



SØ- OG HANDELSRETTE DOM

afsagt den 27. januar 2025

Sag BS-61706/2023-SHR

ECIT Account A/S
(advokat Michael Honoré)
(Første prøvesag for advokat Asbjørn Godsk Fallesen)

mod

Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(advokat Jacob Pinborg)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Jette-Marie Sonne og de sagkyndige medlemmer Anne Christina Skjønnemand og Anders Dybro.

Sagens baggrund og parternes påstande

Retten har modtaget sagen den 15. december 2023.

Sagen drejer sig om, hvorvidt ECIT Account A/S har et medansvar for markedsdeling – og dermed en konkurrencebegrænsende aftale - i strid med konkurrencelovens § 6, ved i perioden fra den 13. juli 2004 til den 24. marts 2020 i kraft af "gentleman-aftalen" at have kartelfaciliteret en aftale mellem netværksmedlemmer om ikke at åbne filialer i hinandens byer eller kommuner eller inden for en nærmere bestemt radius af hinanden.

Sagsøger, ECIT Account A/S, har fremsat følgende påstande:

Påstand 1: Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023, "ECIT's medansvar for markedsdeling", ophæves.

Påstand 2: Frifindelse i forhold til sagsøgtes selvstændige bødepåstand.

Sagsøgte, Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, har fremsat påstand om frifindelse.

Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har fremsat selvstændig påstand om, at ECIT Account A/S skal betale en civil bøde på ikke under 30 mio. kr., eventuelt fratrukket et af retten fastsat beløb for formildende omstændigheder. Bøden tilfalder statskassen.

Oplysningerne i sagen

Konkurrencerådet traf den 25. oktober 2023 afgørelse om, at ECIT Account A/S havde overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3, ved i perioden fra den 13. juli 2004 til den 24. marts 2020 at have deltaget i en markedsdeling mellem en række selvstændige diskoteker m.v. i NOX Network ApS.

Af den samlede konklusion i Konkurrencerådets afgørelse fremgår, at det er styrelsens samlede vurdering, at

- Det relevante marked kan afgrænses til et marked for diskoteksydelser i Danmark, uden at styrelsen dog har foretaget en endelig markedsafgrænsning.
- Markedsdelingen ikke har kunnet påvirke samhandlen mellem medlemssstater mærkbart.
- Diskotekerne, NOX og ECIT alle opfylder virksomhedsbegrebet.
- Der foreligger en aftale om markedsdeling mellem Diskotekerne om geografisk opdeling af markedet for diskoteksydelser i Danmark.
- NOX-bestyrelsens adfærd udgør en vedtagelse, som styrker den effektive virkning af markedsdelingsaftalen mellem Diskotekerne.
- ECIT har deltaget i Markedsdelingen og er medansvarlig herfor.
- Markedsdelingen har haft til formål at begrænse konkurrencen på markedet for diskoteksydelser i Danmark.
- Markedsdelingen udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3.

- Markedsdelingen er ikke omfattet af en gruppefritagelse og opfylder ikke betingelserne for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Af resumé i Konkurrencerådets afgørelse fremgår:

- Denne sag handler om rådgivningsvirksomheden ECIT Account A/S' ("ECIT") medansvar for en geografisk markedsdeling på et marked for diskoteksydelser i Danmark.
- Sagen mod ECIT udspringer af et sagskompleks, hvor en række selvstændige diskoteker, natklubber, barer og pubber ("Diskotekerne") og deres fælles kædeselskab NOX Network ApS ("NOX") i november og december 2021 vedtog udenretlige bødeforelæg udstedt af Konkurrencerådet, idet de erkendte at have overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3, ved at have foretaget en geografisk markedsdeling på markedet for diskoteksydelser i Danmark. Sagerne mod Diskotekerne og NOX er således blevet afsluttet.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ("styrelsen") har overvejet, om sagen mod ECIT ligeledes kunne afsluttes med en udenretlig bødevedtagelse. Styrelsen har dog fundet, at sagen ikke er egnet hertil, idet der endnu ikke foreligger fast dansk praksis for bødeudmålingen i det tilfælde, hvor en virksomhed i sin egenskab af facilitator deltager i en konkurrencebegrænsende aftale m.v. Styrelsen har derfor behandlet sagen mod ECIT som en almindelig rådssag. Det er alene ECIT, der er adressat for denne afgørelse.
- Da afgørelsen omhandler ECIT's medansvar for markedsdelingen, har styrelsen fundet det nødvendigt også at beskrive styrelsens vurdering af Diskotekernes og NOX' adfærd i afgørelsen, selvom sagerne mod Diskotekerne og NOX allerede er afsluttet med udenretlige bødevedtagelser.
- Diskotekerne har i perioden fra den 13. juli 2004 til den 24. marts 2020 haft en aftale om ikke at åbne filialer i hinandens byer eller kommuner eller inden for en nærmere bestemt radius af hinanden. Aftalen kom i stand på et møde mellem Diskotekerne, hvor ECIT deltog, og den blev her formuleret som en "gentleman agreement". Kort efter mødet blev NOX-samarbejdet igangsat, og bestyrelsen i NOX blev udpeget med ECIT på formandsposten. NOX-samarbejdet indebar fordele for Diskotekerne i form af bl.a. fælles indkøb, personaleuddannelse og kurser. I forbindelse med etableringen af NOX udarbejdede bestyrelsen et såkaldt aftalegrundlag, som indeholdt vilkårene for Diskotekernes medlemskab i NOX ("Aftalegrundlaget"). Bestyrelsen sørgede for at integrere Diskote-

kernes markedsdelingsaftale som et vilkår heri. Aftalegrundlaget skulle overholdes, så længe Diskