrencegavnige effekter. Kun hvis dette er tilfældet, er aftalen forbudt.⁹⁵

For det første er det i EU-Domstolens praksis fastslået, at visse typer af aftaler må anses for at være konkurrencebegrænsende uden, at det er nødvendigt at dokumentere deres virkninger. Dette har mest til fælles med et forbud per se. Den type aftaler, der her henvises til, er hardcore-begrænsninger som f.eks. koordinering af priser, markedsdeling m.fl.⁹⁶

⁸⁹ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 250 og 255; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 118. Se også sag C-226/11, *Expedia* (EU:C:2012:795, præmis 17 og 31)

⁹⁰ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 118

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Sag C-226/11, *Expedia* (EU:C:2012:795, præmis 37)

⁹³ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 250. Se dog Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 119, der anfører, at dommens rækkevidde er uklar. Navnlig for ikke-ålvorlige konkurrencebegrænsninger må der ifølge forfatteren altid foretages en vurdering af aftalen i den markeds-mæssige sammenhæng.

⁹⁴ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 121; Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, s. 128

⁹⁵ Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, s. 128; Iversen, Bent m.fl., *Regulating Competition in the EU*, 2. udg., 2012, s. 57; Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 46

⁹⁶ Sag C-226/11, *Expedia* (EU:C:2012:795, præmis 37); Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, s. 128; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 123

Som det fremgår ovenfor, står det imidlertid også klart, at det ved bedømmelsen af, om der foreligger en konkurrencebegrænsning, er nødvendigt at forholde sig til den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen indgår i. Spørgsmålet er dermed, i hvilket omfang dette indebærer en egentlig rule of reason.⁹⁷

EU-retten er ikke entydig på dette punkt.⁹⁸ I *Métropole télévision* afviste Retten eksplicit en rule of reason med henvisning til, at en afvejning af aftalens konkurrenceskadelige og konkurrencegavnige effekter alene kan foretages i henhold til fritagelsesmuligheden i TEUF art. 101, stk. 3.⁹⁹ Tilstedeværelsen af en fritagelsesbestemmelse i EU-retten og i dansk ret efter KRL § 8 er da også en væsentlig forskel fra amerikansk ret, hvor der ikke eksisterer en sådan mulighed. Det er også af flere forfattere blevet anført, at en rule of reason ville gøre fritagelsesbestemmelsen næsten illusorisk.¹⁰⁰

På den anden side synes Domstolen i *Wouters* at være tæt på at anvende en rule of reason, idet Domstolen fandt, at der ikke forelå en konkurrencebegrænsning i strid med TEUF art. 101, stk. 1, da de konkrete konkurrencebegrænsninger ikke gik videre end nødvendigt for at sikre god advokatskik.¹⁰¹

Samlet set synes det dog mest korrekt at konkludere, at per se og rule of reason-terminologien ikke er fuldstændig retvisende for anvendelsen af KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1. Bestemmelserne opererer snarere efter deres egen model.¹⁰²

3.4 Undtagelser til forbuddet i KRL § 6

Forbuddet i KRL § 6 er som allerede antydnet ikke uden undtagelser. Tværtimod rummer konkurrence-loven hele tre undtagelsesbestemmelser til forbuddet: KRL §§ 7, 8 og 10.

KRL § 7 opstiller en kvantitativ bagatelgrænse for forbuddets anvendelse, idet aftaleparterne skal have en vis andel af de relevante markeder, som aftalen berører, for at blive omfattet af forbuddet. Baggrunden for at opstille en kvantitativ bagatelgrænse er, at det kun er de aftaler, som skader den samfundsøkonomiske effektivitet, der skal rammes af forbuddet, hvorfor virksomhederne må have en vis størrelse.¹⁰³

Uanset virksomhedernes markedsandel anvendes forbuddet dog på aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, idet KRL § 7 ikke omfatter til formåls-aftaler. Det har derfor væsentlig betydning, om aftaler om fælles bud kategoriseres som til formåls-aftaler, hvilket undersøges i afsnit 4.2.

⁹⁷ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 122

⁹⁸ Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, s. 129; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 123

⁹⁹ Sag T-112/99, *Métropole télévision (M6)* (EU:T:2001:215, præmis 74)

¹⁰⁰ Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 47; Iversen, Bent m.fl., *Regulating Competition in the EU*, 2. udg., 2012, s. 58; Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 143

¹⁰¹ Sag C-309/99, *Wouters m.fl.* (EU:C:2002:98, præmis 109). Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, s. 132 med henvisning til den tilsvarende sag C-519/04 P, *Meca-Medina m.fl.* (EU:C:2006:492, præmis 42); Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 122; Mortensen, Bent Ole Gram m.fl., *Dansk Markedsret*, 5. udg., 2018, s. 47.

På tidspunktet for afgørelsen i *Wouters* var fritagelse efter TEUF art. 101, stk. 3 alene muligt efter anmeldelse til Kommissionen, hvilket ikke var sket. Dette kan ifølge Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. udg., 2015, s. 141, være forklaringen på Domstolens tilgang i sagen. Som konsekvens af forordning nr. 1/2003 er anmeldelse ikke længere muligt og er følgelig ikke et krav for fritagelse. Det er anført hos Iversen, Bent m.fl., *Regulating Competition in the EU*, 2. udg., 2012, s. 58, at TEUF art. 101, stk. 1 og stk. 3 derfor nu ud fra en samlet betragtning vil udgøre en rule of reason.

¹⁰² Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 123

¹⁰³ *Ibid.*, s. 149

Den anden undtagelse til KRL § 6 findes i lovens § 8. Bestemmelsen giver mulighed for individuel fritagelse fra forbuddet, såfremt fire kumulative betingelser er opfyldte. Det er blandt andet en grundlæggende betingelse for undtagelsens anvendelse, at aftalen medfører effektivitetsgevinster i overensstemmelse med lovens formål.

Det er ikke længere et krav, at virksomhederne indgiver en ansøgning til konkurrencemyndighederne for at opnå fritagelse efter bestemmelsen, idet fritagelsen gælder uden videre.¹⁰⁴ Undtagelsen har dog under alle omstændigheder begrænset betydning for til formåls-aftaler, idet der består en formodning for, at alvorlige konkurrencebegrænsninger ikke kan legitimeres.¹⁰⁵

Den sidste undtagelse til forbuddet rummer i realiteten hele fire undtagelser. Med hjemmel i KRL § 10 har erhvervsministeren således udstedt fire gruppefritagelsesbekendtgørelser, som er baseret på tilsvarende EU-forordninger. Gruppefritagelserne skal anvendes ud fra de betingelser, der gælder for individuel fritagelse efter KRL § 8.¹⁰⁶

3.5 Sammenfatning

Samlet set kan det konstateres, at den konkurrenceretlige vurdering af samarbejder mellem virksomheder består af flere trin. For så vidt angår konsortiesamarbejder er det dog ikke alle trin, der nødvendigvis giver anledning til tvivl. Der er således sjældent tvivl om, hvorvidt der er indgået en aftale mellem virksomhederne. Derimod forekommer det oftere vanskeligt at vurdere, hvornår aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart. Dette er baggrunden for, at det i det følgende undersøges nærmere, hvornår konsortiesamarbejder har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

4. Til formåls- og til følge-vurderingen ved konsortieaftaler

Som anført umiddelbart ovenfor er en af betingelserne i KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1, at aftalen mellem virksomhederne enten har *til formål eller til følge* af begrænse konkurrencen. Når der er tale om aftaler, hvorefter virksomheder afgiver fælles bud på udbudte opgaver, består vurderingen af denne betingelse i realiteten af to led. For det første har det betydning, om de involverede virksomheder er konkurrenter eller ej.¹⁰⁷ I det følgende analyseres det derfor først og fremmest, hvornår to eller flere virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter. Analysen inddrager både administrativ praksis fra de danske konkurrencemyndigheder, retspraksis fra Danmark og Norge samt enkelte beslutninger truffet af Kommissionen.

¹⁰⁴ Lovforslag som fremsat - L 63 FT 2004-05 (1. Samling); Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 154; Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret*, 3. udg., 2017, s. 188

På EU-plan er muligheden for anmeldelse helt afskaffet, se hertil Fejøl, Jens m.fl., *EU-Konkurrenceret – Almindelig del*, 5. udg., 2014, s. 550; Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret*, 3. udg., 2017, s. 188

¹⁰⁵ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 154; Calzado, Javier Ruiz m.fl., *Groupement des Cartes Bancaires v Commission: Shedding Light on What is not a 'by object' Restriction of Competition*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, Vol. 6, Issue 7, s. 497, h. sp.

¹⁰⁶ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 164 ff.

¹⁰⁷ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 344; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 132

Efter det er fastslået, om de involverede virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter, må det undersøges, om aftalen på dette grundlag har et konkurrencebegrænsende formål eller har konkurrencebegrænsende følger. Dette udgør således det andet led af den konkurrenceretlige undersøgelse.

4.1 Hvornår er virksomheder faktiske eller potentielle konkurrenter?

4.1.1 Indledende bemærkninger

Begrebet "konkurrenter" er både defineret i Kommissionens retningslinjer om horisontale samarbejdsaftaler og i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejde fra 2018.¹⁰⁸ I Kommissionens retningslinjer anføres det således først og fremmest, at begrebet både omfatter virksomheder, der er faktiske og potentielle konkurrenter. Begrebet "faktiske konkurrenter" vedrører virksomheder, der opererer på samme relevante marked.¹⁰⁹ Udtrykket "potentielle konkurrenter" bruges derimod om virksomheder, der ikke aktuelt er på samme relevante marked, men hvor en beskeden varig prisstigning vil medføre, at den ene virksomhed vil bevæge sig ind på det relevante marked, hvor den anden befinder sig. Om kravene til, hvornår virksomheder kan betragtes som potentielle konkurrenter, anføres det blot, at vurderingen skal bygge på realistiske forhold og ikke teoretiske.¹¹⁰

Særligt om konsortieaftaler anfører retningslinjernes pkt. 237, at virksomheder ikke er potentielle konkurrenter, hvis de ikke enkeltvist kunne have deltaget i det projekt, som samarbejdet angår. Vurderingen heraf skal ske på et objektivi grundlag.¹¹¹ I overensstemmelse hermed angives det i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, at det afgørende kriterium for, om virksomheder er konkurrenter, er, om de enten aktuelt eller potentielt er i stand til at klare opgaven hver for sig.^{112 113}

Ræsonnementet bag dette kriterium er, at aftaler om afgivelse af fælles bud mellem virksomheder, der ikke var i stand til at byde selv, som udgangspunkt ikke begrænser konkurrencen. Det skyldes, at aftalen i så fald ikke reducerer antallet af indkomne bud på den udbudte opgave. Hvis virksomhederne således ikke kunne have budt på opgaven selv – og dermed ikke er konkurrenter – ville alternativet

¹⁰⁸ Kommissionens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, jf. EUT 2011, nr. C 11/1, pkt. 10; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2018, s. 10-11. Udkastet til den nye vejledning om fælles bud fra 2020 lægger ikke op til en ændring på dette punkt.

¹⁰⁹ Vurderingen af, om en aftale begrænser konkurrencen, må nødvendigvis relatere sig til et bestemt marked, dvs. til bestemte varer og tjenesteydelser, som konkurrerer. Afgrænsningen af det relevante marked består både af et produktmæssigt og et geografisk element, se Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 84 ff.

¹¹⁰ Kommissionens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, jf. EUT 2011, nr. C 11/1, pkt. 10.

For EU-praksis om begrebet "potentielt konkurrent", se eksempelvis sag T-374/94, *European Night Services* (EU:T:1998:198, præmis 137), sag T-360/09, *E.O.N Ruhrgas* (EU:T:2012:332, præmis 85-86) og sag T-461/07, *Visa* (EU:T:2011:181, præmis 66-68 og 166 ff.)

¹¹¹ Se også retningslinjernes pkt. 30.

¹¹² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2018, s. 10-11

¹¹³ Der synes heller ikke at være uenighed i litteraturen om, at det afgørende for konkurrentvurderingen ved fælles bud er, om de involverede virksomheder hver især var i stand til at byde på opgaven, se Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 132; Levinsen, Kirsten m.fl., *Koncurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 344-345; Pinborg, Jacob m.fl., *Konsortier – a rose by any other name would smell as sweet...*, Advokaten 1, 2018, s. 30, v. sp. – h. sp.; Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Issue 9, 2015, s. 632, v. sp.; Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 7

til aftalen være, at ordregiveren slet ikke havde modtaget et bud fra dem. Derfor medfører aftalen i realiteten, at der afgives flere bud på opgaven, hvilket er fremmede for konkurrencen.¹¹⁴ Det er da også udtrykkeligt fremhævet i forarbejderne til den danske konkurrencelov, at aftaler om fælles bud mellem ikke-konkurrenter, ikke hæmmer konkurrencen, idet det her anføres, at:

“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).”¹¹⁵

Selvom kriteriet således synes klart, er dette dog ikke ensbetydende med, at der ikke kan opstå vanskeligheder med at anvende det i praksis. Det skyldes ikke mindst, at afgørelsen af, om en virksomhed kan byde selv, beror på en særdeles konkret vurdering.

Vanskelighederne ved at benytte kriteriet i konkrete sager påpeges også af Christopher Thomas.¹¹⁶ Han mener, at rækkevidden af pkt. 237 i Kommissionens retningslinjer er yderst begrænset blandt andet fordi, det ikke forklares nærmere, hvornår virksomheder er ude af stand til at byde enkeltvis. Særligt i situationer, hvor de involverede virksomheder ikke udelukkende har forskellig ekspertise, men hvor deres kompetencer delvist – men ikke helt – overlapper hinanden, vil kriteriets anvendelse kunne give anledning til problemer.¹¹⁷

Det er derfor relevant at undersøge, hvordan konkurrentbegrebet anvendes og afgrænses i praksis.

4.1.2 Udformningen af udbudsmaterialet

Det er fastslået flere steder, at vurderingen af, om de involverede virksomheder er konkurrenter, må tage afsæt i de krav, der stilles til tilbudsgiverne i udbudsmaterialet.¹¹⁸ Derfor kan udbudsmaterialets udformning få stor indflydelse på konkurrentvurderingen. Der kan således være forskel på tilfælde, hvor udbudsmaterialet alene giver mulighed for at afgive bud på den samlede opgave og tilfælde, hvor der både kan afgives bud på hele opgaven og dele heraf (delbud).¹¹⁹

Særligt sidstnævnte tilfælde har givet anledning til vanskeligheder i praksis, idet spørgsmålet her er, om et fælles bud på hele opgaven kun er ulovligt, hvis virksomhederne hver for sig kan byde på den samlede opgave – eller om et samarbejde om hele opgaven også er ulovligt, hvis virksomhederne har kapacitet til at byde på en del af udbuddet enkeltvis. Dermed skal det i sådanne sager ikke kun vurderes, om virksomhederne har tilstrækkelig kapacitet til at byde selv. Det skal også fastslås, hvad virksomhederne skal have kapacitet til at byde på selv: Hele opgaven eller blot en enkelt del af den.

¹¹⁴ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 132

¹¹⁵ FT 1996-97, Tillæg A, p. 3659, v. sp.

¹¹⁶ Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Issue 9, 2015. Se også Pinborg, Jacob m.fl., *Konsortier – a rose by any other name would smell as sweet*, *Advokaten* 1, 2018, h. sp.

¹¹⁷ Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Issue 9, 2015, s. 632, v. sp. Se også Løjmand, Heidi Sander, *The Danish Supreme Court's ruling in the "Road Marking Case": the end of a joint bidding era*, 2019, afsnit 4. Comment, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2019/11/28/the-danish-supreme-courts-ruling-in-the-road-marking-case-the-end-of-a-joint-bidding-era-guest-post-by-heidi-sander-ljmand-msc> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

¹¹⁸ Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 7; Levinsen, Kirsten, m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 345; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2018, s. 11. Udkastet til den nye vejledning om fælles bud fra 2020 lægger ikke op til en ændring på dette punkt.

¹¹⁹ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 346

I det følgende analyseres det, hvad konkurrencemyndighederne, domstolene og Kommissionen lægger vægt på ved afgørelsen af, om to eller flere virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter. I den forbindelse inddrages der først enkelte afgørelser, hvor udbudsmaterialet udelukkende gav mulighed for at byde på den samlede opgave. Der vil dog navnlig blive lagt vægt på udbud, hvor det var muligt at afgive såvel delbud som et bud på hele opgaven, idet disse tilfælde som nævnt aktualiserer særlige problemer i relation til konkurrentvurderingen.

4.1.3 Kun muligt at byde på den samlede opgave

I nærværende afsnit behandles en række afgørelser, hvor udbudsmaterialet alene gav mulighed for at byde på den samlede opgave.

4.1.3.1 Sko-Sagerne

Et eksempel på, at de danske konkurrencemyndigheder har taget stilling til, om et fælles bud begrænsede konkurrencen, er *Sko-sagerne* fra hhv. 1999 og 2000.

4.1.3.1.1 Første Sko-sag

Første Sko-sag fra 1999 vedrørte Horsens Kommunes udbud af levering af ortopædisk fodtøj.¹²⁰ Fire virksomheder var blevet prækvalificeret til at afgive bud på opgaven, og disse fire leverandører afgav ét fælles bud. Spørgsmålet var derfor, om aftalen om det fælles bud var en konkurrencebegrænsende aftale i strid med KRL § 6.

Konkurrencestyrelsen (i det følgende KS) lagde ved besvarelsen af dette spørgsmål vægt på, at virksomhederne var i stand til enkeltvist at byde på opgaven. Dette kommer til udtryk ved, at KS både fremhævede, at ingen af virksomhederne ved prækvalificeringen havde taget forbehold om, at de ikke ville være i stand til at løse opgaven selv samt, at ingen af virksomhederne efterfølgende bestred, at dette var tilfældet.¹²¹ Det er herved klart, at afgørelsen anvender det samme kriterium for konkurrentvurderingen, som er anført i pkt. 30 og 237 i Kommissionens retningslinjer. De nuværende retningslinjer er fra 2011, men tilsvarende tanker kan spores helt tilbage til Kommissionens meddelelse fra 1968, hvor det i pkt. 5 anføres, at:

“Aber auch Arbeitsgemeinschaften von Unternehmen, die an sich im Wettbewerb miteinander stehen, schränken den Wettbewerb nicht ein, wenn die beteiligten Unternehmen für sich allein einen bestimmten Auftrag nicht durchführen können. Das ist insbesondere der Fall, wenn sie mangels ausreichender Erfahrung, Spezialkenntnis, Kapazität oder Finanzkraft für sich allein nicht erfolgsversprechend arbeiten oder die Arbeiten nicht termingerecht durchführen oder das finanzielle Risiko nicht allein tragen können.”¹²²

Selvom afgørelsen er af ældre dato, har den således fat i det grundlæggende kriterium for, hvornår et samarbejde mellem virksomheder er lovligt. Dog bidrager afgørelsen ikke meget til at afklare, hvilke faktorer, der konkret skal lægges vægt på, når det vurderes, om virksomheder kan byde på en opgave selv.

¹²⁰ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Påbud til leverandører af ortopædiske sko*, refereret på Konkurrencerådets møde den 24. november 1999

¹²¹ *Ibid.*, l. 6-10

¹²² ABL 1968 C 75/3, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Kommission - Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen, pkt. 5. Meddelelsen findes kun på de seks oprindelige medlemsstats sprog.

Det skal afslutningsvist bemærkes, at virksomhederne i stedet for at anfægte, at de kunne byde hver især, forsøgte at legitimere aftalen ved at påberåbe sig tre andre argumenter. De gjorde gældende, at de med aftalen kunne sikre en bedre geografisk dækning, at de sikrede forbrugernes frie valg, og at de enkelte virksomheder ville have vanskeligheder med at løfte den administrative byrde og de komplicerede afregningsrutiner over for kommunen. Denne argumentationsrække kan lede tankerne hen på fritagelsesmuligheden i KRL § 8, men virksomhederne præciserede ikke, om disse forhold skulle henføres til KRL § 6 eller § 8. KS afviste dog også samtlige argumenter, hvorefter de fandt, at der var tale om en konkurrencebegrænsende aftale.¹²³

4.1.3.1.2 Anden Sko-sag

I *anden Sko-sag* fra februar 2000 fandt KS ligeledes, at en række ortopædiske håndskomageres fælles bud på kommunale udbud af indkøb af ortopædisk fodtøj var i strid med KRL § 6.¹²⁴ Ligesom i den ovenfor nævnte *første Sko-sag* henviste myndighederne til, at det afgørende for, om koordineringen af tilbuddene begrænsede konkurrencen, var, om virksomhederne kunne have budt på opgaven hver for sig.¹²⁵

Virksomhederne anførte ikke i deres bemærkninger til sagen, at de kun kunne udføre opgaven i fællesskab. Derimod blev de tre argumenter, som de fire virksomheder fremførte i første sag, gentaget, hvortil der yderligere tilvejebragtes to nye argumenter til fordel for lovligheden af samarbejdet. Det første argument var, at kommunerne havde accepteret fælles bud, da de ofte nævnte muligheden for konsortier i udbudsmaterialet.¹²⁶ KS fandt imidlertid, at kommunernes tilkendegivelser af en sådan art skulle forstås som en accept af konsortier, der holder sig inden for rammerne af konkurrenceloven - og dermed ikke konsortier, der er uforenelige med loven. Selvom KS på denne baggrund afviste argumentet, anførte de dog, at kommunernes tilkendegivelser i udbudsmaterialet kunne have fjernet virksomhedernes fokus fra eventuelle konkurrenceretlige problemer ved fælles bud.¹²⁷

For det andet argumenterede virksomhederne for, at det skulle tillægges betydning, at konsortiet var indgået i fuld offentlighed.¹²⁸ Dette argument er senere gentaget i tilsvarende sager og drøftes nedenfor i afsnit 4.2.5 om *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen*. Heller ikke dette argument ændrede dog KS' vurdering af, at aftalerne var i strid med KRL § 6.¹²⁹

I lighed med *første Sko-sag* illustrerer denne sag således, at de danske konkurrencemyndigheder anvender kriteriet om, hvorvidt virksomhederne enkeltvis kunne have budt på opgaven, ved vurderingen af, om aftaler om afgivelse af fælles bud er i strid med KRL § 6.

4.1.3.2 Catering-sagen

Et par år efter *Sko-sagerne* fik de danske konkurrencemyndigheder igen anledning til at tage stilling til, om flere virksomheders fælles bud var foreneligt med KRL.¹³⁰ Baggrunden for myndighedernes

¹²³ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Påbud til leverandører af ortopædiske sko*, refereret på Konkurrencerådets møde den 24. november 1999, l. 11-23

¹²⁴ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*, 23. februar 2000

¹²⁵ *Ibid.*, afsnit 4.2.1.3

¹²⁶ *Ibid.*, afsnit 4.2.1.2

¹²⁷ *Ibid.*, afsnit 4.2.1.3

¹²⁸ *Ibid.*, afsnit 4.2.1.2

¹²⁹ *Ibid.*, afsnit 4.2.1.3

¹³⁰ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, 26. november 2003

stillingtagen til denne sag var, at de involverede virksomheder havde anmodet konkurrencemyndighederne om en negativerklæring efter KRL § 9.¹³¹

I denne sag var der tale om to cateringvirksomheder - Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S - som havde indgået en samarbejdsaftale, hvorefter de afgav fælles bud på landsdækkende cateringopgaver. Der var tale om et kontinuerligt samarbejde, hvor virksomhederne koordinerede bud på ad hoc basis. Såfremt virksomhederne vandt opgaven, var det aftalt, at Ove Juel Catering A/S forestod leveringen øst for Storebælt, mens Th. Schulz A/S leverede vest for Storebælt.¹³²

4.1.3.2.1 Virksomhedernes synspunkter

Cateringvirksomhederne støttede deres anmodning om en negativerklæring på, at samarbejdet var nødvendigt, fordi de ikke hver især var i stand til at løfte opgaven. De henviste i den forbindelse til, at ingen af dem rådede over det nødvendige distributionsnet og lagre til at kunne levere til konkurrencedygtige priser på den anden side af Storebælt.¹³³ Denne argumentation synes at bygge på, hvornår virksomheder er faktiske konkurrenter, mens virksomhedernes videre argumentation i højere grad skaber associationer til kriterierne for at være potentielle konkurrenter. De to virksomheder fremhævede således efterfølgende, at en tilvejebringelse af det nødvendige distributionsnet og lagre ville kræve større investeringer end, de hver især havde mulighed for at afholde samt, at disse investeringer ikke ville være rentable, da omkostningerne ville overstige indtægterne ved det mersalg, som investeringerne kunne medføre.¹³⁴

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at der hos Cyril Ritter er anført uddybende bemærkninger om, hvad der nærmere kræves før, at virksomheder er potentielle konkurrenter. Med henvisning til EU-Domstolens praksis pointerer Ritter først og fremmest, at en virksomhed må have "reelle og konkrete muligheder" for at skaffe sig adgang til markedet før, at den er en potentiel konkurrent til en anden virksomhed. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at det skal være hverken sandsynligt eller overvejende sandsynligt, at virksomheden bevæger sig ind på markedet – omvendt må muligheden ikke være helt abstrakt, da virksomhederne i så fald altid vil kunne betragtes som potentielle konkurrenter.¹³⁵

I Cyrils terminologi var Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S således af den opfattelse, at de ikke havde reelle og konkrete muligheder for at byde hver især som følge af de betydelige investeringsomkostninger, det krævede. Derfor mente parterne, at samarbejdet indebar øget konkurrence, idet der tilvejebragtes et yderligere bud på de landsdækkende opgaver, som kun to andre aktører ellers var i stand til at byde på.¹³⁶

4.1.3.2.2 Konkurrencestyrelsens afgørelse

KS var enig med virksomhederne i, at bud på opgaver til de landsdækkende kunder forudsatte mere end ét distributionssted. Der blev i den forbindelse henvist til, at de virksomheder, der deltog i disse udbud, alle havde afdelinger flere steder i landet eller havde indgået en aftale om distribution med en anden virksomhed, som gjorde dem i stand til at levere til hele landet.

¹³¹ *Ibid.*, pkt. 16

¹³² *Ibid.*, pkt. 17-18 samt pkt. 36-38

¹³³ *Ibid.*, pkt. 76

¹³⁴ *Ibid.*, pkt. 77

¹³⁵ Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 4

¹³⁶ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, 26. november 2003, pkt. 80

På denne baggrund konkluderede KS, at parternes argumentation om, at deltagelse i udbuddet krævede større investeringer i distributionsanlæg, ikke kunne tilsidesættes.¹³⁷ KS tiltrådte dermed, at parterne ikke var faktiske konkurrenter i udbuddet om de landsdækkende kunder, men undersøgte dernæst, om de var potentielle konkurrenter. Ved vurderingen af dette spørgsmål lagde konkurrencemyndigheden vægt på, at to andre virksomheder, der var af samme størrelse som Ole Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S, inden for de seneste to år havde etableret sig på markedet på en sådan måde, at de hver for sig var i stand til at levere til de landsdækkende kunder. Da disse to virksomheder således måtte have fundet det rentabelt at dække også landsdækkende kunders efterspørgsel, fandt KS det tvivlsomt, at de nødvendige investeringer for Ole Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S var en hindring for, at virksomhederne hver især kunne deltage i konkurrencen om udbuddet. Ifølge KS gjorde dette sig i hvert fald gældende for Ole Juel Catering A/S, idet selskabet var en del af en kapitalstærk koncern, som havde lagre flere steder i landet.¹³⁸ Det skal allerede her bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt et samarbejde mellem to virksomheder er lovligt, når kun den ene af virksomhederne kunne byde på opgaven selv, diskuteres nedenfor i afsnit 4.1.4.3.2.2, hvor *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* behandles.

På baggrund af det anførte om særligt Ole Juel Catering A/S' kapacitet var det KS' vurdering, at aftalen mellem virksomhederne var i strid med KRL § 6.¹³⁹ *Catering-sagen* er dermed ligesom *Sko-sagerne* et eksempel på, hvordan konkurrencemyndighederne anvender kriteriet om, hvorvidt virksomhederne enkeltvis kunne have afgivet et tilbud på den udbudte opgave. Afgørelsen viser desuden, at en af de kapacitetsfaktorer, som myndigheden lægger vægt på ved vurderingen heraf, er, om virksomheden havde eller kunne anskaffe sig det fornødne distributionsnet til at kunne levere landsdækkende, da udbudsmaterialet krævede dette.

4.1.3.3 EU-praksis

Det er ikke kun de danske konkurrencemyndigheder, der har taget stilling til sager om fælles bud. Kommissionen har også truffet beslutninger i sådanne sager, og et eksempel herpå er sagen *Konsortium ECR 900*.¹⁴⁰

I denne sag var virksomhederne AEG Aktiengesellschaft, Alcatel NV og Oy Nokia AB gået sammen om at stifte et konsortium benævnt ECR 900. ECR 900 blev oprettet med henblik på at afgive et fælles bud på udviklingen af et GSM-system, som var et radiokommunikationssystem. Kommissionen konkluderede, at aftalen var forenelig med den nuværende TEUF art. 101, stk. 1, da den ikke begrænsede konkurrencen mellem aftalparterne. Denne konklusion byggede på en vurdering af virksomhedernes kapacitet. For det første fandtes der kun et begrænset antal ingeniører, som besad den relevante uddannelse for at kunne udvikle systemet. For det andet var udviklingsomkostningerne ved systemet så betydelige, at det kun var realistisk at bære disse, hvis virksomhederne fordelte dem mellem sig. For det tredje var markedet kendetegnet ved en begrænset efterspørgsel på GSM-systemerne, og da de store omkostninger kun kunne dækkes ved at vinde ordrer i forbindelse med udbud, indebar udviklingen af systemerne en markant finansiel risiko for virksomhederne. For det fjerde ville det være vanskeligt for virksomhederne hver for sig at overholde tidsplanen i udbudsmaterialet.¹⁴¹

¹³⁷ *Ibid.*, pkt. 83-84

¹³⁸ *Ibid.*, pkt. 85-87

¹³⁹ *Ibid.*, 88-89

¹⁴⁰ Kommissionens beslutning af 27. juli 1990 i sag IV/32.688, *Konsortium ECR 900*

¹⁴¹ *Ibid.*, afsnit II, a

En anden beslutning fra Kommissionen om fælles bud er *Eurotunnel*.¹⁴² Sagen vedrørte et fælles udbud fra den franske og britiske regering om opførelse af en tunnel mellem disse to lande. Virksomhederne Channel Tunnel Group Ltd og France Manche SA - fælles benævnt Eurotunnel - anmodede Kommissionen om en negativattest for to aftaler om opførelse af tunnelen. Også i denne sag fandt Kommissionen, at samarbejdet ikke var i strid med den nuværende TEUF art. 101, stk. 1 og henviste i den forbindelse til sine retningslinjer, der foreskriver, at det afgørende er, om virksomhederne kan byde hver for sig.¹⁴³

Disse to beslutninger fra Kommissionen illustrerer således i lighed med afgørelserne fra de danske konkurrencemyndigheder, at det afgørende for lovligheden af et fælles bud på konkrete opgaver først og fremmest er, om virksomhederne har kapacitet til at udføre dem selv. I vurderingen heraf indgår en række faktorer såsom tilgængelig arbejdskraft, de økonomiske risici, knowhow og omkostningerne ved de fornødne investeringer i lagre, maskiner, mv.¹⁴⁴ Selvom der er tale om ældre afgørelser, er de fortsat relevante for problemstillingen. Kommissionen har imidlertid ikke haft anledning til at tage stilling til sager om afgivelse af fælles bud i de seneste år, hvilket står i kontrast til de nationale konkurrencemyndigheder, der har afsagt flere nye afgørelser. Dette kan ifølge Cyril Ritter hænge sammen med, at afgivelse af fælles bud ofte finder sted i forbindelse med offentlige udbud, hvilke typisk foregår inden for nationale rammer.¹⁴⁵

EU-Domstolen og Kommissionen har dog også i sager, der ikke vedrører fælles bud, haft anledning til at præcisere, hvad der skal lægges vægt på, når det vurderes, om virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter. Disse sager har tillige relevans ved undersøgelsen af, hvordan konkurrentbegrebet nærmere afgrænses ved fælles bud.

Et eksempel på en sådan afgørelse, er Kommissionens beslutning *Elopak/Metal Box-Odin*.¹⁴⁶ Her fastslog Kommissionen, at virksomhederne hverken var faktiske eller potentielle konkurrenter, fordi begge virksomheders erfaringer og ressourcer var nødvendige for at udvikle det nye produkt, som de via oprettelsen af et joint venture var gået sammen om. Der blev blandt andet lagt vægt på, at udviklingen af produktet krævede en kombination af de to virksomheders tekniske og kommercielle know-how.¹⁴⁷

Denne afgørelse illustrerer dermed, at en af de faktorer, der indgår i vurderingen af, om to virksomheder er konkurrenter, er, om virksomhederne har adgang til den teknologi og knowhow, der kræves for at operere på markedet. Som det fremgår ovenfor, er det helt tilsvarende betragtninger, der er afgørende for konkurrentvurderingen ved aftaler om fælles bud.¹⁴⁸

¹⁴² Kommissionens beslutning af 24. oktober 1988 i sag IV/32.437/8, *Eurotunnel*

¹⁴³ *Ibid.*, afsnit II, a

¹⁴⁴ Se også FT 1996-97, Tillæg A, p. 3659, v. sp.; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2018, s. 14. Udkastet til den nye vejledning om fælles bud fra 2020 lægger ikke op til en ændring på dette punkt; Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 132; Besvarelse af spørgsmål 106 (L 172 – bilag nr. 113) af 6. maj 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalg; Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 7

¹⁴⁵ Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 3

¹⁴⁶ Kommissionens beslutning af 13. juli 1990 i sag IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin*

Se også Sag C-373/14 P, *Toshiba*, (EU:C:2016:26), hvor Domstolen fandt, at virksomhederne var potentielle konkurrenter, idet der ikke bestod uoverstigelige barrierer for, at de japanske producenter af elektriske transformatorer kunne skaffe sig adgang til det europæiske marked.

¹⁴⁷ Kommissionens beslutning af 13. juli 1990 i sag IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin*, pkt. 25

¹⁴⁸ At dette er tilfældet, angives nu også i udkastet til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens nye vejledning om fælles bud, se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til vejledning, *Når virksomheder afgiver fælles bud – en vejledning om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2020, s. 21

4.1.3.4 Delkonklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at to eller flere virksomheder, der afgiver et fælles bud, anses for at være konkurrenter, når de enten aktuelt eller potentielt er i stand til at udføre den udbudte opgave selv. Som det fremgår ovenfor, har dette ikke kun støtte i Kommissionens retningslinjer om horisontale aftaler og i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejde. Det følger også af dansk praksis og EU-praksis.

Grundet udbudsformen i afgørelserne besvarer de imidlertid ikke spørgsmålet om, hvordan konkurrentvurderingen skal foretages, når udbudsmaterialet giver mulighed for både at byde på hele opgaven og på dele af den. Dette spørgsmål er derfor genstand for analysen i nedenstående afsnit.

4.1.4 Mulighed for at afgive samlet bud og delbud

Når udbudsmaterialet giver virksomhederne mulighed for både at afgive et bud på den samlede opgave og på en del heraf, bliver spørgsmålet først og fremmest, om vurderingen af, om virksomhederne er konkurrenter, skal foretages ud fra den samlede opgave eller ud fra blot den mindst omfattende delopgave, der kan bydes på. Det bliver især aktuelt, når virksomheder afgiver et fælles bud på den samlede opgave, idet spørgsmålet her er, om det er tilstrækkeligt for at være konkurrenter, at virksomhederne kunne have budt på en del af udbuddet hver især.

Der er flere nyere afgørelser fra både de nationale konkurrencemyndigheder og domstole i Europa om spørgsmålet. Af særlig interesse for problemstillingen er *Vejmarkeringssagen*, hvor den danske Højesteret i november 2019 tog stilling til netop denne situation. Denne afgørelse vil derfor blive indgående behandlet nedenfor i afsnit 4.1.4.2.

Umiddelbart inden konkurrencemyndighederne fik anledning til at tage stilling til *Vejmarkeringssagen*, tog de spørgsmålet op i sagen *Skive og Omegns Vognmandsforening*, der tillige vedrørte delbud. Denne afgørelse blev ikke indbragt for domstolene, men er desuagtet illustrerende for problemstillingen, hvorfor den vil blive behandlet først i afsnit 4.1.4.1.

Foruden disse danske afgørelser har også de norske domstole for nylig taget stilling til en sag, hvor der var mulighed for at afgive delbud. Det drejer sig om *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen*, som vil blive gennemgået i umiddelbar forlængelse af de ovennævnte danske afgørelser.¹⁴⁹

4.1.4.1 Skive og Omegns Vognmandsforening

Sagen vedrørte et udbud fra Skive Kommune om vintertjenester i form af snerydning og glatførebekæmpelse.¹⁵⁰ Det samlede udbud omfattede ca. 515 km kørebaner, der var fordelt på 11 ruter. Det var muligt at afgive et bud på hver enkelt rute (delbud). Skive og Omegns Vognmandsforening (i det følgende SOV), som var en brancheorganisation for vognmænd i Skive og omegn, afgav et bud på samtlige 11 ruter. SOV vandt 9 ud af de 11 ruter, hvorfor der for disse ruter blev indgået en kontrakt mellem foreningen og Skive Kommune. Selvom tilbuddet var afgivet af SOV, var det afgørende i sagen, om medlemmerne af brancheorganisationen, der alle udgjorde virksomheder i konkurrencelovens forstand, var konkurrenter.¹⁵¹

¹⁴⁹ De norske konkurrencemyndigheder har også taget stilling til en anden sag om delbud, der dog i modsætning til *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* ikke blev indbragt for domstolene. Se Konkurransetilsynets afgørelse, *El Proffen*, 4. september 2017, vedtak V2017-21. Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurranseskiløremnd d. 31. august 2018, sak: 2018/112 og 2018/113

¹⁵⁰ Konkurrencerådets afgørelse, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*, 30. april 2014

¹⁵¹ *Ibid.*, pkt. 95-96

4.1.4.1.1 Virksomhedernes synspunkter

SOV argumenterede for, at medlemmerne ikke kunne have klaret opgaven hver for sig, hvorfor de ikke var konkurrenter. De henviste i den forbindelse til, at det ikke var muligt for den enkelte vognmandsforretning at bære risikoen for, at det var svært på forhånd at forudsige, hvor stort behovet for vintertjenesterne var og dermed, hvad indtjeningen for opgaven endeligt ville blive.¹⁵² Derudover anførte SOV, at en hindring for, at de enkelte vognmandsforretninger kunne løse opgaven selv, var de gældende køre- hviletidsregler, som ville betyde, at vognmændene blev begrænset i at udføre andre opgaver i vinterperioden. Derfor krævede udførelsen af opgaven et større antal medarbejdere.¹⁵³

4.1.4.1.2 Konkurrencerådets afgørelse

I sin vurdering af, om det fælles bud var i strid med KRL § 6, fastslog Konkurrencerådet (i det følgende KR), at det først og fremmest måtte undersøges, om virksomhederne var enten faktiske eller potentielle konkurrenter. Først dernæst måtte det undersøges, om aftalen havde til formål eller til følge af begrænse konkurrencen.¹⁵⁴ Ved afgørelsen af, om virksomhederne var konkurrenter, tog KR afsæt i udbudsmaterialet og undersøgte, om de krav der heri blev stillet, kunne opfyldes af de enkelte virksomheder på egen hånd.¹⁵⁵ Dermed er fremgangsmåden i afgørelsen i overensstemmelse med pkt. 30 og 237 i Kommissionens retningslinjer om horisontale samarbejdsaftaler, der foreskriver, at vurderingen skal ske på et objektivt grundlag samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejde, der anfører, at vurderingen først og fremmest afhænger af udbudsmaterialet. Det fremgik af udbudsmaterialet, at vognmanden skulle kunne rykke ud inden for 45 minutter. Da medlemmerne i SOV havde deres virksomheder i Skive og omegn, var de allerede placeret i nærheden af i hvert fald én af ruterne udbuddet, hvorfor det var KR's vurdering, at dette ikke var en barriere for, at de enkelte virksomheder kunne have budt på mindst en rute hver for sig.¹⁵⁶ KR lagde således vægt på, at virksomhederne kunne nå ud til mindst én rute inden for den krævede tid fremfor at basere vurderingen på, om virksomhederne kunne nå ud til samtlige ruter inden for tidsrammen. Herved er det klart, at KR anså det for afgørende, at virksomhederne kunne byde på blot en del af udbuddet og ikke, om de kunne byde på det samlede udbud.

Selvom udbudsmaterialet ikke stillede krav om, at den enkelte virksomhed skulle råde over et bestemt antal vogne, overvejede KR, om det var påkrævet at have to vogne for at kunne udføre både snerydning og glatførebekæmpelse på en rute selv. Da KR imidlertid konstaterede, at flere af virksomhederne havde mindst to vogne, fandt de heller ikke, at dette udgjorde en hindring for, at disse medlemmer kunne byde hver for sig.¹⁵⁷

Herefter afviste KR SOV's argumenter om, at risikoen ved opgaven samt køre- hviletidsreglerne medførte, at opgaven ikke kunne varetages af en enkelt virksomhed. Dette blev netop begrundet med, at det var muligt at afgive tilbud på enkelte ruter, hvorfor vognmændene kunne byde på en eller flere ruter alt afhængig af, hvad deres kapacitet rakte til. Dette bestyrkedes ifølge KR af, at SOV havde oplyst, at de enkelte ruter faktisk var blevet varetaget af 1-2 vognmænd. Ydermere bemærkede KR,

¹⁵² *Ibid.*, pkt. 33-34

¹⁵³ *Ibid.*, pkt. 35

¹⁵⁴ *Ibid.*, pkt. 96

¹⁵⁵ *Ibid.*, pkt. 98-99

¹⁵⁶ *Ibid.*, pkt. 98

¹⁵⁷ *Ibid.*, pkt. 99

at der var eksempler fra andre kommuner på, at vognmænd hver for sig havde budt på enkelte ruter.¹⁵⁸ På denne baggrund konkluderede KR, at de enkelte medlemmer af SOV var aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til de udbudte vintertjenesteruter.¹⁵⁹

Afgørelsen illustrerer, at vurderingen af, om to eller flere virksomheder er aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til et konkret udbud, skal baseres på, om de hver især har kapacitet til at byde på blot en del af udbuddet, når udbuddet giver mulighed for at afgive sådanne delbud. Det er således uden betydning, om de kunne have løftet den samlede opgave hver for sig.

Som nævnt blev sagen *Skive og Omegns Vognmandsforening* aldrig indbragt for de danske domstole, hvorfor det var særdeles interessant, da en lignende sag – *Vejmarkeringssagen* – kort tid efter blev behandlet af både Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet, Sø- og Handelsretten og Højesteret. I det følgende gennemgås først sagsforløbet i *Vejmarkeringssagen*. Dernæst behandles de enkelte myndigheders og domstolsinstansers afgørelser. Som i de øvrige sager, der er gennemgået ovenfor, er det alene spørgsmålet om, hvorvidt de involverede virksomheder var aktuelle eller potentielle konkurrenter, der er genstand for denne del af analysen.

4.1.4.2 *Vejmarkeringssagen*

4.1.4.2.1 Sagsforløbet

Sagen handler om et udbud fra Vejdirektoratet d. 25. februar 2014 af en opgave om vejmarkering på det statslige vejnet.¹⁶⁰ Udbuddet var et genudbud af et tidligere udbud fra 2012, som omfattede fem distrikter i Danmark. 2012-udbuddet blev vundet af virksomheden Guide-lines, som imidlertid ikke kunne udføre vejmarkeringsopgaverne i overensstemmelse med tids- og arbejdsplanen. Derfor valgte Vejdirektoratet at annoncere et genudbud af tre ud af de oprindelige fem distrikter: Syddanmark (1), Sjælland (2) og Hovedstaden (3).¹⁶¹

Udbudsmaterialet gav mulighed for at afgive et tilbud på samtlige distrikter, men også på et enkelt eller to distrikter. Det var med andre ord muligt at afgive delbud på opgaven ligesom i sagen om *Skive og Omegn Vognmandsforening*. I udbudsmaterialet var det angivet, at de bydende virksomheder kunne tilbyde en rabat, såfremt de vandt to eller samtlige distrikter. Der var intet loft for rabattens størrelse i modsætning til tidligere udbud, hvor grænsen for rabatten var 20% af den tilbudte pris.¹⁶² Tildelingskriteriet var den laveste pris, hvorved forstås den kombination af samtlige af de givne tilbud på de enkelte distrikter, der samlet set gav den laveste pris. Som følge af rabatstrukturen var det ikke nødvendigvis den tilbudsgiver, der isoleret set afgav det laveste tilbud på det enkelte distrikt, der blev tildelt opgaven.¹⁶³

Vejdirektoratet modtog bud fra tre aktører. Det ene bud var et fælles bud afgivet af virksomhederne LKF Vejmarkering A/S (i det følgende LKF) og Eurostar Danmark A/S (i det følgende Eurostar). De to virksomheder havde d. 11. marts 2014 indgået en aftale om at samarbejde i Dansk Vejmarkerings Konsortium (i det følgende Konsortiet) med henblik på både at afgive et fælles bud på opgaven og udføre den i fællesskab.¹⁶⁴ Konsortiet bød som den eneste på samtlige tre distrikter. De

¹⁵⁸ *Ibid.*, pkt. 102

¹⁵⁹ *Ibid.*, pkt. 103

¹⁶⁰ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015

¹⁶¹ *Ibid.*, pkt. 114 og 27-28

¹⁶² *Ibid.*, pkt. 119 og U.2019.102SH, s. 32, h. sp.

¹⁶³ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015, pkt. 121

¹⁶⁴ *Ibid.*, pkt. 127

tilbød desuden en samlet rabat på 5%, hvis de vandt to distrikter og 20%, såfremt de vandt alle distrikter.¹⁶⁵ Lemminkäinen afgav et tilbud på distrikt 1, hvilket var det isoleret set laveste bud på dette distrikt. Den tredje tilbudsgiver var Guide-lines, der afgav et tilbud på både distrikt 1 og distrikt 2. Guide-lines' bud på distrikt 2 var det laveste bud på dette distrikt isoleret set.¹⁶⁶ På trods af, at Lemminkäinen og Guide-lines havde afgivet de laveste bud på to af distrikterne, var en kombination af Konsortiets bud på alle tre distrikter samlet set lavest som følge af den tilbudte rabat på 20%, hvorfor de vandt hele udbuddet.¹⁶⁷

Guide-lines klagede til konkurrencemyndighederne over det fælles bud, som Konsortiet havde afgivet, hvilket var anledningen til, at KR i 2014 tog sagen op og traf afgørelse d. 24. juni 2015.¹⁶⁸

4.1.4.2.2 Konkurrencerådets afgørelse

4.1.4.2.2.1 Hvad udspillede konkurrencen sig om?

KR's afgørelse af, om Konsortiets bud på de tre distrikter var i strid med KRL § 6, blev indledt med en stillingtagen til, hvorvidt LKF og Eurostar var konkurrenter. Dernæst undersøgte KR, om de øvrige betingelser i KRL § 6 var opfyldte, herunder om aftalen havde til formål eller til følge af begrænse konkurrencen, hvilket behandles nedenfor i afsnit 4.2.2.1.¹⁶⁹

Ved undersøgelsen af den første problemstilling henviste KR indledningsvist til definitionen af konkurrentbegrebet i Kommissionens retningslinjer om horisontale samarbejdsaftaler og fastslog, at begrebet omfatter såvel faktiske som potentielle konkurrenter.¹⁷⁰ Denne indgangsvinkel er ikke overraskende, da der ikke synes at herske nogen tvivl om, at definitionen af konkurrentbegrebet omfatter både faktiske og potentielle konkurrenter. Det interessante er derimod, hvordan begreberne skal anvendes, når udbuddet som her gav mulighed for både at afgive delbud og bud på den samlede opgave.

4.1.4.2.2.1.1 Betydningen af rabatstrukturen

Som nævnt ovenfor var der i udbudsmaterialet mulighed for at tilbyde en rabat, såfremt tilbudsgiveren vandt et eller flere distrikter. Det var et omtvistet punkt i sagen, om netop denne rabatstruktur bevirkede, at konkurrentvurderingen skulle foretages ud fra den samlede opgave med den begrundelse, at konkurrencen reelt udspillede sig herom og ikke om de enkelte distrikter.

Eurostar og LKF havde således begge argumenteret for, at konkurrencen udspillede sig om det samlede bud, da rabatstrukturen medførte, at en tilbudsgivers vinderchancer var markant højere, hvis der blev budt samlet på alle distrikter end, hvis der alene blev budt på et enkelt distrikt. Til at underbygge dette argument henviste virksomhederne navnlig til, at Vejdirektoratet i to tidligere udbud havde tildelt opgaven én tilbudsgiver på grund af rabatstrukturen, selvom udbudsmaterialet også der muliggjorde delbud.¹⁷¹

¹⁶⁵ *Ibid.*, tabel 1, s. 9

¹⁶⁶ *Ibid.*, pkt. 30

¹⁶⁷ *Ibid.*, pkt. 35

¹⁶⁸ *Ibid.*, pkt. 25

¹⁶⁹ *Ibid.*, pkt. 405

¹⁷⁰ *Ibid.*, pkt. 406

¹⁷¹ *Ibid.*, pkt. 422-426

KR anførte heroverfor, at når der var mulighed for at afgive et delbud, så udspillede konkurrencen sig også om de enkelte distrikter. Dette bestyrkedes af, at Lemminkäinen og Guide-lines havde afgivet bud på enkelte distrikter.¹⁷² Som følge heraf afviste KR, at rabatstrukturen kunne tillægges den betydning, at konkurrencen udelukkende udspillede sig om den samlede opgave. Det faktum, at virksomhedernes vinderchancer måtte være forøget ved at afgive et samlet bud grundet den deraf følgende mulighed for en samlerabat, var således ikke i sig selv afgørende.¹⁷³

Tilsvarende betragtninger anføres af Christopher Thomas og Cyril Ritter. Ifølge disse teoretikere afhænger konkurrentvurderingen ikke af, om de enkelte virksomheder er i stand til at afgive et attraktivt bud på opgaven.¹⁷⁴ Det gælder ifølge Ritter også selvom, det kan være attraktivt for ordregiveren at opnå et samlet bud på hele opgaven. Sådanne betragtninger kan efter forfatterens mening alene tillægges betydning ved spørgsmålet om, hvorvidt aftalen kan fritages efter TEUF art. 101, stk. 3. Ritter anfører således, at:

“A single tender for all lots may be more attractive to the contracting authority, as it is simpler and easier to handle. But assessing a firm’s ability to bid only asks whether it *could* realistically bid, if only for some lots.”¹⁷⁵

Sammenfattende fastslog KR, at det afgørende for konkurrentvurderingen var, om virksomhederne var i stand til at udføre vejmarkeringen på et enkelt distrikt og ikke, om de havde kapacitet til at udføre arbejdet på alle tre distrikter.¹⁷⁶ Dermed er afgørelsen i overensstemmelse med *Skive og Omegns Vognmandsforening*, som dog også er afsagt af KR kun et år tidligere, hvorfor dette ikke er uventet.

4.1.4.2.2.2 Virksomhedernes kapacitet

Efter at have fastslået, at det afgørende er, om virksomhederne havde kapacitet til at udføre vejmarkering på de enkelte distrikter selv, foretog KR en tilbunds gående vurdering af Eurostars og LKF’s kapacitet både aktuelt og potentielt.

4.1.4.2.2.2.1 Faktorer i kapacitetsberegningen

De faktorer, der ifølge KR skulle tages i betragtning, når det undersøges, om virksomhederne havde den fornødne kapacitet til at udføre vejmarkeringsarbejdet på de enkelte distrikter, var adgang til udstyr, arbejdskraft, økonomiske ressourcer og knowhow. Det gjaldt både for vurderingen af, om virksomhederne var faktiske og potentielle konkurrenter.¹⁷⁷ Disse faktorer er uddybet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejde, hvortil der henvises for yderligere herom.¹⁷⁸ Det er dog problematiseret i teorien, at visse af disse faktorer kan være svære at vurdere i praksis. Christopher Thomas anfører således, at:

¹⁷² *Ibid.*, pkt. 429

¹⁷³ *Ibid.*, pkt. 431

¹⁷⁴ Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, Issue 9, 2015, s. 633, v. sp.; Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 8

¹⁷⁵ Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 8

¹⁷⁶ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015, pkt. 408 og 433

¹⁷⁷ *Ibid.*, pkt. 435 og pkt. 638

¹⁷⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2018, s. 14 ff. I udkastet til den nye vejledning om fælles bud fra 2020 gennemgås faktorerne på s. 18 ff.

“(…) factors such as the ability to finance the level of expenditure required to perform a contract, the availability of the manufacturing capacity needed to do so, and the ability to sustain the level of risk implied by a contract are much harder to assess than the mere presence or absence of technologies or products.”¹⁷⁹

Thomas pointerer desuden, at faktorer såsom økonomiske ressourcer, produktion og risiko er meget nemme for virksomhederne at anvende som en undskyldning for, at et samarbejde med konkurrenterne er nødvendigt. Derfor mener han, at det kun i sjældne tilfælde bør være sådan, at påberåbte kapacitetsproblemer vedrørende disse faktorer bringer et fælles bud uden for området for konkurrencebegrænsende aftaler.¹⁸⁰

I *Vejmarkerings sagen* tilsidesatte KR da også Eurostar og LKF's egne kapacitetsberegninger. Eurostar konkluderede i sin beregning, at virksomheden ikke havde kapacitet til at udføre den samlede opgave, mens LKF's ikke indeholdt nogen konklusion.¹⁸¹ Årsagen til tilsidesættelsen var blandt andet, at LKF's beregning af maskinformændenes ledige kapacitet ikke var knyttet op på det konkrete udbud samt, at Eurostar i sin beregning havde fratrukket kapacitet, som var reserveret til kernekunder.¹⁸²

4.1.4.2.2.2 Forventede opgaver

En del af problemstillingen om, hvordan virksomhedernes kapacitet skal beregnes, vedrører spørgsmålet om, hvorvidt der skal tages højde for kapacitet, som skal anvendes på andre projekter.¹⁸³ Kapacitet, som er reserveret til opfyldelse af allerede indgåede aftaler, skulle ifølge KR tages i betragtning. Tvisten angik derimod, om det samme gjaldt for opgaver fra kernekunder, der endnu ikke var indgået på tidspunktet for udbuddet, men som virksomheden forventede at indgå i fremtiden. Som nævnt ovenfor anfægtede KR netop, at Eurostar havde indregnet fremtidige opgaver fra kernekunder i sin kapacitetsberegning.¹⁸⁴ Kun hvis der var tale om forventede opgaver fra kernekunder, der havde en fast tilbagevendende karakter, skulle de efter KR's opfattelse medregnes, hvorfor udgangspunktet var, at der ikke kunne tages hensyn til fremtidige opgaver.¹⁸⁵ Ifølge denne afgørelse skal der således sondres mellem aftaler, som virksomheden faktisk har indgået på tidspunktet for udbuddet, og aftaler, som ikke er indgået på dette tidspunkt.¹⁸⁶

Eurostar havde i sin argumentation anført, at det ville være uansvarligt ud fra et forretningsmæssigt perspektiv at se bort fra de opgaver, som virksomheden kunne forvente at få fra sine kernekunder.¹⁸⁷ I modsætning til KR fulgte SØ- og Handelsretten dette ræsonnement, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 4.1.4.2.4.1.3.1.

Denne problemstilling har også været genstand for overvejelser i litteraturen. Det er således anført af Christopher Thomas, at det ikke kan tillægges betydning, at virksomheden må opgive alternative projekter, hvorfor sådanne projekter ikke kan indgå i beregningen af, hvor meget kapacitet, virksomheden har til rådighed til udbuddet. Thomas gør imidlertid ikke herved klart, om udsagnet er møntet på

¹⁷⁹ Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, Issue 9, 2015, s. 632, h. sp.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015, pkt. 177

¹⁸² *Ibid.*, pkt. 459 og 472

¹⁸³ *Ibid.*, pkt. 441 ff.

¹⁸⁴ Det samme fandt KR var tilfældet for LKF, *Ibid.*, pkt. 447

¹⁸⁵ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015, pkt. 444-445

¹⁸⁶ *Ibid.*, pkt. 593 og 441-442

¹⁸⁷ *Ibid.*, pkt. 589

allerede indgåede aftaler og/eller forventede aftaler fra kernekunder, idet han alene anfører, at ovennævnte gælder projekter, som virksomheden aktuelt har reserveret kapacitet til. Det kan både omfatte aftaler, som virksomheden har indgået på det tidspunkt, hvor udbuddet finder sted og aftaler, som virksomheden alene forventer at indgå fremadrettet.¹⁸⁸ Thomas' synspunkt er kritiseret af Albert Sanchez-Graells. Han pointerer således, at:

”It would be clearly excessive to consider undertakings “objectively” able to submit an independent bid if, for instance, they need to give up alternative projects.”¹⁸⁹

Cyril Ritter har mest sympati for Sanchez-Graells' synsvinkel, men tilslutter sig ingen af de to forfatteres argumentation fuldstændig. Ritter anfører således, at det centrale spørgsmål snarere er, om en virksomhed, der ikke har kapacitet til selv at byde – f.eks. pga. øvrige projekter – kunne have fremskaffet yderligere kapacitet. Herved adresserer han, at der ikke kan ses bort fra, om virksomhederne alternativt er potentielle konkurrenter.¹⁹⁰

4.1.4.2.3 Konkurrencerådets konklusion

På baggrund af det anførte om Eurostars og LKF's kapacitet konkluderede KR, at begge virksomheder allerede ved udbuddet havde tilstrækkelig kapacitet til at byde på de enkelte distrikter. Dermed var virksomhederne faktiske konkurrenter i relation til udbuddet. Selvom KR havde fastslået, at det herefter ikke var afgørende, om virksomhederne også var konkurrenter i forhold til den samlede opgave, og om de var potentielle konkurrenter, konkluderede de, at begge dele var tilfældet.¹⁹¹

Denne tilgang er anderledes end Konkurrenceankenævnets, idet de ikke fandt anledning til at vurdere, om virksomhederne var konkurrenter i forhold til det samlede udbud, jf. nedenfor i afsnit 4.1.4.2.3.2.

4.1.4.2.3 Konkurrenceankenævnets afgørelse

Eurostar og LKF påklagede KR's afgørelse til Konkurrenceankenævnet (i det følgende KAN), der traf afgørelse i sagen d. 11. april 2016. Deres påstand var principalt ophævelse af KR's afgørelse, subsidiært hjemvisning. KR nedlagde heroverfor påstand om stadfæstelse af afgørelsen.

I lighed med KR opdelte KAN sin afgørelse i flere trin. Først overvejes det, om virksomhederne var konkurrenter. Dernæst tages der stilling til, om aftalen havde til formål eller til følge af begrænse konkurrencen.¹⁹² I dette afsnit er det alene førstnævnte del af afgørelsen, der behandles.

4.1.4.2.3.1 Hvad udspillede konkurrencen sig om?

Til støtte for deres påstand anførte de to virksomheder i høj grad de samme argumenter som for KR. Som noget nyt henviste Eurostar dog til rapporten “Copenhagen Economics af 23. oktober 2015”, som virksomheden havde indhentet til brug for sagen ved KAN. Denne rapport belyste blandt andet, om konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave eller om delprojekterne.¹⁹³

¹⁸⁸ Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, Issue 9, 2015, s. 632, h. sp.

¹⁸⁹ Sanchez-Graells, Albert, *JOINT BIDDING AND SUBCONTRACTING UNDER EU COMPETITION LAW: SOME CRITICAL COMMENTS ON THOMAS (2015)*, 2015, afsnit 1, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

¹⁹⁰ Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 8

¹⁹¹ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015, pkt. 633-635 og 708

¹⁹² Herefter tog KAN stilling til, om aftalen kunne fritages fra forbuddet efter KRL § 8.

¹⁹³ Konkurrenceankenævnet, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, 11. april 2016, s. 5 og U.2019.102SH, s. 5, h. sp.

Også LKF udbyggede sin argumentation over for KAN, idet de henviste til, at Vejdirektoratet havde ændret sin udbudsstrategi på baggrund af en rapport udarbejdet til direktoratet af konsulentvirksomheden McKinsey & Company (i det følgende McKinsey). Denne rapport fastslog, at en en-leverandør-strategi var mest fordelagtig for myndigheden. Dette talte ifølge LKF for, at Vejdirektoratet ønskede én enkelt aktør som vinder af udbuddet, hvorfor konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud.¹⁹⁴ Begge virksomheders opfattelse var således fortsat, at det var irrelevant, om de hver for sig kunne afgive delbud.

I sin stillingtagen til spørgsmålet indledte KAN med at fastslå, at det fælles bud ikke var konkurrencebegrænsende, såfremt LKF og Eurostar ikke hver især kunne byde på opgaven og henviste i den forbindelse til forarbejderne til KRL. Ved sin efterfølgende vurdering heraf tog KAN afsæt i udformningen af udbudsmaterialet.

Det fremhævedes således først og fremmest, at udbuddet gav mulighed for, at der kunne afgives delbud. Et sådant delbud kunne være lavt nok til isoleret set at udgøre det vindende bud uanset, at muligheden for at tilbyde en samlerabat kun bestod for de virksomheder, der bød på flere distrikter. I forlængelse heraf fastslog KAN, at det ikke havde betydning, at virksomhedens vinderchancer eventuelt blev forøget ved at byde på den samlede opgave.¹⁹⁵ På dette punkt er KAN's afgørelse i tråd med både KR's afgørelse og de i afsnit 4.1.4.2.2.1.1 nævnte teoretikere, der ligeledes afviser, at øgede vinderchancer kan tillægges den betydning, at virksomhederne ikke er konkurrenter. Herefter pointerede KAN desuden, at erfaringerne fra de tidligere udbud, som blev vundet af én aktør, ikke indebar, at det reelt kun var muligt at byde på samtlige distrikter.

På denne baggrund tilsluttede KAN sig KR's opfattelse af, at når der afgives et fælles bud på en opgave, der både åbner op for delbud og bud på den samlede opgave, er virksomhederne konkurrenter så længe, at de bare hver for sig kan udføre en delopgave.¹⁹⁶

4.1.4.2.3.2 Var virksomhederne i stand til at byde på de enkelte distrikter selv?

Det næste spørgsmål for KAN var, om Eurostar og LKF var i stand på at byde på bare ét af distrikterne selv. Såvel Eurostar som LKF anfægtede de kapacitetsberegninger, som KR havde lagt til grund i sin afgørelse. Eurostar anførte således, at KR's konklusioner angående kapaciteten generelt var urealistiske.¹⁹⁷ LKF fremførte desuden en række argumenter imod KR's vurdering, herunder at de tog afsæt i fiktive forretningsmodeller samt, at de havde undladt at inddrage en række oplysninger om arbejdsregler, omkostninger og virksomhedens driftsresultat.¹⁹⁸

KAN fandt, at både Eurostar og LKF hver især var i stand til at byde på enkelte distrikter i Vejdirektoratets udbud. Grundlaget for KAN's konklusion var ikke KR's kapacitetsberegninger, men parternes konsortieaftale, herunder bilag 1 om hvorledes virksomhederne havde fordelt udførelsen af vejmarkeringsopgaverne på de enkelte distrikter imellem sig. Denne fordelingsaftale var indgået på forhånd mellem virksomhederne og udgjorde en intern arbejdsdeling mellem dem. KAN's afgørelse må dermed forstås således, at når virksomhederne ifølge samarbejdsaftalen netop skulle forestå vejmarkeringen på egen hånd i hver deres distrikter, så kunne de også enkeltvis have udført arbejdet i de

¹⁹⁴ Konkurrenceankenævnet, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, 11. april 2016, s. 9

¹⁹⁵ *Ibid.*, s. 17

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*, s. 6

¹⁹⁸ *Ibid.*, s. 10-11

enkelte distrikter uden den andens bistand. Derfor var det ikke objektivt nødvendigt at afgive et fælles bud.¹⁹⁹

Den aftalte opdeling af distrikterne tillagde KR dog også betydning i sin afgørelse, idet de fandt, at fordelingsaftalen understøttede, at virksomhederne havde kapacitet til at byde på enkelte distrikter hver for sig.²⁰⁰ KR's afgørelse adskiller sig imidlertid fra KAN's afgørelse derved, at KR i udpræget grad vurderede parternes egne kapacitetsberegninger, da de selvstændigt analyserede, om virksomhederne rådede over tilstrækkelig arbejdskraft, maskiner, knowhow, mv. til at løfte opgaven selv, jf. ovenfor i afsnit 4.1.4.2.2.2. KR's resultat hvilede således ikke udelukkende på fordelingsaftalen.

Den primære forskel mellem de to afgørelser er dog, at KAN ikke mente, at det var nødvendigt at vurdere, om Eurostar og LKF hver især havde kapacitet til at byde på samtlige tre distrikter aktuelt eller potentielt.²⁰¹ Selvom KR også klargjorde, at en stillingtagen hertil ikke var nødvendig, konkluderede de som nævnt alligevel, at virksomhederne tillige var både faktiske og potentielle konkurrenter om det samlede udbud. Med andre ord er resultaterne af de to afgørelser ens for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt Eurostar og LKF var konkurrenter, men begrundelserne er forskellige.

4.1.4.2.4 Sø- og Handelsrettens afgørelse

Eurostar og LKF indbragte sagen for Sø- og Handelsretten, der traf afgørelse d. 27. august 2018.²⁰² Virksomhederne sagsøgte KR med principal påstand om ophævelse af KAN's kendelse. Det er overensstemmelse med hidtidig praksis, at det er KR, der indstævnes og dermed bliver part i sagen som sagsøgte, selvom det er KAN's afgørelse, der anfægtes.²⁰³ Subsidiært påstod virksomhederne ophævelse af KAN's kendelse og hjemvisning af sagen til fornyet behandling ved KR. KR påstod heroverfor frifindelse.²⁰⁴

Det skal indledningsvist bemærkes, at virksomheden LKF i 2016 ændrede navn til GVCO A/S, hvorfor virksomheden i det følgende benævnes GVCO.²⁰⁵

4.1.4.2.4.1 Hvad udspillede konkurrencen sig om?

I lighed med konkurrencemyndighedernes afgørelser bestod konkurrentproblematikken i denne dom af to led. For det første var spørgsmålet, om konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud eller tillige om de enkelte distrikter, og for det andet om Eurostar og GVCO havde den fornødne kapacitet til selv at udføre den opgave, som konkurrencen udspillede sig om.

4.1.4.2.4.1.1 Virksomhedernes synspunkter

Eurostar og GVCO's synspunkter for Sø- og Handelsretten var i høj grad en uddybning af de argumenter, som parterne havde fremført for konkurrencemyndighederne. I det følgende fremhæves derfor alene de for afgørelsen væsentligste synspunkter.

¹⁹⁹ *Ibid.*, s. 17

²⁰⁰ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015, pkt. 562 og 569

²⁰¹ Konkurrenceankenævnet, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, 11. april 2016, s. 17

²⁰² U.2019.102SH

²⁰³ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 300

²⁰⁴ U.2019.102SH, s. 2, v. sp.

²⁰⁵ *Ibid.*, s. 1, h. sp.

4.1.4.2.4.1.1.1 Teoretisk mulighed for delbud

Eurostar og GVCO gentog for det første deres synspunkt om, at konkurrencen ikke udspillede sig om delopgaverne, men derimod om det samlede udbud. Eurostar lagde i den forbindelse afgørende vægt på, at det ud fra en kommerciel betragtning ikke var en realistisk mulighed at afgive delbud, fordi virksomheden da skulle tilbyde en uforholdsmæssig stor rabat for at kunne vinde over dem, der bød på flere distrikter og dermed havde mulighed for at give en samlerabat. Med andre ord var det Eurostars opfattelse, at det var en for unuanceret og forenklet tilgang til spørgsmålet om, hvad konkurrencen udspillede sig om, kun at lægge vægt på udbudsmaterialets blotte mulighed for at afgive delbud.²⁰⁶ Tilsvarende betragtninger anførtes af GVCO.²⁰⁷

4.1.4.2.4.1.1.2 Forventningen om, at konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave

GVCO anførte desuden, at virksomhederne *opfattede* konkurrencen om den samlede opgave som det relevante konkurrenceparameter, selvom teksten i udbudsmaterialet ikke stillede et egentligt krav om, at der skulle bydes på hele opgaven.²⁰⁸ Herved tillagde GVCO virksomhedernes subjektive forhold en vis betydning for vurderingen af, om parterne var konkurrenter eller ej.

Herefter argumenterede GVCO for, hvorfor de med rette var af den opfattelse, at konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud. De pointerede først og fremmest, at Vejdirektoratet i 2012 ændrede udbudsform ved, at de i stedet for at gennemføre mange enkeltudbud samlede udbuddene i landsdækkende totalentrepriser. Baggrunden for dette skift var som nævnt en rapport udarbejdet af konsulentvirksomheden McKinsey, der identificerede en en-leverandør-strategi som optimal for myndigheden.²⁰⁹

Også Eurostar anførte i sine anbringender, at de blandt andet på grund af erfaringer fra de to tidligere udbud, der begge blev vundet ved ét samlet bud, ikke havde grund til at forvente, at konkurrencen ikke også denne gang ville udspille sig om det samlede udbud.²¹⁰

4.1.4.2.4.1.2 Konkurrencerådets synspunkter

KR gentog også i vidt omfang sin argumentation fra sagens behandling hos KAN.²¹¹ Hertil kom, at de afviste synspunktet om, at virksomhedernes subjektive opfattelse af, at konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud, kunne tillægges betydning.²¹² Der er dermed forskel på henholdsvis virksomhedernes og KR's opfattelse af, i hvilket omfang vurderingsgrundlaget er af rent objektiv karakter eller om, der også er rum for at inddrage mere subjektive faktorer.

4.1.4.2.4.1.3 Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat

Sø- og Handelsretten fastslog i sin afgørelse, at udbudsmodellen i sig selv tilskyndede virksomhederne til at afgive et samlet bud. I sin begrundelse herfor fremhævede retten, at udbudsmaterialet i overensstemmelse med McKinsey's anbefalinger muliggjorde bud på såvel enkelte distrikter som på den samlede opgave, men at de, der afgav bud på mere end et distrikt, netop havde mulighed for at tilbyde en rabat.²¹³ Det er herved klart, at retten tilsluttede sig Eurostars og GVCO's synspunkt om,

²⁰⁶ *Ibid.*, s. 34, h. sp. – 36, v. sp.

²⁰⁷ *Ibid.*, s. 54, v. sp. og s. 55, h. sp.

²⁰⁸ *Ibid.*, s. 56, v. sp.

²⁰⁹ *Ibid.*, s. 54, h. sp. – 55, v. sp.

²¹⁰ *Ibid.*, s. 36, v. sp.

²¹¹ *Ibid.*, s. 77, v. sp.

²¹² *Ibid.*, s. 77, h. sp.

²¹³ *Ibid.*, s. 82, h. sp.

at det konkrete udbud var udformet på en sådan måde, at konkurrencen reelt udspillede sig om bud på den samlede opgave. Afgørelsen er dermed udtryk for, at det er uden betydning, at et udbud giver mulighed for delbud, når det konkrete udbuds udformning giver virksomhederne et særligt incitament til at afgive et bud på hele opgaven.

Retten fastslog således eksplicit, at selvom en virksomhed havde kapacitet til at byde på enkelt-distrikter i vejmarkeringsudbuddet, så var det ikke i strid med KRL, at virksomheden indgik en aftale med en anden virksomhed om at afgive et fælles bud på den samlede opgave. Det forudsatte dog, at virksomheden ikke også selv kunne byde på den samlede opgave.²¹⁴ SØ- og Handelsrettens tilgang til, hvornår to virksomheder er konkurrenter, adskiller sig dermed fra både KR's og KAN's, idet begge myndigheder fandt, at når virksomhederne havde tilstrækkelig kapacitet til at afgive bud på en del af opgaven, så var et fælles bud på den samlede opgave omfattet af forbuddet i KRL § 6.

4.1.4.2.4.1.3.1 Havde virksomhederne kapacitet til at byde på den samlede opgave?

Eftersom det var SØ- og Handelsrettens opfattelse, at konkurrencen udspillede sig om det samlede udbud, blev det afgørende for konkurrentspørgsmålet, om Eurostar og GVCO havde kapacitet til – aktuelt eller potentielt – at byde på den samlede opgave.

Retten indledte med at konstatere, at bevisbyrden for, at parternes egne kapacitetsberegninger ikke kunne lægges til grund, påhvilede konkurrencemyndighederne. Herefter konkluderede de, at myndighederne ikke havde løftet denne bevisbyrde. Det var der ifølge domstolen flere årsager til.²¹⁵

For det første hvilede konkurrencemyndighedernes synspunkt om, at virksomhederne kunne have løftet opgaven hver især, på hypotetiske antagelser om, at der kunne anskaffes yderligere mandskab og maskiner.

For det andet var det efter SØ- og Handelsrettens opfattelse ikke berettiget at nægte virksomhederne at reservere kapacitet til deres fremtidige opgaver fra kernekunder sådan, som konkurrencemyndighederne havde gjort det. Ifølge retten måtte det være tilladt for en virksomhed at indregne ressourcer til kunder, der efter virksomhedens egne erfaringer afgiver ordrer, som det vil være forretningsmæssigt uforvarsligt ikke at kunne udføre. Som anført i afsnit 4.1.4.2.2.2 var udgangspunktet ifølge KR's afgørelse, at disse opgaver ikke skulle medregnes. SØ- og Handelsrettens afgørelse afviger således også på dette punkt fra KR's.

SØ- og Handelsrettens afgørelse er kommenteret af Erik Kjær-Hansen og Josephine Alsing.²¹⁶ Ifølge forfatterne er afgørelsen udtryk for en anerkendelse af behovet for at finde en balance mellem de forskellige interesser, der er på spil i sager om fælles bud. På den ene side er der et hensyn til, at en samordning af tilbud kan stride mod konkurrenceretten. På den anden side bør det være lovligt for virksomheder at operere og konkurrere mod hinanden på grundlag af sunde og realistiske forretningsmæssige principper. Dermed er SØ- og Handelsrettens afgørelse udtryk for en pragmatisk tilgang til spørgsmålet om, hvornår fælles bud konflikter med konkurrencelovgivningen.²¹⁷

4.1.4.2.4.1.3.2 Særligt om bevisbyrden

Som anført fastslog SØ- og Handelsretten eksplicit, at det påhvilede konkurrencemyndighederne at godtgøre, at virksomhedernes kapacitetsberegninger ikke var retvisende. Spørgsmålet om, hvilken

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Det bemærkes, at Erik Kjær-Hansen repræsenterede LKF/GVCO under sagens behandling.

²¹⁷ Kjær-Hansen, Erik m.fl., *Danish Court: Consortium Agreement and Joint Bidding Permissible under Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, Issue 4, 2019, s. 245, h. sp.

part, der har bevisbyrden for, at virksomhederne var i stand til at byde på opgaven alene, er også omtalt i litteraturen.

I artiklen, der er nævnt ovenfor, synes forfatterne at tilslutte sig dommens standpunkt, idet de henviser til, at dommen er i overensstemmelse med art. 2 i Rådets forordning Nr. 1/2003, der fastslår, at bevisbyrden for en overtrædelse af TEUF art. 101, stk. 1 påhviler den part eller myndighed, der gør krænkelsen gældende. Herefter konkluderer de, at det i kartelsager vil være den nationale konkurrencemyndighed eller Kommissionen, som har bevisbyrden.²¹⁸

Jonathan Faull og Ali Nikpay forholder sig også til spørgsmålet om bevisbyrden for overtrædelse af TEUF art. 101, stk. 1. Disse forfatters bemærkninger vedrører dog ikke specifikt, hvem der har bevisbyrden for, at virksomhederne er konkurrenter, idet de blot generelt drøfter, hvem der har bevisbyrden i kartelsager. I den forbindelse konkluderer forfatterne ligeledes med henvisning til den ovennævnte forordnings art. 2, at bevisbyrden for overtrædelse af TEUF art. 101, stk. 1 påhviler Kommissionen. Med støtte i praksis fra EU-Domstolen pointerer forfatterne dog, at bevisbyrden kan vendes i visse tilfælde. Det er aktuelt i situationer, hvor myndigheden fremkommer med beviser af en sådan karakter, at der kræves en forklaring fra virksomhederne.²¹⁹

Forfatternes synspunkt er dermed også i tråd med Sø- og Handelsrettens afgørelse, der dog ikke udtrykkeligt nævner muligheden for at vende bevisbyrden, hvilket imidlertid kan hænge sammen med, at det ikke fandtes relevant i sagen.

4.1.4.2.5 Højesterets afgørelse

Den sidste instans, der traf afgørelse i *Vejmarkeringssagen*, var Højesteret. Dommen blev afsagt d. 27. november 2019.²²⁰ Eurostar og GVCO påstod begge stadfæstelse af Sø- og Handelsrettens dom, mens KR påstod frifindelse, subsidiært hjemvisning til fornyet behandling hos KAN.

4.1.4.2.5.1 Parternes synspunkter

KR anførte først og fremmest, at Eurostar og GVCO var aktuelle konkurrenter, fordi de hver især kunne byde på mindst ét distrikt. Hvis Højesteret ligesom Sø- og Handelsretten dog måtte finde, at det afgørende var, om virksomhederne kunne byde på samtlige distrikter, påpegede KR, at Højesteret ikke skulle tage stilling til KR's kapacitetsberegninger, men i stedet skulle hjemvise sagen til KAN. Dette skal ses i sammenhæng med, at KR mente, at deres kapacitetsberegninger ikke var en del af sagsgenstanden for domstolene, fordi KAN ikke havde taget stilling til beregningerne, idet de ikke fandt det fornødent, jf. ovenfor i afsnit 4.1.4.2.3.2. Der blev her henvist til princippet i KRL § 20.²²¹

Eurostar og GVCO var derimod af den opfattelse, at princippet i KRL § 20 ikke afskar Højesteret fra at vurdere KR's og virksomhedernes kapacitetsberegninger.²²² Om sagens materielle spørgsmål gentog virksomhederne, at de ikke var konkurrenter i relation til udbuddet, fordi konkurrencen reelt udspillede sig om den samlede opgave.²²³

²¹⁸ *Ibid.*, s. 244, v. sp.

²¹⁹ Faull, Jonathan m.fl., *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition*, 3. udg., 2014, s. 1234-1235. Se ligeledes Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 6

²²⁰ Højesterets dom, afsagt den 27. november 2019, sag 191/2018

²²¹ *Ibid.*, s. 2

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*, s. 7

4.1.4.2.5.2 Højesterets begrundelse og resultat

Højesteret fastslog indledningsvist, at princippet i KRL § 20 ikke var til hinder for, at Højesteret kunne træffe afgørelse om spørgsmål, som KR havde taget stilling til, men som KAN ikke havde behandlet. Dermed forkastede Højesteret KR's synspunkt og fandt, at domstolen kunne prøve kapacitetsberegningerne i KR's afgørelse.

Dernæst angav Højesteret udtrykkeligt sin fremgangsmåde i sagen, idet retten anførte, at der var tre hovedspørgsmål. Det første spørgsmål var, om GVCO og Eurostar var konkurrenter. Hvis dette var tilfældet, ville retten vurdere, om aftalen mellem virksomhederne havde til formål at begrænse konkurrencen. Såfremt aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, måtte der endeligt tages stilling til, om aftalen var fritaget efter KRL § 8 og TEUF art. 101, stk. 3.²²⁴ Det er alene det første spørgsmål, som behandles i nærværende afsnit.

Ved sin stillingtagen til, om Eurostar og GVCO var konkurrenter i relation til Vejdirektoratets udbud, indledte Højesteret med at klargøre, hvad det afgørende kriterium for bedømmelsen var. Her henviste retten både til forarbejderne til KRL § 6 og til Kommissionens retningslinjer om horisontale samarbejdsaftaler, hvoraf det fremgår, at virksomheder ikke er konkurrenter, hvis de ikke hver især er i stand til at klare den udbudte opgave. Det centrale spørgsmål var derfor, om Eurostar og GVCO havde kapacitet til at klare vejmarkeringsopgaven selv.²²⁵

I overensstemmelse med Kommissionens retningslinjer om horisontale samarbejdsaftaler skulle bedømmelsen heraf ifølge Højesteret ske på et objektivt grundlag ud fra de krav, der var stillet i udbudsmaterialet. Det betød samtidig, at det ikke kunne tillægges betydning, at udbudsbetingelserne, de tidligere udbud og andre forhold efter virksomhedernes opfattelse tilskyndede til at afgive et samlet bud.

Højesteret bemærkede udtrykkeligt, at der ikke var holdepunkter for at fastslå, at den særlige rabatstruktur i udbudsmaterialet medførte, at konkurrencen kun angik den samlede opgave. Det understøttedes af, at de to andre tilbudsgivere kun bød på henholdsvis et og to distrikter.²²⁶

Det var således for Højesteret afgørende, at udbuddet rettede sig mod alle, som kunne afgive bud på bare ét distrikt (delbud). Anderledes forholdt det sig som nævnt hos SØ- og Handelsretten, der ikke fandt dette eneafgørende. SØ- og Handelsretten så således ikke udelukkende på, om udbudsmaterialet objektivt set gav mulighed for delbud eller ej, men anlagde en mere konkret vurdering af, om udbuddet gav et særligt incitament til at byde på samtlige opgaver. En afgørende forskel mellem Højesteret og SØ- og Handelsretten er dermed, om der er rum for at tillægge det betydning i konkurrentvurderingen, at udbuddets udformning - herunder navnlig rabatstrukturen - tilskyndede til bud på den samlede opgave.

Ved sin vurdering af, om Eurostar og GVCO var konkurrenter, fremhævede Højesteret desuden, at virksomhederne var blandt de største aktører på markedet for vejmarkering samt, at de opererede i samme omsætningsled og på samme relevante marked.²²⁷ Det kan imidlertid overvejes, hvad Højesteret mente med disse bemærkninger. Heidi Sander Løjmand anfører, at Højesteret herved pointerer, at virksomhederne var konkurrenter på det traditionelle relevante marked. Hun stiller dog herefter

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, s. 8

²²⁷ *Ibid.*, s. 8

spørgsmålstegn ved, hvilken betydning det har for konkurrentvurderingen i relation til et konkret udbud.²²⁸ Hverken dette spørgsmål eller spørgsmålet om, hvad Løjmand præcist mener med begrebet ”det traditionelle relevante marked” besvares i artiklen, hvorfor den ikke bidrager til yderligere afklaring.²²⁹

For så vidt angår virksomhedernes kapacitet bemærkede Højesteret kortfattet, at de begge ubestridt kunne have budt på i hvert fald et af de tre distrikter. På denne baggrund tiltrådte Højesteret KAN's afgørelse om, at de to virksomheder var konkurrenter i KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1's forstand.²³⁰

4.1.4.2.6 Delkonklusion – Vejmarkeringssagen

Et endeligt punktum i *Vejmarkeringssagen* har været over fire år undervejs. Da konkurrencemyndighederne og Sø- og Handelsretten ikke anlagde samme vurdering af sagen, var Højesterets stillingtagen særdeles betydningsfuld for både den konkrete sag og for andre for sager, hvor udbudsmaterialet giver mulighed for både at afgive delbud og bud på hele opgaven.

Med Højesterets afgørelse blev der lagt afstand til Sø- og Handelsrettens retlige vurdering af konkurrentspørgsmålet, og retsstillingen efter afgørelsen er dermed, at virksomheder, der afgiver et fælles bud på hele den udbudte opgave, er konkurrenter i KRL § 6 og TEUF art. 101's forstand, hvis de hver især er i stand til at afgive delbud på opgaven. Det er derved uden betydning, at de ikke alene kunne byde på den samlede opgave, som de netop er gået sammen for at byde på.

4.1.4.3 Ski Taxi/Follo Taxi-sagen

4.1.4.3.1 Sagsforløbet

Det er ikke kun i dansk regi, at der er taget stilling til, hvornår et fælles bud er i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen. Få år inden de danske konkurrencemyndigheder traf afgørelse i *Vejmarkeringssagen*, blev en lignende sag behandlet i Norge hos Konkurransetilsynet (i det følgende KT).²³¹ I denne sag havde Oslo Universitetssykehus HF (i det følgende Sykehuset) gennemført to udbud om patientkørsler i en række distrikter i Norge. Udbuddene var udformet således, at det var muligt at byde på ét eller flere områder. På dette punkt svarede udbuddets form til Vejdirektoratets udbud i *Vejmarkeringssagen*. Tildelingskriteriet var dog her anderledes end i *Vejmarkeringssagen*, idet opgaven blev tildelt på baggrund af både pris og kvalitet fordelt med 50% til hver. I afgørelsen omtales det desuden ikke, om der var mulighed for at tilbyde en rabat, såfremt virksomheden tildeltes flere distrikter end ét.²³²

Selskabet Ski Follo Taxi AS (i det følgende SFD) afgav bud på områderne Søndre og Nordre Follo i det første udbud. Tilbuddet blev afgivet på vegne af de to virksomheder Follo Taxi SA og Ski Taxi SA (i det følgende Follo Taxi og Ski Taxi), som hver ejede halvdelen af SFD. Follo Taxi og Ski Taxi drev begge virksomhed med taxikørsel og havde oprettet driftsselskabet med det formål at varetage

²²⁸ Løjmand, Heidi Sander, *The Danish Supreme Court's ruling in the "Road Marking Case": the end of a joint bidding era*, 2019, afsnit 4. Comment, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2019/11/28/the-danish-supreme-courts-ruling-in-the-road-marking-case-the-end-of-a-joint-bidding-era-guest-post-by-heidi-sander-ljmand-msc> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

²²⁹ I en afgørelse fra retten i Glostrup af d. 24. september 2019 undersøgte retten ligeledes i sin vurdering efter KRL § 6, om virksomhederne normalt var konkurrenter. Det fremhæves således, at de to virksomheder (Bjerregaard Sikkerhed A/S og Bacher Logistics A/S), der havde afgivet individuelle tilbud på hhv. hele udbuddet (arbejdstøj og logistik) og en del af udbuddet, ikke normalt var konkurrenter, idet den ene virksomhed beskæftigede sig med logistik, mens den anden virksomhed havde specialiseret sig i fodtøj.

²³⁰ Højesterets dom, afsagt den 27. november 2019, sag 191/2018, s. 8

²³¹ Borgarting lagmannsrett dom, afsagt den 17. marts 2015, sagsnr. 13-075034ASD-BORG/01

²³² *Ibid.*, s. 3 ff. og 16

administrative fællesfunktioner for ejerne. SFD havde også tidligere afgivet bud på opgaver og havde været aftalepart i disse kontrakter, mens de to selskaber fungerede som underleverandører.²³³

Da SFD var den eneste, der bød på områderne Søndre og Nordre Follo, valgte Sykehuset at aflyse udbuddet for disse områder. Kort tid efter gennemførte Sykehuset det andet udbud, der alene vedrørte patientkørsel i området Follo. SFD bød også ved dette udbud på vegne af de to selskaber.²³⁴

Som nævnt blev sagen i første omgang behandlet af KT. Selvom de modtog en henvendelse fra Sykehuset allerede efter det første udbud, omfattede KT's undersøgelser også det andet udbud. I juli 2011 traf KT afgørelse om, at SFD's fælles bud i både udbud 1 og 2 var i strid med konkurranseloven. Follo Taxi og Ski Taxi indbragte herefter sagen for Follo tingrett, der ophævede KT's afgørelse. Denne afgørelse blev dog anket af KT til Borgarting lagmannsrett, der traf afgørelse den 17. marts 2015.²³⁵ Umiddelbart nedenfor behandles Borgarting lagmannsretts (i det følgende lagmannsretten) afgørelse (se bilag 1).²³⁶

4.1.4.3.2 Borgarting lagmannsretts afgørelse

Tvisten i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* er i høj grad sammenfaldende med tvisten i *Vejmarkeringssagen*: Er to virksomheder konkurrenter, selvom de ikke var i stand til at byde på den samlede opgave hver for sig, men alene havde kapacitet til at udføre en delopgave?

For at besvare dette spørgsmål måtte lagmannsretten tage stilling til, om konkurrencen udspillede sig om den samlede opgave eller, om den tillige udspillede sig om de enkelte ruter. Derudover var det afgørende, hvad virksomhedernes kapacitet rakte til. *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* frembrød dog også en yderligere problemstilling, som ikke var aktuel i *Vejmarkeringssagen*. Det var således også omtvistet, om en aftale om et fælles bud kun er lovlig, når begge virksomheder ikke kan klare opgaven selv, eller om aftalen også kan være lovlig, når bare én virksomhed ikke kan byde på opgaven.

Lagmannsretten fastslog indledningsvist, at det som hovedregel ikke er tilladt, at konkurrenter afgiver et fælles bud på en opgave. Dette gælder dog ikke, såfremt virksomhederne ikke kunne afgive individuelle bud, da samarbejdet i så fald er objektivt nødvendigt. Der var mellem KT og virksomhederne ikke uenighed om, at dette var det afgørende kriterium. Spørgsmålet var dog, hvorledes dette kriterium skulle anvendes i den konkrete sag.²³⁷

4.1.4.3.2.1 Hvad udspillede konkurrencen sig om?

KT anførte for lagmannsretten, at det afgørende for, om aftalen mellem Follo Taxi og Ski Taxi var lovlig, var, om virksomhederne hver især var i stand til at byde *enten* helt *eller* delvist på opgaven. Dermed var det KT's opfattelse, at virksomhederne var konkurrenter, hvis bare de kunne afgive et delbud. KT præciserede herefter, at vurderingen skulle tage afsæt i udbudsmaterialets krav, og at udbuddet ikke stillede krav om, at de bydende taxiselskaber skulle have kapacitet til at påtage sig opgaven for alle områder.²³⁸

²³³ *Ibid.*, s. 2-3

²³⁴ *Ibid.*, s. 4-5

²³⁵ *Ibid.*, s. 6

²³⁶ Konkurransetilsynets og tingrettens afgørelser er ikke behandlet i nærværende speciale som følge af dets begrænsede antal sider.

²³⁷ Borgarting lagmannsrett dom, afsagt den 17. marts 2015, sagsnr. 13-075034ASD-BORG/01, s. 14

²³⁸ *Ibid.*, s. 7-8

Follo Taxi og Ski Taxi bestred ikke, at der måtte tages udgangspunkt i kravene i udbudsmaterialet ved vurderingen af, om de kunne udføre opgaven hver for sig. Lagmannsretten tog derfor ikke overraskende afsæt i udbudsmaterialet og fastslog her i modsætning til Follo tingrett, at det ikke var en betingelse ifølge udbudsmaterialet, at den enkelte byder skulle have kapacitet til at dække patientkørslen i samtlige områder. Lagmannsretten fandt desuden ikke, at konkurrencen lagde op til, at én tilbudsgiver skulle tildeles alle områder.²³⁹ Med andre ord fandt retten ikke, at konkurrencen reelt kun udspillede sig om det samlede udbud.

Som nævnt ovenfor kom den danske Højesteret frem til samme resultat i den senere sag om vejmarkering. Til forskel fra den norske sag var spørgsmålet i *Vejmarkeringssagen* dog knyttet op på, om udbuddets særlige rabatstruktur medførte, at udbuddet kun vedrørte det samlede udbud. Det var netop rabatstrukturen, som Sø- og Handelsretten havde henvist til som begrundelse for, at konkurrencen ikke også udspillede sig om delbud.

4.1.4.3.2.2 Er det nok, at kun en virksomhed kan byde selv?

Da virksomhederne ikke havde bestridt, at Follo Taxi kunne afgive bud på egen hånd, anførte domstolen, at der måtte tages stilling til, om samarbejdet kunne være lovligt, hvis bare den ene virksomhed var ude af stand til at klare opgaven alene.²⁴⁰

De to taxivirksomheder havde anført, at det var uklart, om det var tilstrækkeligt til aftalens lovlighed, at kun den ene part ikke kunne byde alene. De henviste her til, at retningslinjerne fra konkurrencemyndighederne i både EU og EFTA ikke gav et klart svar på spørgsmålet. Imidlertid argumenterede de for, at både den norske konkurrencevejledning, litteraturen, en betænkning udarbejdet af to professorer og reelle hensyn talte for, at samarbejdet var lovligt, selvom det kun var den ene virksomhed, der ikke kunne klare opgaven selv.²⁴¹

I sin stillingtagen til dette henviste lagmannsretten til, at KT i forbindelse med udarbejdelsen af en ny vejledning havde indhentet en udtalelse fra to professorer, der konkluderede, at et fælles bud som udgangspunkt var lovligt, når bare den ene af virksomhederne ikke kunne byde alene. Det gjaldt dog ikke i de tilfælde, hvor samarbejdet udelukkede alternative samarbejder. Lagmannsretten mente desuden, at den nye vejledning fulgte denne konklusion. Derfor anførte den, at et fælles bud ikke stred mod konkurranseloven, når kun den ene ikke kunne klare opgaven, medmindre samarbejdet afskar andre mulige samarbejder. Det skal dog allerede her bemærkes, at lagmannsretten i forlængelse heraf pointerede, at den ikke fandt det nødvendigt at tage endelig stilling til, om et samarbejde var lovligt i det tilfælde, hvor kun den ene part kunne afgive et bud. Det skyldes, at lagmannsretten i den konkrete sag konkluderede, at både Follo Taxi og Ski Taxi kunne klare opgaven selv, jf. nærmere herom nedenfor.²⁴²

Spørgsmålet om, hvorvidt et samarbejde kan være lovligt, selvom kun den ene virksomhed er ude af stand til at klare opgaven selv, har tidligere været aktuelt i dansk praksis. Temaet blev således indirekte berørt i *Catering-sagen*, som er omtalt ovenfor i afsnit 4.1.3.2. I denne sag anførte KS netop, at:

²³⁹ *Ibid.*, s. 17

²⁴⁰ *Ibid.*, s. 14

²⁴¹ *Ibid.*, s. 10

²⁴² *Ibid.*, s. 15-16

“Det er derfor spørgsmålet, om ikke *i det mindste den ene af aftaleparterne* (...) ville finde det rentabelt – i det mindste på lidt længere sigt – at gøre det samme [at levere landsdækkende], hvis samarbejdsaftalen ikke eksisterede.” (Vores fremhævelser)²⁴³

I de danske konkurrencemyndigheders vejledning om konsortiesamarbejde er problemet ligeledes omtalt. Heri henvises der først og fremmest til den svenske sag *Däckia/Euromaster*, hvor den ene virksomhed, Däckia, var i stand til at byde på leveringsopgaven selv, mens den anden virksomhed, Euromaster, ikke var.²⁴⁴ Her fandtes samarbejdsaftalen at være ulovlig, fordi Euromaster kunne have indgået et mindre vidtgående samarbejde med en anden virksomhed.²⁴⁵ Disse betragtninger svarer til dem, som lagmannsretten anførte i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen*.

Både den svenske og den norske domstol lader det således indgå i vurderingen af aftalen, om et alternativt samarbejde kunne være muligt. Dette må forklares med, at hvis den virksomhed, der ikke kunne byde selv, kunne indgå i et mindre vidtgående samarbejde med en anden virksomhed, så ville der fremkomme ét yderligere bud på opgaven.

Der findes ikke megen litteratur om problemstillingen, men der fremføres dog enkelte bemærkninger herom hos Cyril Ritter. Hans artikel kan mest nærliggende forstås således, at det ikke udgør en krænkelse af TEUF art. 101, stk. 1, når det kun er den ene virksomhed i konsortiet, der er i stand til at byde på opgaven selv, idet han anfører, at:

”If one of them [virksomhederne] does not have “real concrete possibilities” of bidding, it is not a competitor, and therefore there is no competition to restrict.”²⁴⁶

Foruden litteraturen er det naturligvis også relevant at undersøge, om forarbejderne til den danske konkurrencelov omtaler problemstillingen. I forarbejderne til 1997-loven anføres det imidlertid blot, at aftaler om afgivelse af fælles bud ikke er konkurrencebegrænsende, hvis *ingen* af virksomhederne alene ville have kunnet klare opgaven.²⁴⁷ Denne udtalelse er ikke kontroversiel, idet der ikke i samme grad hersker tvivl om retsstillingen, når samtlige virksomheder ikke kan byde selv. Med denne passus er der imidlertid ikke taget stilling til, hvordan retsstillingen er, når kun den ene ikke kan byde selv. Problemet var som bekendt heller ikke aktuelt i den nylige højesteretsafgørelse *Vejmarkeringssagen*, idet Højesteret her fandt, at begge virksomheder kunne have budt på (dele af) opgaven alene. Det kan derfor ikke uden videre konkluderes, hvordan retsstillingen i Danmark er, når den ene virksomhed kan byde på opgaven selv, mens den eller de øvrige virksomheder ikke kan.

4.1.4.3.2.3 Havde Ski Taxi kapacitet til at byde på enkelte områder?

For lagmannsretten resterede spørgsmålet om, hvorvidt Ski Taxi havde den fornødne kapacitet til at byde selv. Efter at have konkluderet, at det ikke var en betingelse, at Ski Taxi kunne dække samtlige områder i udbuddet, vurderede retten, om virksomheden havde kapacitet til at byde på et enkelt område selv. I den forbindelse påpegedes det, at en virksomhed ikke er ude af stand til at byde alene blot fordi, den ikke vil vinde udbuddet og blive tildelt 1. prioritet på opgaven.²⁴⁸ Dette standpunkt er på linje med konkurrencemyndighedernes i *Vejmarkeringssagen* samt betragtningerne hos Christopher

²⁴³ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, 26. november 2003, s. 11

²⁴⁴ Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag*

²⁴⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2018, s. 21-22. Udkastet til den nye vejledning om fælles bud fra 2020 lægger ikke op til en ændring på dette punkt.

²⁴⁶ Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 7

²⁴⁷ FT 1996-97, Tillæg A, p. 3659, v. sp.

²⁴⁸ Borgarting lagmannsrett dom, afsagt den 17. marts 2015, sagsnr. 13-075034ASD-BORG/01, s. 18

Thomas og Cyril Ritter, der ligeledes anfører, at det faktum, at konsortieaftalen øger vinderchancerne, ikke har betydning for spørgsmålet om, hvorvidt aftalen er lovlig, se afsnit 4.1.4.2.2.1.1. Konklusionen på rettens vurdering af Ski Taxis kapacitet var, at virksomheden kunne have afgivet et bud på mindst et af områderne i begge udbud. Derfor var virksomhederne konkurrenter.²⁴⁹

4.1.4.3.3 Høyesteretts afgørelse

Lagmannsrettens afgørelse blev indbragt for Høyesterett, der traf afgørelse d. 22. juni 2017.²⁵⁰ Sagsstanden blev begrænset således, at retten alene skulle tage stilling til, om aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål.²⁵¹ Som led heri fastslog domstolen imidlertid, at konkurrencepresset bortfalder, hvis to virksomheder, der hver især har mulighed for at afgive et tilbud på en opgave, i stedet går sammen. Et sådant fælles tilbud vil kunne medføre ringere vilkår for ordregiveren end, hvis de to havde afgivet bud hver for sig. Efter disse udtalelser tilsluttede retten sig lagmannsrettens vurdering af den konkrete sag, idet den konkluderede, at Follo Taxis og Ski Taxis samarbejde var skadeligt for konkurrencen.²⁵²

4.1.4.3.3.1 Betydningen af samarbejdsformen (joint venture)

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen adskiller sig fra *Vejmarkeringssagen* derved, at rammerne for virksomhedernes samarbejde var et selvstændigt selskab – et joint venture. Det blev da også anført af Eurostar og GVCO for Sjø- og Handelsretten, at resultatet i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* ikke kunne overføres på deres samarbejde blandt andet fordi, der i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* var tale om et vedvarende samarbejde om at give fælles bud gennem et fælles selskab, der var oprettet med netop dette formål.²⁵³

Denne forskel synes dog ikke at ændre på konkurrentvurderingen, da vurderingen hos domstolene i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* fortsat angik, om de virksomheder, der kontrollerede det fælles selskab, var konkurrenter.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortiesamarbejde nævner ikke joint venture-samarbejde specifikt. Den anfører dog generelt, at det typisk vil være forbudt at have en fast konsortiepartner i det omfang, at samarbejdet går videre end nødvendigt i forhold til de enkelte udbud, fordi konkurrentvurderingen altid skal foretages konkret fra udbud til udbud.²⁵⁴ Dette kan selvsagt særligt være aktuelt ved joint ventures, der er etableret med henblik på løbende at afgive fælles tilbud på vegne af de ejende selskaber.

4.1.4.4 Delkonklusion

Ud fra ovenstående analyse kan det først og fremmest konkluderes, at det afgørende kriterium for konkurrentvurderingen i sager om fælles bud er, om de involverede virksomheder kunne byde på den konkrete opgave selv. Dermed er de her behandlede afgørelser i overensstemmelse med dem, hvor udbudsmaterialet alene gav mulighed for at byde på den samlede opgave, jf. ovenfor i afsnit 4.1.3.

²⁴⁹ *Ibid.*, s. 20

²⁵⁰ Norges Høyesteretts dom, afsagt den 22. juni 2017, sagsnr. 2015/1026

²⁵¹ *Ibid.*, pkt. 18

²⁵² *Ibid.*, pkt. 45-46

²⁵³ U.2019.102SH, s. 42, h. sp. og s. 60, v. sp.

²⁵⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2018, s. 9-10. Udkastet til den nye vejledning om fælles bud fra 2020 lægger ikke op til en ændring på dette punkt.

Af større interesse er det dog, at det tillige på baggrund af sagerne kan konstateres, at vurderingen af, om virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter, tilføres en yderligere dimension, når udbudsmaterialet tillader bud på både hele opgaven og dele heraf. I alle afgørelserne rejses således spørgsmålet om, hvorvidt konkurrentvurderingen skal baseres på, om virksomhederne kunne have budt på hele udbuddet eller dele af udbuddet, når det fælles bud vedrører den samlede opgave. Med sin afgørelse i *Vejmarkeringssagen* afklarede Højesteret imidlertid den tvivl, der øjensynligt herskede om spørgsmålet.

På baggrund af Højesterets afgørelse kan det konkluderes, at retsstillingen i Danmark er, at virksomheder, der afgiver et fælles bud på hele den udbudte opgave, er konkurrenter, selvom de alene kunne have budt på dele af udbuddet individuelt. Herved tilslutter Højesteret sig den opfattelse, der også tidligere blev gjort gældende af KR i *Skive og Omegns Vognmandsforening*, ligesom den også er på linje med den norske *Ski Taxi/Follo Taxi-sag*.

4.2 Den nærmere til formåls- og til følge-vurdering ved konsortieaftaler

4.2.1 Indledende bemærkninger

Som allerede nævnt ovenfor er analysen af, hvornår aftaler om afgivelse af fælles bud begrænser konkurrencen i strid med KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1, toledet. Den første del, som er behandlet ovenfor, vedrører spørgsmålet om, hvornår virksomheder, der afgiver et fælles bud, er konkurrenter i forhold til udbuddet. På grundlag heraf undersøges det i anden del af analysen, hvad der lægges vægt på ved vurderingen af, om en aftale om et fælles bud har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Indledningsvist skal det bemærkes, at det er anført i litteraturen, at det spiller en betydelig rolle for til formåls- og til følge-vurderingen af en konsortieaftale, at de involverede virksomheder er konkurrenter. I fremstillingen ”Konkurrenceloven med kommentarer” fremhæves det således, at det afgørende for, om en aftale om at afgive et fælles bud har til *formål* at begrænse konkurrencen eller ej, er, om aftaleparterne er konkurrenter – enten aktuelle eller potentielle. Er virksomhederne konkurrenter må aftalen ifølge forfatterne karakteriseres som en til formåls-aftale, fordi aftaler om fælles bud typisk omfatter koordinering af priser og opdeling af markeder, hvilket er alvorlige begrænsninger af den konkurrence, der ellers består mellem tilbudsgiverne. Herved tydeliggør forfatterne for det første, at aftaler om fælles bud mellem konkurrenter må ansues som til formåls-overtræder, og for det andet, at begrundelsen herfor er, at sådanne aftaler nødvendigvis indebærer en aftale om prisfastsættelse eller markedsopdeling.²⁵⁵

Det er imidlertid også relevant at undersøge, hvilke forhold konkurrencemyndighederne og domstolene tillægger betydning ved vurderingen af, om et fælles bud har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, herunder særligt i hvilket omfang de vægter konstateringen af, at virksomhederne er konkurrenter. I det følgende behandles derfor flere af de afgørelser, der også er gennemgået ovenfor i afsnit 4.1.3 og 4.1.4 med henblik herpå.

4.2.2 Vejmarkeringssagen

4.2.2.1 Konkurrencerådets afgørelse

I *Vejmarkeringssagen* konkluderede Konkurrencerådet (i det følgende KR) som nævnt i afsnit 4.1.4.2.2.3, at virksomhederne Eurostar og LKF var både aktuelle og potentielle konkurrenter i for-

²⁵⁵ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 343 ff.

hold til både dele af udbuddet og det samlede udbud. KR anførte udtrykkeligt, at det herefter var relevant at undersøge, om de nærmere betingelser i KRL § 6 var opfyldte, herunder om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.²⁵⁶

Grundlæggende bestred både Eurostar og LKF, at aftalen mellem dem kunne karakteriseres som en til formåls-aftale. LKF præciserede, at den korrekte juridiske test i stedet bestod i at undersøge virkningerne af aftalen og, at aftalen i realiteten var fremmede for konkurrencen.²⁵⁷ Eurostar begrundede sit standpunkt med, at ”konkurrencebegrænsende formål” skulle fortolkes indskrænkende og, at KR i stedet havde anlagt en udvidet fortolkning af begrebet. I den forbindelse henviste Eurostar til EU-Domstolens afgørelse i *CB-dommen*.²⁵⁸

KR konstaterede indledningsvist, at aftalen mellem Eurostar og LKF indeholdt både en fastsættelse af en fælles pris for de tre distrikter og en opdeling af de enkelte distrikter mellem virksomhederne. Herefter pointerede KR, at aftaler mellem konkurrenter om at opdele markeder og/eller fastsætte priser har til formål at begrænse konkurrencen. I forlængelse heraf fremhævede de, at sådanne aftaler udtrykkeligt er oplyst i KRL § 6, stk. 2 og TEUF art. 101, stk. 1 samt, at erfaringen fra praksis og økonomisk teori viser, at prisaftaler og markedsopdelingsaftaler i sig selv er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, hvorfor de må karakteriseres som til formåls-aftaler.²⁵⁹

Med disse bemærkninger står det klart, at KR ikke tilsluttede sig virksomhedernes synspunkt om, at det var forkert at anlægge en til formåls-vurdering af aftalen.

Eurostars argument om, at ”konkurrencebegrænsende formål” skulle fortolkes indskrænkende, blev ikke afvist af KR. Dog fandt KR ikke, at de havde fortolket begrebet udvidende, men derimod at deres fortolkning var i overensstemmelse med *CB-dommen*, som Eurostar henviste til.²⁶⁰

4.2.2.1.1 Konkurrencerådets til formåls-vurdering

Efter disse indledende overvejelser fastslog KR, at de ved den konkrete vurdering af, om aftalen var tilstrækkeligt skadelig til at udgøre en til formåls-aftale, måtte forholde sig til 1) aftalens indhold, 2) de målsætninger, der søgtes gennemført med aftalen, og 3) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgik.²⁶¹ KR bemærkede hertil, at dette kriterium for til formåls-vurderingen var i overensstemmelse med det, som er lagt til grund af EU-Domstolen, se også ovenfor i afsnit 3.3.4.2.3.

4.2.2.1.1.1 Aftalens indhold

Den første faktor, som KR forholdt sig til i sin vurdering, var aftalens indhold. Eurostar og LKF anførte, at når lovligheden af aftalen mellem dem afhang af, om de kunne løfte opgaven på egen hånd, var aftalens indhold ikke af en sådan karakter, der altid var ulovlig. Derfor mente de ikke, at aftalen kunne sidestilles med aftaler, der i sagens natur begrænser konkurrencen og dermed kan karakteriseres som til formåls-aftaler.²⁶² Dette synspunkt fulgte KR imidlertid ikke.

²⁵⁶ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015, pkt. 709

²⁵⁷ *Ibid.*, pkt. 734-736

²⁵⁸ *Ibid.*, pkt. 743

²⁵⁹ *Ibid.*, pkt. 737-742

²⁶⁰ *Ibid.*, pkt. 743

²⁶¹ *Ibid.*, pkt. 744

²⁶² *Ibid.*, pkt. 745

KR lagde blandt andet vægt på, at virksomhederne havde fordelt distrikterne mellem sig, og at de ikke i forbindelse med udførelsen af arbejdet havde delt ressourcer eller bistået hinanden med kapacitet. På den baggrund gentog KR, at aftalen mellem Eurostar og LKF indeholdt en fastsættelse af en fælles pris og opdeling af markeder mellem konkurrenter, hvilket i sig selv havde til formål at begrænse konkurrencen, da det udgjorde et indgreb i de væsentligste konkurrenceparametre på markedet.²⁶³

4.2.2.1.1.2 Aftalens målsætninger

Den anden faktor, som KR forholdt sig til, var de målsætninger, der søgtes gennemført ved aftalen. KR indledte med at fastslå, at vurderingen af aftalens målsætninger var en objektiv vurdering, der ikke afhang af, om virksomhederne havde til hensigt at begrænse konkurrencen.²⁶⁴

Ved vurderingen af den konkrete aftale lagde KR vægt på, at udbuddet gav mulighed for at afgive delbud, hvorfor det ikke var nødvendigt at danne konsortiet. At virksomhederne havde oplyst, at formålet med aftalen alene var at byde på den samlede opgave, ændrede ifølge KR ikke herpå, ligesom det var uden betydning, at parternes subjektive mål var at kunne afgive et mere konkurrencedygtigt bud.

Efter af disse bemærkninger fastslog KR, at aftalen forfulgte en målsætning om at begrænse antallet af bud og, at dens objektive formål dermed var at eliminere konkurrencen om udbuddet mellem virksomhederne.²⁶⁵

4.2.2.1.1.3 Den økonomiske og retlige sammenhæng

Den sidste faktor, som KR vurderede, var den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen indgik i. KR fastslog her, at der alene skulle tages summarisk hensyn til denne faktor, fordi der var tale om en pris- og markedsopdelingsaftale. Som nævnt har EU-Domstolen netop også fastslået, at kontekstanalysen kan begrænses til det strengt nødvendige, når der er tale om en alvorlig/hardcore-konkurrencebegrænsning, se ovenfor i afsnit 3.3.4.2.5.

Sammenfattende fandt KR, at såvel den økonomiske som den retlige sammenhæng understøttede, at indholdet og målsætningerne ved aftalen begrænsede konkurrencen.²⁶⁶ Begrundelsen herfor var blandt andet, at KR vurderede, at markedet ikke var kendetegnet ved særlige forhold samt, at Eurostar og LKF var aktive i hele landet og kunne have budt på udbuddet i konkurrence med hinanden.²⁶⁷

Efter sin gennemgang af de tre faktorer konkluderede KR samlet set, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, hvorfor det ikke var nødvendigt at undersøge dens følger.²⁶⁸

4.2.2.1.1.4 Afsluttende bemærkninger til afgørelsen

På baggrund af ovenstående kan det først og fremmest konstateres, at KR tillagde den omstændighed, at Eurostar og LKF var konkurrenter, betydning ved vurderingen af, om aftalen kunne karakteriseres som en til formåls-aftale. Der henvises til, at virksomhederne var konkurrenter både ved vurderingen af aftalens indhold, ved aftalens målsætninger og ved undersøgelsen af den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen indgik i.

²⁶³ *Ibid.*, pkt. 746 ff.

²⁶⁴ *Ibid.*, pkt. 767

²⁶⁵ *Ibid.*, pkt. 777-781

²⁶⁶ *Ibid.*, pkt. 783-788

²⁶⁷ *Ibid.*, pkt. 784-786

²⁶⁸ *Ibid.*, pkt. 789

Dog var dette ikke eneafgørende for KR's konklusion om, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Det spillede også en betydelig rolle for KR's konklusion, at de anså aftalens indhold for reelt at være en fælles prissætning og opdeling af markeder som nævnt i KRL § 6, stk. 2, hvilket ifølge KR var hardcore-konkurrencebegrænsninger. At aftaler om pris og markedsopdeling er eksempler på alvorlige/hardcore-konkurrencebegrænsninger, der efter deres karakter har til formål at begrænse konkurrencen, følger også af EU-retten.²⁶⁹

Afgørelsen er dog alligevel væsentlig, fordi den sidestiller et fælles bud, der nødvendigvis kræver en fælles pris og en aftale om arbejdsfordeling mellem de bydende parter, med en klassisk kartelaf-tale om fastsættelse af fælles salgspriser og markedsopdelinger mellem konkurrenter, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 4.2.2.2 om Konkurrenceankenævnets afgørelse.

4.2.2.2 Konkurrenceankenævnets afgørelse

For Konkurrenceankenævnet (i det følgende KAN) nedlagde både Eurostar og LKF som nævnt på-stand om, at KR's afgørelse skulle ophæves, subsidiært at sagen skulle hjemvises til fornyet behand-ling hos KR.²⁷⁰

Til støtte for deres påstand havde Eurostar og LKF - ud over at anfægte KR's vurdering af, at virk-somhederne var konkurrenter – gjort gældende, at konsortieaftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen.²⁷¹

Eurostar gentog i vidt omfang de synspunkter, som virksomheden havde fremført for KR. Dog påpe-gede Eurostar yderligere, at KR burde have inddraget samtlige omstændigheder omkring aftalen i sin afgørelse, herunder navnlig den særlige rabatstruktur i udbuddet samt erfaringerne fra de tidligere udbud. I øvrigt fremhævede virksomheden, at konsekvenserne ved at kategorisere en aftale som en til formåls-overtrædelse var store, da det kunne medføre både bøde og fængselsstraf for ledelsen.²⁷²

Et af de argumenter, som LKF gjorde gældende til støtte for, at konsortieaftalen ikke var omfattet af forbuddet i KRL § 6, var, at aftalen ikke havde konkurrenceskadelige virkninger, men derimod med-førte effektivitetsgevinster. Disse effektivitetsgevinster bestod blandt andet i, at samarbejdet gav virk-somhederne større fleksibilitet, hvilket indebar en markant lavere risiko for, at der ville indtræde for-sinkelser undervejs.²⁷³

Der skal i den forbindelse gøres opmærksom på, at påvisning af en konkurrencebegrænsende aftales gavnlige virkninger på markedet som f.eks. effektivitetsgevinster er en betingelse for individuel frit-agelse efter KRL § 8 og TEUF art. 101, stk. 3. I såvel EU-Domstolens praksis som hos flere forfattere er det da også pointeret, at en afvejning af, om aftalens positive effekter kan opveje de skadelige virkninger, må foretages efter fritagelsesbestemmelserne og ikke som led i § 6-vurderingen, se også ovenfor i afsnit 3.3.4.4 om per se og rule of reason.²⁷⁴

²⁶⁹ Se herom i afsnit 3.3.4.2.5 ovenfor

²⁷⁰ Konkurrenceankenævnet, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, 11. april 2016, s. 2

²⁷¹ *Ibid.*, s. 6 og 9

²⁷² *Ibid.*, s. 6-7

²⁷³ *Ibid.*, s. 10

²⁷⁴ Sag T-112/99, *Métropole télévision (M6)* (EU:T:2001:215, præmis 74); Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 8. udg., 2018, s. 123; Levinsen, Kirsten, m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 243. Anderledes Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Issue 9, 2015, s. 633, v. sp.

Det var derimod fortsat KR's opfattelse, at Eurostars og LKF's fælles bud reelt angik en aftale om en markedsopdeling og en priskoordinering, og at parterne derfor med aftalen eliminerende den konkurrence, der ellers ville have været mellem dem.²⁷⁵

4.2.2.2.1 Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Om til formåls-vurderingen fastslog KAN indledningsvist, at det afgørende kriterium for, hvornår en aftale har et konkurrencebegrænsende formål er, om aftalen:

“(…) 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.”²⁷⁶

KAN tilsluttede sig herefter KR's opfattelse af, at konsortieaftalen mellem Eurostar og LKF havde elimineret konkurrencen mellem virksomhederne, når de hver især kunne have afgivet et (del)bud. Det var derfor KAN's opfattelse, at konsortieaftalen opfyldte det netop angivne kriterium for at være en til formåls-overtrædelse.²⁷⁷ Det skal allerede her bemærkes, at dette kriterium for, hvornår en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, blev anfægtet af både Eurostar og LKF for domstolene, jf. nedenfor i afsnit 4.2.2.3.1.1.

Som beskrevet ovenfor i afsnit 4.2.2.1.1 fandt KR i sin afgørelse, at konsortieaftalen reelt var en kartelaftale om pris og markedsopdeling. Denne klassificering tog KAN imidlertid afstand fra ved at påpege, at aftalen - også selvom den *ikke* kunne betegnes som en klassisk kartelaftale om priskoordinering eller markedsopdeling - ifølge sin natur var egnet til at skade konkurrencen og derfor havde et konkurrencebegrænsende formål.²⁷⁸

4.2.2.2.2 Afsluttende bemærkninger til afgørelsen

KAN fandt således ligesom KR, at der var tale om en til formåls-aftale, og at det ved vurderingen heraf havde betydning, at virksomhederne var konkurrenter. Forskellen mellem de to myndigheders afgørelser består dog i, at KR anså aftalen for at være en klassisk kartelaftale om priskoordinering og markedsopdeling, mens KAN ikke fandt, at dette var tilfældet.²⁷⁹ Som beskrevet ovenfor i afsnit 3.3.4.2.4.1 findes der ikke nogen entydig definition af begrebet (klassisk) kartelaftale, og konkurrencemyndighedernes divergerende opfattelser med hensyn til rubriceringen af konsortieaftalen er derfor interessante.

Forskellen mellem de to myndigheders afgørelser er også bemærket af Michael Klöcker. Han påpeger, at KAN ved at afvise kartelbetegnelsen har sendt et stærkt signal om, at fængselsstraffe for virksomhedernes ledelsesmedlemmer skulle være udelukket.²⁸⁰ Ifølge KRL § 23, stk. 3 kan der idømmes fængselsstraf for indgåelse af kartelaftaler, mens der for alle øvrige overtrædelser af KRL § 6 højst kan være tale om bødestraf, jf. KRL § 23, stk. 1.

²⁷⁵ Konkurrenceankenævnet, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, 11. april 2016, s. 14

²⁷⁶ *Ibid.*, s. 17

²⁷⁷ *Ibid.*, s. 18

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ Se også Kjær-Hansen, Erik m.fl., *Danish Court: Consortium Agreement and Joint Bidding Permissible under Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, Issue 4, 2019, s. 242, h. sp.

²⁸⁰ Klöcker, Michael, *CONSORTIUM, CARTEL OR SOMETHING IN BETWEEN?*, 2016, afsnit “By object or by nature – is there a difference?”, <https://www.nordiccompetitionblog.com/?p=627> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

KAN's omtale af begrebet klassisk kartelaftale i afgørelsen møder dog en vis undren i fremstillingen "Konkurrenceloven med kommentarer", fordi KAN bruger begrebet uden at definere det nærmere. Når en rubricering af en aftale som værende et kartel medfører, at fængselsstraf kan blive en realitet, er det ifølge forfatterne usædvanligt, at KAN anvender begrebet uden at skabe klarhed om indholdet af det. Forfatterne til bogen bemærker dog afslutningsvist, at domstolene naturligvis ikke er bundet af KAN's klassifikation af aftalen.²⁸¹

4.2.2.3 Sø- og Handelsrettens afgørelse

Virksomhederne Eurostar og GVCO indbragte som bekendt sagen for Sø- og Handelsretten. Retten indledte sin afgørelse med at undersøge, om virksomhederne var konkurrenter i forhold til udbuddet. Herefter blev der taget stilling til, om KAN's til formåls-vurdering af aftalen var tilstrækkelig.

4.2.2.3.1 Virksomhedernes synspunkter

For Sø- og Handelsretten gjorde Eurostar overordnet to forskellige synspunkter gældende. For det første anførtes det, at KAN havde anvendt en forkert juridisk test, og for det andet fandt Eurostar ikke, at KAN havde foretaget en tilstrækkelig efterprøvelse af KR's afgørelse.²⁸² GVCO anførte lignende betragtninger til støtte for sin påstand om, at KAN's kendelse skulle ophæves.²⁸³

Disse synspunkter blev underbygget af en udførlig argumentation fra både Eurostar og GVCO. Af fremstillingsmæssige hensyn vil alene de for afgørelsen væsentligste pointer blive fremhævet i nærværende afsnit.

4.2.2.3.1.1 Den juridiske test

For så vidt angik den af KAN anvendte test pointerede Eurostar, at KAN havde anvendt et kriterium, der gik ud på at fastslå, om aftalen "efter sin karakter i den givne sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger", jf. også ovenfor i afsnit 4.2.2.2.1. Dette kriterium var ifølge Eurostar et lempeligere kriterium for, hvornår der foreligger en til formåls-overtrædelse, end det, der følger af EU-Domstolens praksis, navnlig *CB-dommen*.

GVCO's kritik var rettet mod, at KAN havde konstateret, at aftalen var "egnet til at skade konkurrencen", hvilket ifølge virksomheden var utilstrækkeligt. Det korrekte juridiske kriterium var efter begge virksomheders opfattelse i stedet, om aftalen i sig selv var "tilstrækkelig skadelig for konkurrencen".²⁸⁴

4.2.2.3.1.2 Efterprøvelse af Konkurrenceankenævnets afgørelse

Med hensyn til virksomhedernes synspunkt om, at KAN ikke havde foretaget en tilstrækkelig efterprøvelse, blev det gjort gældende, at KAN ikke i fornødent omfang havde undersøgt aftalens indhold, formål samt den kontekst, hvori aftalen indgik. Med afsæt heri foretog virksomhederne en grundig gennemgang af alle de forhold, som KAN efter deres opfattelse burde have inddraget. Særligt når det kom til aftalens indhold, påpegedes det af både Eurostar og GVCO, at KR og KAN tilsyneladende var uenige om, hvorvidt der var tale om et klassisk kartel eller ej. Denne uenighed illustrerede ifølge GVCO, at der herskede usikkerhed om retsanvendelsen.²⁸⁵

Konkurrencemyndighedernes forskellige tilgange til aftalen er allerede behandlet ovenfor i afsnit 4.2.2.2.2. Ikke overraskende argumenterede begge virksomheder for, at aftalen ikke kunne betragtes

²⁸¹ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 261

²⁸² U.2019.102SH, s. 38, h. sp. og s. 40, h. sp.

²⁸³ *Ibid.*, s. 58, h. sp., s. 62, h. sp. og s. 64, v. sp.

²⁸⁴ *Ibid.*, s. 39, v. sp. – 40 h. sp. og s. 62, h. sp.

²⁸⁵ *Ibid.*, s. 40 h. sp. ff., 62, v. sp. og s. 64, v. sp. ff.

som et klassisk kartel. De gjorde i den forbindelse gældende, at konsortieaftalens indhold og formål alene var at afgive et fælles bud, som ville være konkurrencedygtigt, og at aftalen ikke indeholdt nogen af de elementer, der normalt kendetegner et kartel, f.eks. at samarbejdet er hemmeligt for omverdenen.²⁸⁶

4.2.2.3.2 Konkurrencerådets synspunkter

I modsætning til Eurostar og GVCO var KR's overordnede synspunkt, at aftalen mellem virksomhederne havde et konkurrencebegrænsende formål. KR indledte sin begrundelse for dette synspunkt med at fastslå, at vurderingen af aftalen måtte tage udgangspunkt i, at de to virksomheder var konkurrenter i relation til udbuddet.²⁸⁷ Dermed er det tydeligt, at KR tillagde konstateringen af, at de to virksomheder var konkurrenter, en væsentlig betydning for spørgsmålet om, hvorvidt aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

I forlængelse heraf gjorde KR gældende, at Eurostars og GVCO's aftale reelt havde samme indhold som en pris- og markedsdelingsaftale, hvorfor den skulle vurderes som en sådan. Ifølge KR betød dette, at aftalen var af en sådan art, at det umiddelbart kunne lægges til grund, at den havde til formål at begrænse konkurrencen. Dette skal ses i sammenhæng med, at KR forinden havde fremhævet, at pris- og markedsdelingsaftaler eliminerer usikkerheden om helt centrale konkurrenceparametre.²⁸⁸ Det fremgår klart heraf, at KR i høj grad gentog begrundelsen fra sin egen afgørelse, selvom KAN – hvis afgørelse var den, der var under prøvelse i sagen – udtrykkeligt afviste, at aftalen kunne sidestilles med et klassisk kartel om pris- og markedsdeling og i stedet fremhævede, at aftalen efter sin natur var egnet til at skade konkurrencen, jf. ovenfor i afsnit 4.2.2.2.1. Dog anførte KR efterfølgende, at det ikke kunne tillægges betydning for vurderingen efter KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1, om en aftale kan betegnes som en klassisk kartelaftale eller ej.²⁸⁹

Over for virksomhedernes synspunkt om, at KAN ikke havde foretaget en tilstrækkelig efterprøvelse af KR's afgørelse, indvendte KR blot, at der ikke var fornødent belæg for et sådant standpunkt.²⁹⁰

4.2.2.3.3 Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat

Selvom Sø- og Handelsretten konkluderede, at Eurostar og GVCO ikke var konkurrenter i relation til Vejdirektoratets udbud, er det fortsat relevant at undersøge, hvad retten lagde vægt på ved sin vurdering af, om KAN's afgørelse - herunder deres til formåls-vurdering - var korrekt.

Sø- og Handelsretten pointerede først og fremmest, at KAN havde anlagt en anden vurdering af konsortieaftalens karakter end KR.²⁹¹ Da både KR's og KAN's resultat var, at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål, må rettens bemærkninger forstås som en henvisning til den forskel, der består i selve begrundelserne for de to myndigheders resultater. Denne forskel bestod som allerede nævnt i, at KAN afviste, at aftalen kunne sidestilles med et klassisk kartel om priskoordinering og markedsopdeling.

²⁸⁶ *Ibid.*, s. 41, h. sp. og s. 63, v. sp.

Om betydningen af åbenhed om aftalen, se nedenfor i afsnit 4.2.5.1.1.

²⁸⁷ U.2019.102SH, s. 79, h. sp.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*, s. 80, v. sp.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*, s. 83, v. sp.

I forlængelse af denne bemærkning anførte retten, at det ikke kunne udledes af KAN's afgørelse, om der var foretaget den:

“(…) nødvendige konkrete bedømmelse af aftalens formål og karakter med henblik på at fastslå, om den med tilstrækkelig klarhed havde til formål tilstrækkeligt at skade konkurrencen (…).”²⁹²

På denne baggrund ophævede domstolen KR's afgørelse som stadfæstet ved KAN's afgørelse. Underkendelsen af KAN's afgørelse med denne begrundelse afføder imidlertid et spørgsmål om, hvor konkret en vurdering, der er nødvendig at foretage i den enkelte sag før, at det kan konstateres, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål.

Dette spørgsmål er også flere gange blevet stillet i litteraturen på baggrund af EU-Domstolens afgørelser, der til tider har skabt usikkerhed om omfanget af kontekstanalysen ved til formåls-aftaler, se afsnit 3.3.4.2.4.

Som nævnt ovenfor er SØ- og Handelsrettens afgørelse kommenteret af Erik Kjær-Hansen og Josephine Alsing. Forfatterne forholder sig blandt andet til den ovenfor citerede præmis. Ifølge deres artikel gør SØ- og Handelsretten det med sin bemærkning klart, at KAN's konstatering af, at aftalen var “egnet til at skade konkurrencen”, ikke er tilstrækkeligt til at konkludere, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.²⁹³ Baggrunden for, at dette ikke er tilstrækkeligt, er efter forfatternes opfattelse, at konsortieaftaler kan rumme både konkurrencefremmende og konkurrenceskadelige elementer, hvorved de står i modsætning til aftaler, der klart begrænser konkurrencen. Det betyder, at det er nødvendigt at undersøge konsortieaftalens karakteristika nærmere før, at den kan kategoriseres som en til formåls-aftale.²⁹⁴

Forfatterne påpeger dog, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter afgørelsen har fastholdt sin modsatrettede holdning om, at aftaler om fælles bud udgør til formåls-overtrædelser, fordi de indeholder et pris- og markedsopdelingsselement.²⁹⁵ Derfor er spørgsmålet ifølge artiklen stadig, om konsortieaftaler i det væsentligste skal sidestilles med kartelaftaler eller, om de særlige karakteristika ved konsortieaftaler medfører, at der skal foretages en mere nuanceret vurdering.²⁹⁶ Det skal dog bemærkes, at artiklen er udgivet inden Højesteret afsagde dom i sagen. Spørgsmålet er derfor næppe uafklaret i dag, idet Højesteret også tillagde det betydning, at aftalen indeholdt en prisfastsættelse og opgavefordeling, jf. umiddelbart nedenfor.

4.2.2.4 Højesterets afgørelse

D. 27. november 2019 satte Højesteret som den sidste instans punktum i *Vejmarkeringssagen*. Overordnet havde parterne for Højesteret gentaget de synspunkter, som de tidligere i sagen havde fremført. Der skal derfor ikke her gøres udførlige bemærkninger herom, idet der blot henvises til afsnittene ovenfor, hvor parternes synspunkter er anført.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Kjær-Hansen, Erik m.fl., *Danish Court: Consortium Agreement and Joint Bidding Permissible under Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, Issue 4, 2019, s. 243, h. sp.

²⁹⁴ *Ibid.*, s. 244, v. sp.

²⁹⁵ *Ibid.*, s. 244, h. sp.

²⁹⁶ *Ibid.*, s. 244, h. sp. – s. 245, v. sp.

Eurostars og GVCO's grundlæggende synspunkt var således fortsat, at aftalen ikke var så tydeligt skadelig for konkurrencen, at den havde til formål at begrænse konkurrencen, hvorfor konkurrencemyndighederne burde have undersøgt følgerne af den.²⁹⁷

4.2.2.4.1 Betydningen af, at virksomhederne var konkurrenter

Som allerede nævnt i afsnit 4.1.4.2.5.2 fastslog Højesteret, at sagens hovedspørgsmål var, om Eurostar og GVCO var konkurrenter i forhold til udbuddet og "i givet fald, om konsortieaftalen mellem virksomhederne havde til formål at begrænse konkurrencen".²⁹⁸ Det fremgår heraf, at udfaldet af til formåls- og til følge-vurderingen afhang af, om virksomhederne ansås for at være konkurrenter eller ej. Med andre ord tillagde Højesteret konkurrentrelationen betydning for vurderingen af, om aftalen havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

4.2.2.4.2 Det relevante kriterium

Ved sin stillingtagen til, om KAN med rette havde begrænset sin undersøgelse af aftalen til en til formåls-vurdering, fastslog Højesteret indledningsvist, hvad, det afgørende kriterium for at kategorisere en aftale som en til formålsaftale, er.

Som nævnt var det for SØ- og Handelsretten omtvistet, om KAN's juridiske kriterium var i overensstemmelse med praksis fra EU-Domstolen, idet virksomhederne gjorde gældende, at dette ikke var tilfældet, fordi KAN anvendte et lempeligere kriterium for at kvalificere en aftale som en til formålsaftale end Domstolen. Modsat SØ- og Handelsretten fastslog Højesteret i sin afgørelse udtrykkeligt, at KAN havde lagt det korrekte kriterium til grund. Højesteret anførte således i lighed med KAN, at det afgørende for, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er, om der er:

"(...) 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."²⁹⁹

4.2.2.4.3 Samarbejde om produktion eller omsætning

Efter at have angivet det relevante kriterium for til formåls-vurderingen, forklarede Højesteret, hvorfor aftalen opfyldte dette kriterium og dermed havde til formål at begrænse konkurrencen. Det blev først og fremmest fremhævet, at aftalen ikke havde karakter af et produktions-samarbejde eller i øvrigt lagde op til et samarbejde mellem virksomhederne om afsætning af tjenesteydelser, som de på forhånd havde fordelt mellem sig.³⁰⁰

Højesterets bemærkninger om produktionssamarbejde må ses i sammenhæng med Kommissionens retningslinjer om horisontale samarbejdsaftaler. Det anføres således heri, at selvom aftaler om prisfastsættelse og fordeling af markeder generelt har et konkurrencebegrænsende formål, så gælder dette ikke for visse aftaler, hvor tyngdepunktet for aftalen er et produktionssamarbejde. Retningslinjerne nævner herefter, at det vil være tilfældet, når en produktionsaftale også omfatter fælles distribution

²⁹⁷ Højesterets dom, afsagt den 27. november 2019, sag 191/2018, s. 9

²⁹⁸ *Ibid.*, s. 7

²⁹⁹ *Ibid.*, s. 9

³⁰⁰ *Ibid.*

af de producerede produkter og indeholder bestemmelser om fælles salgspriser. Forudsat, at konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at parterne vil indgå produktionsaftalen, skal en sådan aftale underkastes en vurdering af følgerne, da der ikke er tale om en til formåls-aftale.³⁰¹

Tilsvarende betragtninger om sammenhængen mellem Højesterets bemærkninger om produktionssamarbejde og Kommissionens retningslinjer er også efterfølgende nævnt i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til en revideret vejledning om fælles bud fra 2020.³⁰²

4.2.2.4.4 Fælles pris og fordeling af distrikterne

I forlængelse af sin bemærkning om, at aftalen hverken angik et produktionssamarbejde eller et samarbejde om afsætning af de tilbudte tjenesteydelser, fastslog Højesteret, at aftalens indhold derfor:

“(…) 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.”³⁰³

Det betød ifølge Højesteret, at aftalen eliminerede konkurrencen mellem virksomhederne. Højesteret åbnede dog op for muligheden for, at karakteristika ved det konkrete marked kunne medføre, at aftalens formål ikke var at begrænse konkurrencen, selvom aftalen angik fælles prisfastsættelse og opgavefordeling. Da der imidlertid ikke i sagen var oplyst særlige karakteristika ved markedet, der pegede i den retning, konkluderede retten, at konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO i sig selv måtte anses for at have haft et konkurrencebegrænsende formål.³⁰⁴

Det skal dog bemærkes, at selvom Højesteret fremhævede, at aftalen reelt var en prisaftale og en opdeling af distrikterne mellem virksomhederne, undlod retten at kommentere på, om en sådan aftale er et “klassisk kartel”. Som nævnt ovenfor i afsnit 4.2.2.2 anvendte KAN dette begreb uden at præcisere, hvad der lå heri, idet de i modsætning til KR fastslog, at aftalen ikke kunne kategoriseres som et klassisk kartel.

4.2.2.4.5 Betydningen af subjektiv hensigt, åbenhed og juridisk rådgivning

Afslutningsvist afviste Højesteret, at parternes subjektive hensigt - at afgive et konkurrencedygtigt bud -, at samarbejdet foregik i åbenhed og den omstændighed, at Eurostar forud for aftalens indgåelse søgte juridisk rådgivning, kunne ændre på konklusionen om, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.³⁰⁵ Disse betragtninger er i overensstemmelse med både KR’s og KAN’s afgørelser.³⁰⁶

4.2.2.4.6 Afsluttende bemærkninger til afgørelsen

Højesterets afgørelse viser, at en aftale mellem konkurrenter der indeholder et fælles bud samt en arbejdsfordeling vedrørende opgavens udførelse, må kategoriseres som en til formåls-aftale, hvorfor det ikke er nødvendigt at undersøge de faktisk indtrådte følger af aftalen.

³⁰¹ Kommissionens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler, jf. EUT 2011, nr. C 11/1, pkt. 13-14, 150 og 160 ff.

³⁰² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til vejledning, *Når virksomheder afgiver fælles bud – en vejledning om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven*, 2020, s. 29-30

³⁰³ Højesterets dom, afsagt den 27. november 2019, sag 191/2018, s. 10

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, 25. juni 2015, pkt. 776 og pkt. 762-763 og Konkurrenceankenævnet, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, 11. april 2016, s. 17-18

Afgørelsen er desuden væsentlig, fordi Højesteret tager afstand fra SØ- og Handelsrettens opfattelse af, at KAN ikke havde foretaget den nødvendige konkrete bedømmelse af aftalen til at fastslå, at den havde et konkurrencebegrænsende formål. Højesteret tilslutter sig således udtrykkeligt det samme til kriterium for til formåls-vurderingen som KAN og lægger ligesom KAN vægt på, at aftalen mellem Eurostar og GVCO eliminerede konkurrencen mellem dem.

Allerede dagen efter Højesterets dom blev afsagt, udgav Heidi Sander Løjmand en kommentar til dommen. Her anfører hun, at det særligt er i tråd med den norske Høyesteretts afgørelse i *Ski taxi/Follo Taxi-sagen*, at KR for Højesteret gjorde gældende, at aftalens pris- og markedsdelingselement betød, at den uden detaljerede undersøgelser kunne kategoriseres som en til formåls-aftale. Endvidere pointerer hun, at den danske Højesteret tilsluttede sig dette synspunkt i afgørelsen, men at synspunktet dog både har fordele og ulemper:

På den ene side medfører anvendelsen af en til formåls-vurdering en højere grad af retssikkerhed end en til følge-vurdering. Desuden reduceres den processuelle byrde, der hviler på konkurrencemyndighederne efter TEUF art. 101, stk. 1, ligesom det også medfører, at bevisbyrden i sagerne vendes, da det bliver op til virksomhederne at bevise, at aftalen opfylder de kumulative betingelser for fritagelse i TEUF art. 101, stk. 3.³⁰⁷

På den anden side bevirker en til formåls-vurdering, at der er risiko for håndhævelsesfejl, hvilket eksempelvis kan bestå i, at der tilsidesættes aftaler, som ikke er skadelige for konkurrencen. Desuden anfører Løjmand, at tilgangen i afgørelsen kan afholde virksomheder fra at indgå konsortieaftaler, som ikke er skadelige for konkurrencen, hvilket potentielt kan skade den ordregivende myndighed og i sidste ende skatteyderne.³⁰⁸ Herved berører hun en interessant problemstilling, der vil blive drøftet i afsnit 5.

4.2.2.5 Delkonklusion – Vejmarkeringssagen

Konkurrencemyndighedernes og domstolenes afgørelser i *Vejmarkeringssagen* er særdeles væsentlige, når det skal undersøges, hvad der lægges vægt på ved vurderingen af, om aftaler om fælles bud har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Sammenfattende kan det konkluderes, at det især tillægges betydning, at aftalen om det fælles bud på Vejdirektoratets opgave reelt indebar en prisaftale og en aftale om fordeling af de enkelte distrikter mellem de to virksomheder. Det inddrages dog også i vurderingen, at virksomhederne var konkurrenter i relation til udbuddet.

Derudover kan det konstateres, at både resultatet af KR's, KAN's og Højesterets afgørelser er ens i den forstand, at de alle konkluderer, at konsortieaftalen skulle kategoriseres som en til formåls-aftale – og ikke en til følge-aftale.

Som ved konkurrentvurderingen afviger SØ- og Handelsrettens afgørelse imidlertid betydeligt fra de øvrige myndigheders. Denne afgørelse sætter som nævnt spørgsmålstegn ved, i hvilket omfang en til formåls-vurdering kræver en konkret undersøgelse af aftalens skadevirkninger, da det fastslås, at

³⁰⁷ De to første pointer er også nævnt i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelsen sag C-8/08, *T-Mobile*, som er omtalt ovenfor i afsnit 3.3.4.2.1.

³⁰⁸ Løjmand, Heidi Sander, *The Danish Supreme Court's ruling in the "Road Marking Case": the end of a joint bidding era*, 2019, afsnit 4. Comment, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2019/11/28/the-danish-supreme-courts-ruling-in-the-road-marking-case-the-end-of-a-joint-bidding-era-guest-post-by-heidi-sander-ljmand-msc> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

KAN's til formåls-vurdering var utilstrækkelig. Dette spørgsmålstegn fjerner Højesteret dog, når de i deres afgørelse tilslutter sig KAN's afgørelse.

4.2.3 Skive og Omegns Vognmandsforening

Også i afgørelsen om *Skive og Omegns Vognmandsforening*, der er afsagt af KR kort forinden deres afgørelse i *Vejmarkeringssagen*, måtte der tages stilling til, om der forelå en aftale, der havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Ved bedømmelsen heraf indledte KR med at undersøge, om de virksomheder, der var medlemmer af brancheforeningen SOV, var aktuelle eller potentielle konkurrenter, jf. ovenfor i afsnit 4.1.4.1.

Om til formåls-vurderingen anførte KR overordnet, at:

“En vedtagelse indenfor en sammenslutning af virksomheder, der direkte eller indirekte – mellem virksomheder, der er aktuelle eller potentielle konkurrenter - fastsætter priser for salg af produkter til tredjemand eller deler markedet imellem sig, betragtes generelt som en alvorlig konkurrencebegrænsning, der i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen.”³⁰⁹

Med disse ord står det klart, at det ifølge KR var afgørende at klarlægge, om virksomhederne var konkurrenter, for at vurdere, om aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål.

En konstatering af, at de involverede virksomheder var konkurrenter, var dog ikke tilstrækkelig for KR til at kategorisere foreningens vedtagelse som en til formåls-overtrædelse af KRL § 6, da det derefter blev undersøgt, hvad det fælles tilbud nærmere indebar. Ifølge KR bestod det konkurrencebegrænsende forhold i sagen af to elementer: Priskoordinering og fordeling af ydelser mellem virksomhederne. Da begge disse elementer udgjorde forhold, der havde til formål at begrænse konkurrencen, var det KR's vurdering, at SOV's tilbud til Skive Kommune var en til formåls-overtrædelse.³¹⁰

Netop KR's fremhævelse af, at det fælles bud reelt udgjorde en aftale om priskoordinering og opgavefordeling, genfindes i KR's senere afgørelse i *Vejmarkeringssagen*, hvor de også begrundede til formåls-konklusionen med, at aftalen rummede disse to elementer, jf. ovenfor i afsnit 4.2.2.1.1. Denne tilgang er ikke overraskende, da *SOV-afgørelsen* er afsagt året inden, at *Vejmarkeringssagen* var til behandling hos KR, hvorfor *SOV-sagen* formentlig har været en inspiration for myndigheden.

I modsætning til *SOV-afgørelsen* blev *Vejmarkeringssagen* som nævnt indbragt for domstolene, hvor Højesteret tog stilling som 2. instans. Det er værd at bemærke, at Højesteret også fastslog, at aftalen mellem virksomhederne reelt indeholdt en fælles prissætning af virksomhedernes ydelser på baggrund af en aftalt fordeling af distrikterne i udbuddet – og at dette indebar en eliminering af konkurrencen mellem virksomhederne, jf. ovenfor i afsnit 4.2.2.4.4.

4.2.4 Catering-sagen og Sko-sagerne

Betoningen af en fælles prisfastsættelse ses også i *Catering-sagen*, hvor virksomhederne Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S havde indgået en aftale om at afgive et fælles bud på et udbud af levering af cateringvarer til landsdækkende kunder, jf. nærmere om sagsforløbet ovenfor i afsnit 4.1.3.2.

³⁰⁹ Konkurrencerådets afgørelse, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*, 30. april 2014, pkt. 94

³¹⁰ *Ibid.*, pkt. 104 ff.

Det skal bemærkes, at dette udbud – og udbuddene i *Sko-sagerne* - i modsætning til udbuddene i de øvrige afgørelser, der behandles i denne del af analysen, alene muliggjorde bud på hele opgaven og ikke tillige delbud. Baggrunden for, at der ikke også i denne del af analysen er foretaget en sondring mellem udbud, der åbner op for delbud og udbud, der alene giver mulighed for bud på hele opgaven, er, at sondringens relevans er udtømt ved spørgsmålet om, hvorvidt virksomhederne er konkurrenter eller ej.

I *Catering-sagen* indledte Konkurrencestyrelsen (i det følgende KS) med at rubricere aftalen om det fælles bud som en "horisontal markedsføringsaftale mellem to virksomheder på samme omsætningsniveau." Sådanne aftaler var ifølge KS som udgangspunkt i strid med KRL § 6, hvis de havde til formål eller til følge at opdele markeder eller samordne virksomhedernes priser. Dette ville dog alligevel ikke tilfældet, hvis aftalen var objektiv nødvendig for, at virksomhederne kunne byde på en opgave.³¹¹ Med andre ord ville aftalen ikke have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, hvis virksomhederne ikke var konkurrenter. Spørgsmålet om, hvorvidt virksomhederne var konkurrenter, er behandlet ovenfor i afsnit 4.1.3.2. Det fremgår heraf, at virksomhederne ifølge KS var konkurrenter.

Herefter fastslog KS, at aftalen indebar en udveksling af kommercielt følsomme oplysninger om blandt andet prissætning. Et sådant samarbejde mellem konkurrenter var ifølge KS en alvorlig konkurrencebegrænsning, som faldt inden for KRL § 6.³¹² KS fremhævede således også i denne afgørelse priselementet i aftalen, og afgørelsen er derfor på dette punkt i overensstemmelse med den øvrige praksis. KS præciserede dog ikke, om der var tale om en til formåls-overtrædelse eller en til følge-overtrædelse af KRL § 6, idet det alene blev konstateret, at aftalen faldt inden for bestemmelsen.

Tilsvarende gør sig gældende i *anden Sko-sag*, hvor KS heller ikke tog udtrykkelig stilling til, om aftalen udgjorde en til formåls-overtrædelse eller en til følge-overtrædelse. Her konkluderede KS således også blot, at aftalerne om at afgive fælles bud på udbud af leverancer af ortopædisk fodtøj var i strid med KRL § 6.³¹³ Anderledes forholder det sig med *første Sko-sag*, hvor KS konkluderede, at konsortieaftalen mellem de fire konkurrenter havde *til følge* at begrænse konkurrencen mellem dem.³¹⁴ Herved adskiller sagen sig fra den seneste praksis på området, der kategoriserer aftaler om fælles bud mellem konkurrenter som til formåls-overtrædelser.

4.2.5 Ski Taxi/Follo Taxi-sagen

4.2.5.1 Borgarting lagmannsretts afgørelse

Den norske *Ski Taxi/Follo Taxi-sag* er også illustrerende for spørgsmålet om, hvad der lægges vægt på ved vurderingen af, om aftaler om fælles bud har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Som allerede nævnt blev sagen i første omgang behandlet af Konkurransetilsynet i Norge, hvorefter den blev indbragt for både Follo tingrett, Borgarting lagmannsrett og Høyesterett. Desuden fremsatte Høyesterett en anmodning til EFTA-domstolen om besvarelse af tre spørgsmål vedrørende EØS-aftalens art. 53. I dette afsnit behandles Borgarting lagmannsretts (i det følgende lagmannsretten) afgørelse, mens Høyesteretts afgørelse drøftes nedenfor i afsnit 4.2.5.2.

³¹¹ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, 26. november 2003, pkt. 73-75

³¹² *Ibid.*, pkt. 88 og 91

³¹³ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*, 23. februar 2000, afsnit 1 og 4.2.1.3

³¹⁴ Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Påbud til leverandører af ortopædiske sko*, refereret på Konkurrencerådets møde den 24. november 1999, l. 3

Ved sin stillingtagen til, om aftalen mellem Ski Taxi og Follo Taxi havde et konkurrencebegrænsende formål, fastslog lagmannsretten indledningsvist hvad, det afgørende kriterium for at kvalificere en aftale som en til formåls-aftale, er. Retten henviste både til Høyesteretts tidligere afgørelser og til EU-Domstolens praksis, herunder *CB-dommen*, hvorefter den konstaterede, at kriteriet er:

“(…) om samarbeidet mellom Ski Taxi og Follo Taxi med tilstrekkelig klarhet viser at det etter sitt innhold vil være skadelig for de normale konkurransevilkår.”³¹⁵

Herefter fremhævede lagmannsretten, at Ski Taxis og Follo Taxis egne aftaledokumenter - “strategiplanen” og “aksjonæraftalen” - viste, at samarbejdet var egnet til at skade konkurrencen. I aksjonæraftalen havde virksomhederne netop selv anført, at stiftelsen af deres joint venture ville reducere konkurrencen mellem dem.

Derudover anførte lagmannsretten, at aftalen indebar priskoordinering mellem virksomhederne, hvormed de eliminerede et af de væsentligste konkurrenceparametre samt, at EU-Domstolen flere gange havde fastslået, at prissamarbejde mellem konkurrenter var til formåls-aftaler. På den baggrund fandt lagmannsretten, at det var overvejende sandsynligt, at aftalen efter sit indhold var egnet til at skade konkurrencen.³¹⁶

4.2.5.1.1 Betydningen af åbenhed om samarbejdet

Et centralt tema i lagmannsrettens afgørelse var, om det ændrede på ovennævnte konklusion, at samarbejdet mellem de to virksomheder skete i åbenhed. Den resterende del af lagmannsrettens afgørelse, der vedrører til formåls-vurderingen, koncentrerer sig således i det væsentligste om dette spørgsmål.

4.2.5.1.1.1 Virksomhedernes synspunkter

De to virksomheders synspunkt var, at samarbejdet ikke havde et konkurrencebegrænsende formål, som dette er defineret i teori og praksis, fordi samarbejdet foregik i åbenhed og ikke som ”et skjult kartelsamarbejde med priskoordinering og markedsdeling.” De henviste i den forbindelse til, at EU-Domstolen efter deres opfattelse flere gange havde omtalt til formåls-aftaler som værende hemmelige.³¹⁷

I visse dele af litteraturen påpeges det da også, at karteller typisk er kendetegnet ved at være hemmelige uden, at det dog anføres, at hemmelighed er et nødvendigt kriterium for at en aftale kan karakteriseres som en kartelaftale.³¹⁸ Tilsvarende gør sig gældende for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside, hvor det blot angives, at karteller ofte er svære at afdække, fordi deltagerne kan have interesse hemmeligholdelse.³¹⁹ Andre dele af litteraturen nævner imidlertid slet ikke spørgsmålet om offentlighed i deres omtale af, hvad der definerer en kartelaftale.³²⁰

³¹⁵ Borgarting lagmannsrett dom, afsagt den 17. marts 2015, sagsnr. 13-075034ASD-BORG/01, s. 20-21

³¹⁶ *Ibid.*, s. 22

³¹⁷ *Ibid.*, s. 11

³¹⁸ Buch-Hansen, Hubert, *Karteller – Afsløringen af aftalt spil i dansk erhvervsliv*, 1. udg., 2016, s. 65; Bailey, David, m.fl., *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8. udg., 2018, s. 331; Whish, Richard m.fl., *Competition Law*, 8. Udg., 2015, s. 547

³¹⁹ <https://www.kfst.dk/konkurrenceforhold/karteller/hvad-er-et-kartel/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³²⁰ Levinsen, Kirsten m.fl., *Konkurrencebogen med kommentarer*, 4. udg., 2018, s. 260; Fejø, Jens m.fl., *EU-Konkurrenceret - Almindelig del*, 5. udg., 2014, s. 126 ff.

Hemmeligholdelse er heller ikke omtalt som værende et kendetegn for karteller i afsnit 3.3.4.2.5.1, hvor begrebet søges afgrænset ud fra litteratur, lovgivning, mv.

4.2.5.1.1.2 Lagmannsrettens afgørelse

Ved sin vurdering af spørgsmålet fulgte lagmannsretten den sædvanlige juridiske metode, som også kendes i Danmark. Det kommer til udtryk ved, at lagmannsretten først konstaterede, at der ikke i ordlyden af konkurrencelovens § 10 var holdepunkter for at fastslå, at en aftale skal være hemmelig for at udgøre en til formåls-overtrædelse. Desuden henviste retten til, at EU-Domstolen i flere afgørelser havde brugt begrebet "collusion" om den type aftaler, der omfattes af til formåls-kriteriet. Dette begreb var på visse af medlemsstaternes sprog oversat til, at aftalen skulle være hemmelig, men det var imidlertid ikke tilfældet for alle sprog. På den baggrund konkluderede lagmannsretten, at en rent sproglig fortolkning ikke besvarede spørgsmålet om, hvorvidt et åbent samarbejde kunne udgøre en til formåls-aftale.³²¹

Herefter vurderede lagmannsretten, om der var taget stilling til spørgsmålet i retspraksis. Lagmannsretten anførte således, at den ikke var bekendt med nogen afgørelse fra EU-Domstolen, der udtrykkeligt drøftede problemstillingen. I *BIDS* var de irske myndigheder ifølge lagmannsretten vidende om samarbejdet, og parterne havde også i sagen anført, at samarbejdet ikke var hemmeligt. EU-Domstolen udtalte sig dog ikke specifikt om betydningen heraf. Tilsvarende henviste lagmannsretten til *CB-dommen* og anførte, at EU-Domstolen heller ikke i denne sag kom med udtalelser, der kunne tages til indtægt for, at åbne samarbejdsaftaler ikke kunne udgøre til formåls-overtrædelser.³²²

Endvidere inddrog lagmannsretten retspraksis fra Sverige, idet den nævnte en svensk byretsdom fra 2014 (*Däckia*)³²³, hvor den svenske domstol ikke tillagde det betydning, at samarbejdet mellem de involverede virksomheder skete i åbenhed.

Afslutningsvist henviste retten til, at karteller og skjult prissamarbejde er nævnt i litteraturen, men uden at spørgsmålet om offentlighed her drøftes specifikt.³²⁴

Efter sine undersøgelser af såvel lovens ordlyd, EU-Domstolens praksis, national praksis som litteraturen fastslog lagmannsretten, at åbenhed om udbudssamarbejdet ikke hindrede, at aftalen kunne have et konkurrencebegrænsende formål. Med henvisning til sin tidligere bemærkning om, at aftalen med overvejende sandsynlighed var egnet til at skade konkurrencen, var det derfor lagmannsrettens endelige konklusion, at aftalen udgjorde en til formåls-overtrædelse af konkurrencelovens § 10 første ledd.³²⁵

4.2.5.1.2 Afsluttende bemærkninger til afgørelsen

Der er flere paralleller mellem lagmannsrettens afgørelse i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* og den danske Højesterets afgørelse i *Vejmarkeringssagen*. Lighedspunkterne findes ikke alene vedrørende spørgsmålet om, hvornår to virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter, men også ved domstolens stillingtagen til, hvornår aftaler om fælles bud har et konkurrencebegrænsende formål. Hos både Højesteret i *Vejmarkeringssagen* og lagmannsretten i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* er det således en væsentlig del af begrundelsen for, at de respektive aftaler om fælles bud havde til formål at begrænse konkurrencen, at aftalerne indebar et prissamarbejde, der eliminerede konkurrencen mellem virksomhederne.

Endnu et lighedspunkt er domstolens opfattelse af, hvorvidt det kan tillægges betydning ved en til formåls-vurdering, at der var åbenhed om samarbejdet, idet dette afvises i begge sager – dog med en

³²¹ Borgarting lagmannsrett dom, afsagt den 17. marts 2015, sagsnr. 13-075034ASD-BORG/01, s. 23

³²² *Ibid.*

³²³ Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, *Däckia* Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag

³²⁴ Borgarting lagmannsrett dom, afsagt den 17. marts 2015, sagsnr. 13-075034ASD-BORG/01, s. 23

³²⁵ *Ibid.*, s. 24

væsentlig mere udførlig begrundelse hos lagmannsretten end hos den danske Højesteret. Denne opfattelse tiltræder den norske Høyesterett desuden med sin dom i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen*, der behandles umiddelbart nedenfor.

4.2.5.2 Høyesteretts afgørelse

4.2.5.2.1 Betydningen af, at virksomhederne var konkurrenter

Som beskrevet ovenfor i afsnit 4.1.4.3.3 indledte Høyesterett med at fastslå, at hvis to virksomheder kan byde på opgaven hver især, men i stedet afgiver et fælles bud, så bortfalder konkurrencepresset mellem dem. Derfor vil et sådant samarbejde ifølge Høyesterett have en vis indvirkning på konkurrencen.³²⁶ Disse præmisser viser, at Høyesterett inddrager spørgsmålet om, hvorvidt virksomhederne var konkurrenter, i sin vurdering af, om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Dertil kommer, at EFTA-domstolen ved besvarelsen af Høyesteretts tredje spørgsmål angav, at konkurrentrelationen er en af de retlige faktorer, som den nationale domstol skal overveje, når det skal fastslås, om en aftale om et fælles bud har et konkurrencebegrænsende formål.³²⁷

Et er imidlertid at fastslå, at konkurrentvurderingen har betydning for spørgsmålet om, hvorvidt aftalen udgør en til formåls-overtrædelse. Noget andet er, hvilken vægt det skal tillægges i vurderingen. Albert Sanchez-Graells anfører, at det er uklart, hvilken vægt EFTA-domstolen i virkeligheden tillægger konkurrentrelationen i sin afgørelse. Tilbage står derfor blot det faktum, at det har en vis betydning for, om aftalen udgør en til formåls-overtrædelse, at de involverede virksomheder er konkurrenter.³²⁸

Efter sin konstatering af, at samarbejdet mellem Ski Taxi og Follo Taxi var egnet til at have indvirkning på konkurrencen, undersøgte Høyesterett nærmere, om aftalen skulle kategoriseres som en til formåls-overtrædelse eller ej.

4.2.5.2.2 Samarbejde om pris

Det fremhæves i Høyesteretts afgørelse, at aftalen mellem taxiselskaberne indeholdt flere elementer, hvoraf et af dem var fastsættelse af en fælles pris. Netop dette element er udtrykkeligt forbudt i konkurranselovens § 10 første ledd.³²⁹

Tilsvarende påpegede EFTA-domstolen i sit svar til det tredje spørgsmål, at samarbejdet om det fælles bud indebar, at virksomhederne aftalte den pris, som de tilbød ordregiveren. I forlængelse heraf udtaltes det, at netop horisontale aftaler om prisfastsættelse udgør til formåls-aftaler, fordi de har særligt store indvirkninger på varernes og tjenesteydelsernes pris samt på deres kvalitet og kvantitet.³³⁰ En fremhævelse af priselementet i konsortieaftalen findes som nævnt også i den senere *Vejmarkeringssag* hos både KR, KAN og Højesteret, jf. ovenfor i afsnit 4.2.2.1.1, 4.2.2.2 og 4.2.2.4.4.

Ignacio Herrera Anchustegui kritiserer imidlertid EFTA-domstolens fokus på priselementet i til formåls-vurderingen. Når en aftale om fælles bud anskues som en priskoordinering mellem konkurrenter, vil aftaler om fælles tilbud ifølge Anchustegui (næsten altid) udgøre til formåls-overtrædelser.

³²⁶ Norges Høyesteretts dom, afsagt den 22. juni 2017, sagsnr. 2015/1026, pkt. 45-46

³²⁷ EFTA-Domstolens dom, sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS og Den norske stat v/Konkurransetilsynet*, præmis 97. Dommen er trykt i EFTA-domstolens Annual Report 2016, Book 3, s. 1002

³²⁸ Sanchez-Graells, Albert, *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9, Issue 3, 2018, s. 163, v. sp.

³²⁹ Norges Høyesteretts dom, afsagt den 22. juni 2017, sagsnr. 2015/1026, pkt. 51

³³⁰ EFTA-Domstolens dom, sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS og Den norske stat v/Konkurransetilsynet*, præmis 91-92

Det skyldes, at essensen af sådanne aftaler er at blive enige om en fælles pris. Forfatteren påpeger derfor, at der bør udvises forsigtighed med denne tilgang. Et udpræget fokus på aftalens form – dvs. på priselementet – vil således indebære, at en aftale om fælles bud hurtigt vil blive anset for at udgøre en overtrædelse af konkurrencelovgivningen uanset, hvilke effekter aftalen har på markedet.³³¹

4.2.5.2.3 Betydningen af åbenhed

Som for lagmannsretten gjorde virksomhederne endvidere gældende, at aftalen ikke kunne kategoriseres som en til formåls-overtrædelse, når samarbejdet var offentligt kendt, jf. ovenfor i afsnit 4.2.5.1.1.1. Dette synspunkt blev afvist af Høyesterett, der på linje med lagmannsretten fandt, at åbenhed om aftalen ikke fratog samarbejdet dets karakter af en til formåls-overtrædelse.³³² Det er dog værd at bemærke, at Høyesterett i modsætning til lagmannsretten også udtalte, at åbenhed om samarbejdet kan indikere, at virksomhedernes subjektive hensigt ikke har været at indgå en konkurrencebegrænsende aftale.³³³ Denne bemærkning er hentet fra EFTA-domstolen, der i det andet spørgsmål blev spurgt om, hvorvidt det har betydning for til formåls-kategoriseringen, at der har været åbenhed om samarbejdet. EFTA-domstolen udtalte i den forbindelse, at:

“Disclosure to the contracting authority may be an indication that the parties did not intend to infringe the prohibition on agreements between undertakings.”³³⁴

Denne udtalelse fra EFTA-domstolen kritiseres imidlertid af Cyril Ritter, der påpeger, at synspunktet ikke har støtte i retspraksis, og at åbenhed ikke har nogen betydning for, hvilke effekter samarbejds-aftalen har på markedet. Desuden pointerer Ritter, at konsortiesamarbejder altid er åbne, og at det derfor ville stille konsortieaftaler bedre end f.eks. aftaler med underleverandører, hvis åbenhed tillægges betydning.³³⁵

En tilsvarende kritik af EFTA-domstolens udtalelse fremføres af Ignacio Herrera Anchustegui, idet han påpeger, at når EU's udbudsregler kræver, at en tilbudsgiver giver oplysninger om alle involverede parter i et konsortium, så vil deltagerne altid være offentlige. Derfor kan det ifølge forfatteren ikke tillægges betydning for til formåls-vurderingen, om parterne har været åbne om samarbejdet.³³⁶ Det skal dog bemærkes, at EFTA-domstolen afsluttede sin besvarelse af spørgsmålet med at udtale, at selvom åbenhed kan være en indikation på, at parterne ikke har haft til hensigt at begrænse konkurrencen, så kan dette ikke i sig selv være afgørende for, om aftalen udgør en til formåls-overtrædelse.³³⁷

4.2.5.2.4 Betydningen af effektivitetsgevinster

Høyesterett afviste også et synspunkt fra virksomhederne om, at der ikke var tale om en til formåls-overtrædelse, når konsortieaftalen medførte øget effektivitet. Virksomhederne havde netop anført, at aftalen resulterede i øget fleksibilitet, fordi de kunne dele deres ressourcer. Ifølge Høyesterett kunne sådanne effektivitetsgevinster imidlertid kun tillægges betydning under konkurranselovens §

³³¹ Anchustegui, Ignacio Herrera, *Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the 'Taxi case'*, European Competition and Regulatory Law Review, Vol. 1, Issue 2, 2017, s. 5

³³² Norges Høyesteretts dom, afsagt den 22. juni 2017, sagsnr. 2015/1026, pkt. 48-49

³³³ *Ibid.*, pkt. 48

³³⁴ EFTA-Domstolens dom, sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS og Den norske stat v/Konkurransetilsynet*, præmis 106

³³⁵ Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 12

³³⁶ Anchustegui, Ignacio Herrera, *Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the 'Taxi case'*, European Competition and Regulatory Law Review, Vol. 1, Issue 2, 2017, s. 6

³³⁷ EFTA-Domstolens dom, sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS og Den norske stat v/Konkurransetilsynet*, præmis 108

10 tredje ledd, som svarer til den danske konkurrencelovs § 8, og ikke under § 10 første led, som svarer til KRL § 6.³³⁸ Afgrænsning mellem § 6 og § 8 samt de tilsvarende regler i TEUF art. 101, stk. 1 og art. 101, stk. 3 er allerede behandlet ovenfor i afsnit 3.3.4.4 i forbindelse med diskussionen om per se og en rule of reason i dansk konkurrenceret, ligesom temaet kort er berørt i afsnit 4.2.2.2 om *Vejmarkeringssagen*.

På dette sted skal der dog gøres enkelte yderligere bemærkninger om afgrænsningen, idet flere forfattere har diskuteret forholdet mellem forbudsreglen og fritagelsesmuligheden. Det konkrete tema for diskussionerne har imidlertid været varierende.

I en artikel om *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* pointerer Albert Sanchez-Graells, at problemerne med sondringen mellem forbudsbestemmelsen og fritagelsesmuligheden opstår, fordi konkurrentbegrebet også omfatter virksomheder, der kun er potentielle konkurrenter. Sanchez-Graells forholder sig således kritisk til, at to virksomheder kan blive anset for at være potentielle konkurrenter, hvis de i stedet for at byde sammen kunne have budt på opgaven ved at indgå en aftale med en uafhængig tredjepart. En sådan mulighed for et alternativt samarbejde kan dog også inddrages under TEUF art. 101, stk. 3 med den virkning, at betingelserne for fritagelse ikke kan anses for at være opfyldte, fordi der netop findes en konstellation, der er mindre begrænsende for konkurrencen end den valgte. Med andre ord kan muligheden for alternative samarbejder tilsyneladende behandles efter både TEUF art. 101, stk. 1 og art. 101, stk. 3, hvilket ifølge forfatteren er uhensigtsmæssigt.³³⁹

En anden forfatter, der ligeledes forholder sig til problemstillingen om sammenblanding af forbud og fritagelse i TEUF art. 101, er Heidi Sander Løjmand. Hun stiller således spørgsmålstegn ved, om den omstændighed, at virksomhedernes vinderchancer i *Vejmarkeringssagen* eventuelt blev forøget ved at afgive et samlet bud, kan inddrages efter TEUF art. 101, stk. 1 eller, om det alene kan tillægges betydning efter TEUF art. 101, stk. 3.³⁴⁰

4.2.5.2.5 Domstolens konklusion

På baggrund af de ovenstående overvejelser nåede Høyesterett frem til, at aftalen om afgivelse af et fælles bud gennem det fællesejede selskab havde til formål at begrænse konkurrencen.

Sammenfattende viser afgørelsen, at det tillægges betydning for til formåls-vurderingen, at aftalen indebar en fælles prisfastsættelse, ligesom det også har relevans, at virksomhederne var konkurrenter. Derimod fastslår Høyesterett - i lighed med lagmannsretten - at åbenhed om konsortiesamarbejdet ikke i sig selv er til hinder for en til formåls-kategorisering.

4.2.5.3 Afsluttende bemærkninger til *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen*

Som det fremgår, indeholder Høyesteretts afgørelse i *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* ligesom lagmannsrettens afgørelse en række lighedspunkter med *Vejmarkeringssagen*.

Selvom en norsk afgørelse ikke kan overføres til dansk ret, er den alligevel et væsentlig bidrag til forståelsen af, hvornår en konsortieaftale har til formål at begrænse konkurrencen. Det skyldes som nævnt, at de norske konkurrenceregler i høj grad svarer til TEUF art. 101 og til den danske konkurrencelov, jf. om sammenspillet mellem norsk ret og dansk ret ovenfor i afsnit 2.2.

³³⁸ Norges Høyesteretts dom, afsagt den 22. juni 2017, sagsnr. 2015/1026, pkt. 50-52

³³⁹ Sanchez-Graells, Albert, *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9, Issue 3, 2018, s. 163, v. sp. – s. 163, h. sp.

³⁴⁰ Løjmand, Heidi Sander, *The Danish Supreme Court's ruling in the "Road Marking Case": the end of a joint bidding era*, 2019, afsnit 4. Comment, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2019/11/28/the-danish-supreme-courts-ruling-in-the-road-marking-case-the-end-of-a-joint-bidding-era-guest-post-by-heidi-sander-ljmand-msc> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

Ski Taxi/Follo Taxi-sagen er kommenteret af Albert Sanchez-Graells, der mener, at afgørelsen er udtryk for en streng bedømmelse set fra virksomhedernes perspektiv. Det skal allerede her bemærkes, at hans kommentarer alene vedrører EFTA-domstolens dom, der dog som bekendt ligger til grund for Højesteretts afgørelse i sagen.

I sin drøftelse af, hvilken praktisk betydning *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* vil have for virksomheder fremadrettet, fremhæver han således, at:

”It seems that the Ski Taxi Judgment points in the direction of increasingly subjecting joint bidding to stricter and stricter competition assessments (...) which will ultimately make viability of this extended business practice hinge on the exemptability of joint tendering arrangements on the basis of Articles 53(3) EEA and 101(3) TFEU.”³⁴¹

4.2.6 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående kan der overordnet drages to konklusioner om til formåls- og til følge-vurderingen af aftaler om fælles bud mellem konkurrenter.

For det første fastslår de nyeste af de gennemgåede afgørelser, at aftaler om fælles bud skal underlægges en til formåls-vurdering efter KRL § 6 og ikke en til følge-vurdering. Som nævnt blev aftalerne dog ikke (udtrykkeligt) anskuet som til formåls-overtrædelser i *Sko-sagerne* og i *Catering-sagen*. Disse afgørelser er imidlertid truffet inden Højesterets afgørelse i *Vejmarkeringssagen* og er alene administrative afgørelser, hvorfor de ikke kan ændre på, at aftaler om fælles bud mellem konkurrenter almindeligvis anskues som til formåls-overtrædelser.

For det andet kan det konstateres, at det både hos konkurrencemyndighederne og domstolene tillægges betydning for til formåls-vurderingen, at de involverede virksomheder var konkurrenter i forhold til udbuddet. Dette er dog ikke det eneste, som afgørelserne lægger vægt på ved til formåls-vurderingen. Alle afgørelser - dog med undtagelse af *Sko-sagerne* - tillægger det således også afgørende betydning, at aftalen om det fælles bud reelt indebar, at virksomhederne fastsatte en fælles pris for udførelsen af den udbudte opgave. Prisaftaler er netop udtrykkeligt nævnt i KRL § 6, stk. 2 og TEUF art. 101, stk. 1 og betragtes som hardcore-konkurrencebegrænsninger, der udgør til formåls-overtrædelser af konkurrencelovgivningen, jf. ovenfor i afsnit 3.3.4.2.4. Det er derfor ikke overraskende, at dette indgår i begrundelsen for, at aftalerne underlægges en til formåls-vurdering.

I Højesterets afgørelse i *Vejmarkeringssagen* samt i sagen om *Skive og Omegns Vognmandsforening* fremhæves dog også et yderligere element i aftalen, nemlig at aftalen indebar en fordeling af opgaverne i udbuddet mellem virksomhederne. En sådan opdeling af markeder er ligeledes nævnt i KRL § 6, stk. 2 og TEUF art. 101, stk. 1 og anskues normalt som en hardcore-konkurrencebegrænsning, der underkastes en til formål-vurdering, jf. ovenfor i afsnit 3.3.4.2.4.

At disse to elementer i aftalerne danner grundlag for at kvalificere aftalen som en til formåls-overtrædelse er også i overensstemmelse med bemærkningerne i fremstillingen ”Konkurrenceloven med kommentarer”, som er omtalt ovenfor i de indledende bemærkninger i afsnit 4.2.1.

³⁴¹ Sanchez-Graells, Albert, *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 9, Issue 3, 2018, s. 163, h. sp.

Afgørelsen er ligeledes kritiseret hos Klevstrand Simen, der anser det for problematisk, at aftalen klassificeres som en til formåls-aftale, se *Taxi Shortcut: Norway's Top Court Rules Joint Bid an Infringement by Object*, 2017, afsnit ”The object shortcut”, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=874> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

5. Den praktiske betydning af Vejmarkeringssagen

Konsortier er ikke en ny samarbejdsform i det danske erhvervsliv. De to *Sko-sager*, der i dag er over 20 år gamle, er et tydeligt bevis herpå. Dette er dog ikke ensbetydende med, at retsstillingen for konsortiesamarbejder i mange år har været klar og entydig. Tværtimod påpegede en række organisationer, herunder Dansk Erhverv og Dansk Industri, kort før domstolenes behandling af *Vejmarkeringssagen*, at der fortsat var behov for en tydeliggørelse af den retlige behandling af konsortier fra konkurrencemyndighedernes side.³⁴² Med en højesteretsdom om samarbejdsformen kunne man måske forvente, at usikkerheden i erhvervslivet en gang for alle var forsvundet, og at retsstillingen for konsortier endelig var klar. Spørgsmålet er dog, om dette er resultatet af Højesterets punktum i *Vejmarkeringssagen* eller, om den praktiske betydning af dommen i virkeligheden er en anden. Det er dette spørgsmål, der er omdrejningspunktet for nærværende afsnit.

5.1 Fremmer eller hæmmer Vejmarkeringssagen effektiviteten?

Der hersker ingen tvivl om, at Højesterets afgørelse i *Vejmarkeringssagen* har affødt reaktioner i erhvervslivet. Det er således fra flere steder blevet påpeget, at dommen har skabt betydelig usikkerhed hos virksomhederne, hvilket frygtes at medføre, at virksomhederne ikke fremadrettet tør indgå aftaler om at afgive fælles bud.³⁴³ Når der samtidig er en tendens til, at udbuddene bliver både større og mere internationale, anføres det, at det ikke kun er små og mellemstore virksomheder, der har behov for, at muligheden for at indgå i et konsortium eksisterer. Det har større danske virksomheder også, hvorfor dommen tillige risikerer at afholde dem fra at deltage i konkurrencen om udbudte opgaver.³⁴⁴

De potentielle konsekvenser af højesteretsdommen forekommer dog ikke kun på tilbudssiden, men også på udbudssiden. Det er således også blevet påpeget, at dommen kan betyde, at ordregiverne vil afholde sig fra at udforme udbuddene på en sådan måde, at virksomhederne kan afgive delbud. Baggrunden for dette er, at det navnlig er ved de udbud, der åbner op for både delbud og bud på hele opgaven, at virksomhederne risikerer at komme i konflikt med konkurrenceretten.³⁴⁵ Disse betragtninger harmonerer med analysen af praksis i afsnit 4.1. Det fremgår netop af denne analyse, at virksomhederne ved udbud med delopgaver både må være sikre på, at de hverken aktuelt eller potentielt kunne løfte hele opgaven *eller* en del af den selv, før de indlader sig på et konsortiesamarbejde. Der består med andre ord én yderligere faldgrube for virksomhederne ved udbud med delopgaver.

Ét er imidlertid at konstatere, at *Vejmarkeringssagen* kan medføre en større tilbageholdenhed med konsortiesamarbejder. Et andet spørgsmål er, hvilken betydning dette har i et konkurrenceretligt perspektiv. Såfremt frygten for at blive dømt for at overtræde KRL afholder virksomhederne fra at afgive

³⁴² FT 2017-18, L 6, Bilag 6, Høringssvar til udkast til vejledning, s. 1

³⁴³ Crone, Morten, *Virksomheder blåstempler sig selv efter vejstribe-dom*, Børsen, 2020, <https://borsen-dk.ez.statsbiblioteket.dk:12048/nyheder/virksomheder/virksomheder-blaastempler-sig-selv-efter-vejstribe-dom-8mcx8> (sidst besøgt d. 29.05.2020); Madsen, Peter G.H., *Sag om vejstriber skaber problemer for dansk erhvervsliv*, Dansk Industri, 2019, afsnit "Sp. Hvilke konsekvenser vil sagen få?", <https://www.danskindustri.dk/di-business/arkiv/nyheder/2019/11/sag-om-vejstriber-skaber-problemer-for-dansk-erhvervsliv/> (sidst besøgt d. 29.05.2020); Ferslev, Signe, Accura-advokater: Højesteretsdom i vejstribesagen er "triste nyheder", AdvokatWatch, 2019, afsnit "et ærgerligt tilbageslag", <https://advokat-watch.dk/Advokatnyt/Sager/article11797509.ece> (sidst besøgt d. 29.05.2020); Crone, Morten, *Byggeriet vinker farvel til konsortier efter dom*, Børsen, 2019, <https://borsen-dk.ez.statsbiblioteket.dk:12048/nyheder/virksomheder/byggeriet-vinker-farvel-til-konsortier-efter-dom-714yb> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³⁴⁴ Madsen, Peter G.H., *Sag om vejstriber skaber problemer for dansk erhvervsliv*, Dansk Industri, 2019, afsnit "Sp. Hvorfor er den her sag så vigtig for danske virksomheder?", <https://www.danskindustri.dk/di-business/arkiv/nyheder/2019/11/sag-om-vejstriber-skaber-problemer-for-dansk-erhvervsliv/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³⁴⁵ *Ibid.*, afsnit "Et slag mod samarbejdet og den offentlige digitalisering"

fælles bud i situationer, hvor de *ikke* kunne klare opgaven selv, reduceres konkurrencen om de udbudte opgaver.³⁴⁶

Tanken bag KRL er som nævnt i afsnit 3.1, at virksom konkurrence er midlet til en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse. Derfor kræver det ikke megen tankevirksomhed at nå frem til, at dommens konsekvenser vil komme i konflikt med KRL's overordnede formål under disse forudsætninger. Sagt med andre ord: Selvom den konkrete aftale mellem Eurostar og LKF/GVCO vurderedes til at være skadelig for effektiviteten på markedet i en sådan grad, at den måtte forbydes – så kan effekterne af dette resultat ende med at skade effektiviteten på samfundsplan i endnu højere grad, fordi virksomheder generelt afskrækkes fra at samarbejde om udbudte opgaver.

Det er dog væsentligt at pointere, at ovenstående blot er ét ud af flere perspektiver på spørgsmålet om, hvorvidt højesteretsafgørelsen bidrager positivt til effektiviteten eller ej. Formanden for Konkurrencerådet og direktøren i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremkom kort efter afgørelsen med et – ikke overraskende – helt andet syn på dommen. Deres opfattelse er, at dommen er med til at fastlægge balancen mellem konsortier, som medfører flere bud til gavn for kunderne, og konsortier, der eliminerer konkurrencen til skade for kunderne. Dommen afskærer dermed ikke ethvert konsortiesamarbejde, kun de effektivitetsskadende. Ifølge formanden og direktøren er dommen således ikke ødelæggende for konkurrencen og dermed effektiviteten. De anerkender dog, at *reaktionerne* på den kan få sådanne negative følger.³⁴⁷

5.2 Særligt om strafsanktionen

En del af årsagen til erhvervslivets prompte reaktion på Højesterets dom i *Vejmarkeringssagen* er, at overtrædelse af KRL § 6 kan resultere i en ikke ubetydelig straf.³⁴⁸ Hertil kommer, at det ikke alene er selve virksomheden, der kan strafforfølges i kartelsager. Ved ændringen af KRL i 2012 blev der indført fængselsstraf for personer, der deltager i karteller, se KRL § 23, stk. 3.³⁴⁹

Det er klart, at risikoen for straf, der under særligt skærpene omstændigheder kan stige til fængsel i op til 6 år, jf. straffelovens § 299c, kombineret med, at det for virksomheden kan være svært at vurdere, om den befinder sig i eller uden for det lovlige område af KRL § 6, kan afholde virksomheder fra at indgå konsortieaftaler. Denne tilbageholdenhed kan ydermere frygtes at blive forstærket af, at Højesteret i *Vejmarkeringssagen* fastslog, at aftalen mellem konkurrenterne Eurostar og GVCO udgjorde en til formåls-overtrædelse af loven. Når dette er tilfældet, har virksomhederne som nævnt ikke mulighed for at undgå en lovovertrædelse og dermed straf ved den kvantitative bagatelregel i KRL § 7.³⁵⁰ Dermed vil selv mindre virksomheder og deres ledelse kunne rammes hårdt, hvis de foretager vurderingen forkert.

³⁴⁶ I denne retning, se Ferslev, Signe, Accura-advokater: Højesteretsdom i vejstribesagen er "triste nyheder", AdvokatWatch, 2019, <https://advokatwatch.dk/Advokatnyt/Sager/article11797509.ece> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³⁴⁷ Schultz, Christian, Hald, Jakob, *Højesteret skaber balance med vejstribesag*, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2019, <https://www.kfst.dk/nyheder/kfst/synspunkter/20191209-hoejesteret-skaber-balance-med-vejstribesag/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

Artiklen er dog kritiseret af Dansk Industri, se Crone, Morten, *"Ingen direktør vil løbe den risiko: Man risikerer seks års fængsel, men man får ikke at vide, hvordan man kan undgå det"*, Børsen, 2019, <https://borsen.dk/nyheder/virksomheder/ingen-direktoer-vil-loebe-den-risiko-man-risikerer-seks-aars-faengsel-men-man-faar-ikke-at-videre-hvordan-man-kan-undgaa-det-74v1k> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³⁴⁸ Se eksempelvis synspunkterne hos Kim Haggren fra Dansk Industri i artiklen Crone, Morten, *"Ingen direktør vil løbe den risiko: Man risikerer seks års fængsel, men man får ikke at vide, hvordan man kan undgå det"*, Børsen, 2019, <https://borsen.dk/nyheder/virksomheder/ingen-direktoer-vil-loebe-den-risiko-man-risikerer-seks-aars-faengsel-men-man-faar-ikke-at-videre-hvordan-man-kan-undgaa-det-74v1k> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³⁴⁹ Indført ved lov nr. 1385 af 23-12-12

³⁵⁰ Muligheden for fritagelse efter KRL § 8 er i øvrigt også begrænset i sådanne tilfælde, jf. afsnit 3.4.

Det blev da også allerede ved behandlingen af lovforslaget om indførelsen af fængselsstraf adresseret, at der var betænkeligheder ved denne sanktion. Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget stillede således den daværende erhvervs- og vækstminister en række spørgsmål om, hvorvidt gerningsindholdet var tilstrækkeligt klart til at overtrædelse kunne sanktioneres med fængselsstraf.³⁵¹ Ministeren fastslog imidlertid, at gerningsindholdet var tilstrækkeligt specificeret og fremhævede i den forbindelse det almindelige strafferetlige princip om, at det i enhver straffesag er op til domstolene at vurdere, om det er bevist ud over enhver rimelig tvivl, at tiltalte har begået en lovovertrædelse.³⁵² Ikke desto mindre viser de stillede spørgsmål klart, at indførelsen af fængselstraf ikke skete uden retssikkerhedsmæssige overvejelser herom.

5.3 Hvordan kan der skabes mere klarhed om retsstillingen?

Det fremgår af de ovenfor anførte bemærkninger, at der selv efter Højesterets afgørelse i *Vejmarkeringssagen* hersker usikkerhed om indgåelsen af konsortieaftaler. Som første skridt på vejen mod en tydeligere retsstilling har erhvervslivet efterspurgt klarere regler. Flere brancheforeninger har således anført, at de først og fremmest afventer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udgiver en ny vejledning om konsortiesamarbejde, der er revideret på baggrund af Højesterets dom i *Vejmarkeringssagen*.³⁵³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har da også efter dommen udarbejdet et udkast til en ny vejledning om fælles bud, der i maj 2020 var i åben høring. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indeholder udkastet nye og flere eksempler, hvilket måske imødekommer virksomhedernes ønske om en tydeligere retsstilling i et vist omfang. Den endelige vejlednings indhold kendes dog ikke på nuværende tidspunkt.³⁵⁴

Et andet løsningsforslag, der har været fremsat som middel til at forbedre retssikkerheden på området er indførelsen af muligheden for at få en bindende forhåndsbesked. En sådan mulighed findes allerede i dansk ret på skatteområdet.³⁵⁵ Den tidligere erhvervs- og vækstminister Anette Vilhelmsen afviste dette forslag med henvisning til, at Konkurrencelovsudvalget allerede havde overvejet det, men dog havde fundet, at det konkurrenceretlige område ikke var egnet hertil. I modsætning til på skatteområdet kan myndigheden ikke her udelukkende lægge virksomhedens oplysninger til grund ved afgivelsen af et bindende svar, idet de også må foretage selvstændige undersøgelser. Derfor ville en forhåndsbesked blive givet med så mange forbehold, at dens bindende karakter ville være illusorisk.³⁵⁶

³⁵¹ FT 2012-13, lovforslag nr. L 41, fremsat den 26. oktober 2012, betænkning afgivet den 6. december 2019, spørgsmål 1, 2 og 17

³⁵² *Ibid.*, udvalgsbehandling, spørgsmål og svar, svar på spørgsmål 1,2 og 17

³⁵³ Hansen, Rune Fick, Stopper vejstriber muligheden for at samarbejde om udbud?, IT-Branchen, 2020, afsnit "Der er brug for klarere regler", <https://itb.dk/maerkesager/offentlig-digitalisering/stopper-vejstriber-muligheden-for-at-samarbejde-om-udbud/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³⁵⁴ <https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2020/20200507-vejledning-om-faelles-bud-paa-opgaver-sendt-i-hoering/> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³⁵⁵ FT 2012-13, lovforslag nr. L 41, fremsat den 26. oktober 2012, betænkning afgivet den 6. december 2019, spørgsmål 23 og 34. Se også Dansk Industris forslag i artiklen Crone, Morten, "Ingen direktør vil løbe den risiko: Man risikerer seks års fængsel, men man får ikke at vide, hvordan man kan undgå det", Børsen, 2019, <https://borsen.dk/nyheder/virksomheder/ingen-direktoer-vil-loebe-den-risiko-man-risikerer-seks-aars-faengsel-men-man-faar-ikke-at-vide-hvordan-man-kan-undgaa-det-74v1k> (sidst besøgt d. 29.05.2020)

³⁵⁶ FT 2012-13, lovforslag nr. L 41, fremsat den 26. oktober 2012, udvalgsbehandling, spørgsmål og svar, svar på spørgsmål 23 og 34

Der findes da også allerede en mulighed for, at virksomheder, der påtænker at indgå en aftale, kan anmode om konkurrencemyndighedernes forudgående stillingtagen til aftalens lovlighed. Bestemmelsen findes i KRL § 9, der hjemler de såkaldte negativattester. Det kan derfor overvejes, om effekterne af en bindende forhåndsbesked ikke allerede er tilgodeset ved KRL § 9. Erhvervs- og vækstministeren henviste om ikke andet til, at virksomheder som alternativ til forhåndsbeskeder benyttede sig den allerede eksisterende mulighed.³⁵⁷ Udstedelsen af en negativattest medfører, at der ikke kan pålægges straf, fordi forholdet enten er lovligt eller fordi, virksomheden med en negativattest i hånden ikke kan antages at have udvist grov uagtsomhed eller forsæt, som er påkrævet efter KRL § 23, stk. 1.³⁵⁸ Hertil kommer, at Konkurrencerådet ikke kan afslå at behandle en anmodning efter KRL § 9, stk. 1 samt, at afgørelsen som udgangspunkt er bindende for Konkurrencerådet, der således ikke uden videre kan tilbagekalde denne.³⁵⁹ Der er med andre ord tale om en mulighed, som virksomheder i vidt omfang kan benytte til at reducere en del af den usikkerhed, der består ved indgåelsen af et konsortiesamarbejde.

5.4 Er underleverandøraftaler et alternativ til konsortier?

Konsortieaftaler er blot én mulig samarbejdsform for virksomheder, der ønsker at deltage i et udbud sammen. En anden måde, hvorpå virksomheder kan indgå et sådant samarbejde, er ved underleverandøraftaler. Underleverandøraftaler adskiller sig fra konsortieaftaler ved, at det kun er den ene virksomhed, der er ordregiverens kontraktpart. En virksomhed afgiver således et bud på opgaven alene, men indgår en eller flere aftaler med underleverandører om, at disse skal bistå med opgavens udførelse.³⁶⁰ Spørgsmålet er imidlertid, om virksomhederne ved denne samarbejdsform kan formindske den risiko for lovovertrædelse og straf, der består ved konsortieaftaler.

Dette synes ikke at være tilfældet. I teorien er det således anført, at underleverandøraftaler blot er en afart af fælles bud, hvilket indebærer, at den retlige vurdering af konsortier kan overføres til underleverandøraftaler. Er virksomhederne reelt konkurrenter – dvs. kunne de have budt hver for sig – vil aftalen reducere konkurrencen i strid med de konkurrenceretlige regler.³⁶¹ Det er endda anført af Christopher Thomas, at underleverandøraftaler, der ikke er fuldstændig offentliggjorte i det bud, der afgives til ordregiveren, rejser særskilte problemer sammenlignet med ”almindelige” fælles bud, hvorfor de udgør det område med størst risiko for ulovlig karteldannelse.³⁶²

I Danmark blev der sidste år afsagt en byretsdom om en underleverandøraftale.³⁶³ Udbuddet i sagen bestod af fem delaftaler. Virksomheden Bacher Logistics A/S (i det følgende Bacher) bød på samtlige delopgaver og vandt tre af dem. Virksomheden havde indgået en aftale med selskabet Bjerregaard Sikkerhed A/S (i det følgende Bjerregaard) om, at sidstnævnte skulle virke som underleverandør for Bacher. Situationen adskiller sig dog fra en typisk underleverandørkonstellation, hvor kun den ene

³⁵⁷ *Ibid.*, svar på spørgsmål 23

³⁵⁸ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udg., 2018, s. 163

³⁵⁹ *Ibid.*, s. 162 og s. 274. Se dog KRL § 9, stk. 2 om samhandelspåvirkning.

³⁶⁰ Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Issue 9, 2015, s. 629, v. sp. og 636, v. sp.

³⁶¹ *Ibid.*, s. 636, v. sp. Se også Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017, s. 2 der også anskuer underleverandøraftaler som en del af ”bid-rigging” ligesom konsortieaftaler.

³⁶² Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, Issue 9, 2015, s. 637, v. sp.

³⁶³ Retten i Glostrups dom, afsagt den 24. september 2019

virksomhed deltager direkte i udbuddet, idet underleverandøren Bjerregaard også selv afgav bud på en af delopgaverne.³⁶⁴

Byretten fandt, at aftalen mellem de to virksomheder var forenelig med KRL § 6.³⁶⁵ Dette resultat kan dog næppe tages til indtægt for, at underleverandøraftaler generelt er lovlige og dermed en bedre samarbejdsform for virksomhederne end konsortieaftaler. Det skyldes, at dommen er meget konkret begrundet, hvorfor det er vanskeligt at konkludere, hvad rækkevidden af den er.³⁶⁶

Den svenske Patent – och marknadsöverdomstol har truffet afgørelse i en lignende sag d. 28. april 2017.³⁶⁷ Sagen drejede sig om et udbud fra Stockholms läns landsting af sundhedstjenesteydelser. Virksomheden Aleris Diagnostik AB indgik en aftale med Catio S:t Görans Sjukhus AB om, at selskaberne skulle byde på de forskellige ydelser med deres maksimale kapacitet. Det blev dog samtidig aftalt, at begge virksomheder havde ret til at fungere som underleverandør, hvis den anden vandt udbuddet. En stort set tilsvarende aftale blev indgået mellem Aleris Diagnostik AB og to andre virksomheder. De sidstnævnte virksomheder overdrog efterfølgende deres rettigheder til virksomheden Hjärtkärlgruppen i Sverige AB.³⁶⁸

Patent- och marknadsöverdomstolen undersøgte først, om aftalerne havde til formål at begrænse konkurrencen. I den forbindelse lagde domstolen vægt på, at Stockholms läns landsting næsten havde et faktisk monopol på området. Derudover fremhævede domstolen, at laveste pris var det eneste tildelingskriterium og, at kun et begrænset antal virksomheder ville blive valgt til opgaven. Virksomhederne risikerede som følge heraf at blive ekskluderet fra markedet, hvis de ikke vandt udbuddet.³⁶⁹ Endeligt fremhævede domstolen også den omstændighed, at virksomhederne havde aftalt at byde ind med deres maksimale kapacitet på de tjenester, som de tidligere havde budt på. På baggrund heraf konkluderede domstolen, at aftalen ikke havde til formål at begrænse konkurrencen. Det havde ifølge retten været anderledes, hvis aftalen ikke havde været at byde ind med fuld kapacitet, idet samarbejdet da ville have karakter af et markedsdelingskartel.³⁷⁰

Efter at have afvist, at aftalen kunne karakteriseres som en til formåls-aftale, undersøgte domstolen, om aftalen havde til følge at begrænse konkurrencen. Dette fandtes heller ikke at være tilfældet.³⁷¹

Som det fremgår, er denne dom meget konkret begrundet ligesom den danske byretsdom fra 2019. Navnlig fremhævelsen af ordregiverens faktiske monopol medfører, at dommens resultat ikke uden videre kan overføres på andre underleverandøraftaler. På trods af de sammenfaldende resultater i disse to afgørelser synes der derfor fortsat ikke at være grundlag for at konstatere, at underleverandøraftaler er en mere sikker vej end konsortieaftaler for virksomheder, der ønsker at samarbejde om et udbud.

5.5 Delkonklusion

På baggrund af ovennævnte kan det konstateres, at Højesterets dom i *Vejmarkeringssagen* har affødt usikkerhed og bekymring i erhvervslivet. Der kan derfor rejses tvivl om, hvorvidt afgørelsen i virkeligheden vil hæmme effektiviteten snarere end at fremme den. En udpræget tilbageholdenhed med

³⁶⁴ *Ibid.*, s. 4-6

³⁶⁵ *Ibid.*, 18

³⁶⁶ Se også fodnote 121 i afsnit 4.1.2.2.5.1, hvor dommen er omtalt

³⁶⁷ Patent – och marknadsöverdomstolen dom, afsagt d. 28. april 2017, Mål Nr. PMT 7597-16

³⁶⁸ *Ibid.*, s. 5-6

³⁶⁹ *Ibid.*, s. 12

³⁷⁰ *Ibid.*, s. 14

³⁷¹ *Ibid.*, s. 16-17

konsortieaftaler er under alle omstændigheder næppe ønskværdigt henset til KRL's overordnede formål om effektivitet på samfundsplan.

Løsningen på dette problem er imidlertid ikke oplagt. Virksomhederne må således for nu forholde sig til udkastet til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens nye vejledning og afvente, hvordan indholdet af denne endeligt bliver. Om en ny vejledning bidrager til større klarhed og tydelighed på området kan kun tiden dog vise.

6. Konklusion

Det kan først og fremmest konkluderes, at den konkurrenceretlige bedømmelse af virksomhedssamarbejder efter KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1 består af flere trin. Konsortiesamarbejder er ingen undtagelse – men det er dog særligt betingelsen om, at aftalen skal have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, der kan give udfordringer. Vurderingen af betingelsen kræver således en stillingtagen til en række spørgsmål, hvoraf et helt centralt af dem er, om de deltagende virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter.

Der hersker ikke tvivl om, at det afgørende kriterium for, hvornår deltagerne i et konsortium er konkurrenter, er, om virksomhederne kunne have afgivet et bud på den udbudte opgave alene. Dette kriterium er angivet i pkt. 30 og 237 i Kommissionens retningslinjer om horisontale samarbejdsaftaler, og det følger ligeledes af dansk praksis og af EU-praksis.

At forstå tankerne bag kriteriet er heller ikke svært: Et konsortiesamarbejde mellem virksomheder, som kunne have afgivet individuelle bud, reducerer antallet af bud. Derimod medfører konsortiesamarbejder mellem virksomheder, der ikke var i stand til at byde selv, at der kommer et yderligere bud, hvilket er konkurrencefremmende.

Selvom kriteriet og rationalet bag det forekommer enkelt, kan det være vanskeligt at anvende det i praksis.

For det første kan det være kompliceret at foretage en vurdering af virksomhedernes aktuelle og potentielle kapacitet, hvilket kriteriet kræver. Disse kapacitetsvurderinger er et særdeles hyppigt stridspunkt mellem virksomhederne og konkurrencemyndighederne. Det var f.eks. tilfældet i *Vejmarkeringssagen*, *Skive og Omegns Vognmandsforening*, *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* og *Catering-sagen*.

For det andet bidrager kriteriet ikke til nogen afklaring af, hvornår konsortiesamarbejder er lovlige i de tilfælde, hvor udbudsmaterialet giver mulighed for delbud. Det skyldes, at spørgsmålet her er, om virksomhederne for at være konkurrenter skal kunne byde på den samlede opgave eller, om de bare skal have kapacitet til at kunne byde på en delopgave. Dette spørgsmål blev imidlertid besvaret af Højesteret i *Vejmarkeringssagen*. Med denne afgørelse står det klart, at det afgørende for, om virksomhederne er konkurrenter, er, om de var i stand til at byde på bare en delopgave. Selvom ingen af virksomhederne har tilstrækkelig kapacitet til at byde på den samlede opgave alene, kan de således alligevel være konkurrenter. Højesterets afgørelse er herved i overensstemmelse med afgørelsen i *Skive og Omegns Vognmandsforening* samt *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen*.

Besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt de deltagende virksomheder er konkurrenter, er dog som antydnet kun en del af vurderingen. På baggrund af konkurrentvurderingen må det efterfølgende undersøges, om aftalen har et konkurrencebegrænsende formål eller konkurrencebegrænsende følger.

Det kan her konkluderes, at aftaler om afgivelse af fælles bud mellem *konkurrenter* udgør til formåls-overtrædelser og ikke til følge-overtrædelser.

Konkurrentrelationen er dog ikke hele begrundelsen for til formåls-kategoriseringen, da både domstolene og konkurrencemyndighederne ligeledes lægger vægt på, at aftalerne indebærer en fælles prisfastsættelse og evt. en fordeling af markeder mellem virksomhederne. Såvel prisaftaler som markedsopdelingsaftaler er udtrykkeligt nævnt i KRL § 6, stk. 2 og TEUF art. 101, stk. 1 og betragtes som hardcore-konkurrencebegrænsninger.

Når konsortieaftaler således sidestilles med prisaftaler – og i visse tilfælde markedsopdelingsaftaler – er det ikke overraskende, at de efter deres karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng anses for at rumme et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at de kan kategoriseres som til formåls-overtrædelser. Konsortieaftalerne i *Vejmarkeringssagen*, *Skive og Omegns Vognmandsforening*, *Catering-sagen* og *Ski Taxi/Follo Taxi-sagen* blev som følge heraf alle dømt uforenelige med konkurrenceretten. Virksomhedernes argumenter om, at konsortieaftalerne medførte effektivitetsgevinster samt, at samarbejdet foregik i åbenhed, blev således afvist af konkurrencemyndighederne og domstolene.

Denne retstilstand stiller imidlertid krav til virksomhederne: Hvis der foretages en fejlagtig vurdering af virksomhedernes aktuelle eller potentielle kapacitet, kan det resultere i en til formåls-overtrædelse af KRL. En overtrædelse, som endda kan medføre fængselsstraf for ledelsen. Derfor er Højesterets afgørelse i *Vejmarkeringssagen* blevet kritiseret for at afstedkomme en tilbageholdenhed hos virksomheder med at danne konsortier – også hvor de er lovlige. Det kan have den virkning, at effektiviteten hæmmes, hvilket ikke just er ønskeligt henset til formålet bag konkurrenceretten. Erhvervslivet har følgelig udtrykt et ønske om, at der skabes større klarhed om retsstillingen. Dette ønske kan muligvis opfyldes ved den nye vejledning om konsortiesamarbejde fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvis endelige udformning formentlig offentliggøres inden længe.

Forkortelsesliste

EU-Domstolen/Domstolen	Den Europæiske Unions Domstol
EU	Den Europæiske Union
EØS	Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde
FT	Folketingstidende
... H	Højesteretsdom
Kommissionen	Europa-Kommissionen
KAN	Konkurrenceankenævnet
KR	Konkurrencerådet
KRL	Konkurrenceloven, lovbkg. 2018-03-01 nr. 155
KS	Konkurrencestyrelsen
KT	Konkurransetilsynet
Retten	Retsinstans under Den Europæiske Unions Domstol
... SH	Sø- og Handelsrettens dom
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde
U ...	Ugeskrift for Retsvæsen

Litteraturfortegnelse

Litteratur

Bailey, David, John, Laura Elizabeth, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8. udgave, 1. oplag, Oxford University Press, 2018

Buch-Hansen, Hubert, *Karteller – Afsløringen af aftalt spil i dansk erhvervsliv*, 1. udgave, 1. oplag, Gyldendal, 2016

Faull, Jonathan, Nikpay, Ali, *Faull & Nikpay: The EU Law of Competition*, 3. udgave, 1. oplag, Oxford University Press, 2014

Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, 1. oplag, Karnov Group, 2017

Fejøl, Jens, Ølykke, Grith Skovgaard, *EU-Konkurrenceret – Almindelig del*, 5. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2014

Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret*, 3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2017

Heide-Jørgensen, Caroline, Jakobsen, Peter Stig, Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, Langseth, Jan Magne, Neergaard, Ulla, Poulsen, Sune Troels, Ryhl, Charlotte Friis Bach, Schovsbo, Jens, *Konkurrenceretten i EU*, 3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2009

Hjelmeng, Erling J., Sørgard, Lars, *Konkurranspolitik: Rettslig og økonomisk analyse*, 1. udg., Fagbøksforlaget, 2014

Iversen, Bent, Jessen, Pernille Wegener, Mortensen, Bent Ole Gram, Steinicke, Michael, Sørensen, Karsten Engsig, *Regulating Competition in the EU*, 2. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2012

Levinsen, Kirsten, Andersen, Kristian Helge, Kastfelt, Louise, *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2018

Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1 – Konkurrencebegrænsningsret*, 7. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2018

Mortensen, Bent Ole Gram, Steinicke, Michael, *Dansk Markedsret*, 5. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2018

Whish, Richard, Bailey, David, *Competition Law*, 8. udgave, 1. oplag, Oxford University Press, 2015

Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2017

Artikler og online indlæg

Anchustegui, Ignacio Herrera, *Joint bidding and object restrictions of competition: The EFTA Court's take in the 'Taxi case'*, European Competition and Regulatory Law Review, Volume 1, Issue 2, 2017

Calzado, Javier Ruiz, Scordamaglia-Tousis, Andreas, *Groupement des Cartes Bancaires v Commission: Shedding Light on What is not a 'by object' Restriction of Competition*, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 6, Issue 7, 2015

Crone, Morten, Byggeriet vinker farvel til konsortier efter dom, Børsen, 2019, <https://borsen.dk.ez.statsbiblioteket.dk:12048/nyheder/virksomheder/byggeriet-vinker-farvel-til-konsortier-efter-dom-714yb>

Crone, Morten, "Ingen direktør vil løbe den risiko: Man risikerer seks års fængsel, men man får ikke at vide, hvordan man kan undgå det", Børsen, 2019, <https://borsen.dk/nyheder/virksomheder/ingen-direktoer-vil-loebe-den-risiko-man-risikerer-seks-aars-faengsel-men-man-faar-ikke-at-vide-hvordan-man-kan-undgaa-det-74v1k>

Crone, Morten, Virksomheder blåstempler sig selv efter vejstribe-dom, Børsen, 2020, <https://borsen.dk.ez.statsbiblioteket.dk:12048/nyheder/virksomheder/virksomheder-blaastempler-sig-selv-efter-vejstribe-dom-8mcx8>

Ferslev, Signe, *Accura-advokater: Højesteretsdom i vejstribesagen er "triste nyheder"*, Advokat-Watch, 2019, <https://advokatwatch.dk/Advokatnyt/Sager/article11797509.ece>

Hansen, Rune Fick, *Stopper vejstriber muligheden for at samarbejde om udbud?*, IT-Branchen, 2020, <https://itb.dk/maerkesager/offentlig-digitalisering/stopper-vejstriber-muligheden-for-at-samarbejde-om-udbud/>

Harrison, Dan, *The Allianz Hungária case – The ECJ's judgment could have ugly consequences*, Competition Law Insight, 2013

Klevstrand, Simen, *Taxi Shortcut: Norway's Top Court Rules Joint Bid an Infringement by Object*, 2017, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=874>

Løjmand, Heidi Sander, *The Danish Supreme Court's ruling in the "Road Marking Case": the end of a joint bidding era*, 2019, <https://www.howto Crackanut.com/blog/2019/11/28/the-danish-supreme-courts-ruling-in-the-road-marking-case-the-end-of-a-joint-bidding-era-guest-post-by-heidi-sander-ljmand-msc>

Killick, James, Jourdan, Jeremie, *Cartes Bancaires: A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?*, 2014, <https://dev.competitionpolicyinternational.com/cartes-bancaires-a-revolution-or-a-reminder-of-old-principles-we-should-never-have-forgotten/>

Kjær-Hansen, Erik, Alsing, Josephine, *Danish Court: Consortium Agreement and Joint Bidding Permissible under Competition Law*, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 10, Issue 4, 2019

Klöcker, Michael, *CONSORTIUM, CARTEL OR SOMETHING IN BETWEEN?*, 2016, <https://www.nordiccompetitionblog.com/?p=627>

Madsen, Peter G.H., *Sag om vejstriber skaber problemer for dansk erhvervsliv*, Dansk Industri, 2019, <https://www.danskindustri.dk/di-business/arkiv/nyheder/2019/11/sag-om-vejstriber-skaber-problemer-for-dansk-erhvervsliv/>

Nagy, Csongor István, *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect in Allianz: The End of Coherence after Competition Analysis?*, *World Competition: Law and Economics Review*, Volume 36, No. 4, 2013

Nagy, Csongor István, *The new concept of anti-competitive object: a loose cannon in EU competition law*, *European Competition Law Review*, Vol. 36, No. 4, 2015

Pinborg, Jacob, Ølykke, Grith Skovgaard, *Konsortier – a rose by any other name would smell as sweet...*, *Advokaten* 1, 2018

Ritter, Cyril, *Joint tendering under EU competition law*, 2017

Sanchez-Graells, Albert, *JOINT BIDDING AND SUBCONTRACTING UNDER EU COMPETITION LAW: SOME CRITICAL COMMENTS ON THOMAS (2015)*, 2015, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2015/12/joint-bidding-and-subcontracting-under.html>

Sanchez-Graells, Albert, *Ski Taxi: Joint Bidding in Procurement as Price-Fixing?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 3, 2018

Schultz, Christian, Hald, Jakob, *Højesteret skaber balance med vejstribesag*, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2019, <https://www.kfst.dk/nyheder/kfst/synspunkter/20191209-hoejesteret-skaber-balance-med-vejstribesag/>

Thomas, Christopher, *Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting Under EU Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 6, Issue 9, 2015

Lovgivning og forarbejder

Besvarelse af spørgsmål 106 (L 172 – bilag nr. 113) af 6. maj 1997 fra Folketingets Erhvervsudvalg

FT 1996-97, Tillæg A

FT 1999-00, Tillæg A, lovforslag nr. L 242, fremsat den 30. marts 2000, bemærkninger til lovforslaget

FT 2012-13, lovforslag nr. L 41, fremsat den 26. oktober 2012, betænkning afgivet den 6. december 2019

FT 2012-13, lovforslag nr. L 41, fremsat den 26. oktober 2012, udvalgsbehandling, spørgsmål og svar

FT 2017-18, Folketingstidende A, lovforslag nr. L 6, fremsat den 4. oktober 2017, bemærkninger til lovforslaget

FT 2017-18, L 6, Bilag 6, Høringssvar til udkast til vejledning

Konkurrenceloven - lov nr. 1385 af 23-12-12

Konkurrenceloven – lovbekendtgørelse nr. 155 af den 1. marts 2018

Konkurranseloven – LOV-2004-03-05-12, sidst ændret ved LOV-2019-06-14-23

Lovforslag som fremsat - L 63 2004-2005 1. samling

Straffeloven – lovbekendtgørelse nr. 976 af den 17. september 2019

Udbudsloven – lov nr. 1564 af den 15. december 2019

Traktater mv.

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

Aftale om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS-aftalen)

De danske konkurrencemyndigheders afgørelser

Konkurrenceankenævnets kendelse, *Eurostar Danmark A/S og LKF Vejmarkering A/S mod Konkurrencerådet*, sag KL-2-2015 og KL-3-2015, 11. april 2016

Konkurrenceankenævnets kendelse, *Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening m.fl. mod Konkurrencerådet*, sag KL-2-2017, KL-4-2017 og KL 5-2017, 12. september 2018

Konkurrencerådets afgørelse, *Dansk Vejmarkerings Konsortium, BET-14/04158*, 25. juni 2015

Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*, 2:802-299, 23. februar 2000

Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Påbud til leverandører af ortopædiske sko*, refereret på Konkurrencerådets møde den 24. november 1999

Konkurrencestyrelsens afgørelse, *Samarbejdsaftale mellem Ove Juel Catering A/S og Th. Schulz A/S*, 3/1120-0301-0132/KB/SEK, 26. november 2003

Konkurrencerådets afgørelse, *Skive og Omegns Vognmandsforenings tilbudskoordinering*, BITE - 12/06678, 30. april 2014

Danske domstolsafgørelser

Højesterets dom, afsagt den 27. november 2019, sag 191/2018 (U.2020.524H)

Retten i Glostrups dom, afsagt den 24. september 2019, rettens nr. 15-10950/2017

U.2019.102SH

Vejledninger og udkast fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til vejledning, *Når virksomheder afgiver fælles bud – en vejledning om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2020*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, *Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven, 2018*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Vejledning om straflempelse for karteller, 2018*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konkurrenceloven, *Vejledning om forbuddene mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling, 2019*

Norske domstolsafgørelser samt administrativ praksis

Borgarting lagmannsretts dom, afsagt den 17. marts 2015, sagsnr. 13-075034ASD-BORG/01

Norges Høyesteretts dom, afsagt den 22. juni 2017, sagsnr. 2015/1026

Konkurranseskagenemndas afgørelse, *El Proffen*, 31. august 2018, sak: 2018/112 og 2018/113

Konkurransetilsynets afgørelse, *El Proffen*, 4. september 2017, vedtak V2017-21

Svenske domstolsafgørelser

Stockholms Tingsrätts dom af 21. januar 2014, Däckia Aktiebolag og Euromaster Aktiebolag

Patent – och marknadsöverdomstolens dom, afsagt den 28. april 2017, Mål Nr. PMT 7597-16

EU-Domstolsafgørelser

C-56/65, *Société Technique Minière* (EU:C:1966:38)

C-41/90, *Höfner* (EU:C:1991:161)

T-374/94, *European Night Services* (EU:T:1998:198)

T-112/99, *Métropole télévision (M6)* (EU:T:2001:215)

C-309/99, *Wouters m.fl.* (EU:C:2002:98)

C-2/01 P og C-3/01 P, *Bayer AG* (EU:C:2004:2)

T-217/03, *FNCBV* (EU:T:2006:391)

T-328/03, *O2* (EU:T:2006:116)

C-519/04 P, *Meca-Medina m.fl.* (EU:C:2006:492)

C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline* (EU:C:2009:610)

C-209/07, *BIDS* (EU:C:2008:643)

T-461/07, *Visa* (EU:T:2011:181)

C-8/08, *T-Mobile* (EU:C:2009:343)

C-403/08 m.fl., *Football Association* (EU:C:2011:631)

T-360/09, *E.ON Ruhrgas* (EU:T:2012:332)

C-439/09, *Pierre Fabre* (EU:C:2011:649)

C-32/11, *Allianz Hungária* (EU:C:2013:160)

C-226/11, *Expedia* (EU:C:2012:795)

C-67/13 P, *CB* (EU:C:2014:2204)

C-172/14, *IING Pensii* (EU:C:2015:484)

C-345/14, *Maxima Latvija* (EU:C:2015:784)

C-373/14 P, *Toshiba* (EU:C:2016:26)

Kommissionens beslutninger

Kommissionens afgørelse af 19. juni 2013 i sag AT.39226, *Lundbeck*

Kommissionens beslutning af 24. oktober 1988 i sag IV/32.437/8, *Eurotunnel*

Kommissionens beslutning af 13. juli 1990 i sag IV/32.009, *Elopkak/Metal Box-Odin*

Kommissionens beslutning af 27. juli 1990 i sag IV/32.688, *Konsortium ECR 900*

Forordninger

Forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82

Forordning nr. 316/2014 af 21. marts 2014 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler

Generaladvokaters forslag til afgørelser

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott fremsat den 19. februar 2009 i sag C-8/08, *T-Mobile* (EU:C:2009:110)

Kommissionens meddelelser

ABL 1968 C 75/3, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Kommission - Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen

Meddelelse fra Kommissionen - Meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (bagatelmeddelelsen), jf. EUT 2014 nr. C 291/1

Kommissionens meddelelse - Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, jf. EUF 2004 nr. C 101/07

Kommissionens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler jf. EUT 2011, nr. C 11/1

EFTA-domstolens afgørelser

Sag E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS og Den norske stat v/Konkurransetilsynet*, dommen er trykt i EFTA-domstolens Annual Report 2016, Book 3, s. 1002

OECD's anbefalinger

Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 2. juli 2019, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>

Hjemmesider i øvrigt

<https://www.kfst.dk/konkurrenceforhold/karteller/hvad-er-et-kartel/>

<https://www.kfst.dk/nyheder/kfst/nyheder/fakta/2014/20141112-det-store-byggekartel-boedeoversigt/>

<https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2020/20200507-vejledning-om-faelles-bud-paa-opgaver-sendt-i-hoering/>

http://www.konkurrensverket.se/konkurrens/om-konkurrensreglerna/samarbete-som-begransar-konkurrensen/?fbclid=IwAR3kT34a8KAPKo2_UjNZfrxJdanE-FeAqAV5ZHAYckgcxT5_HrTgN5LHTDaY

Bilag 1

Borgarting lagmannsrett dom, afsagt den 17. marts 2015, sagsnr. 13-075034ASD-BORG/01³⁷²

³⁷² Bilaget er fjernet.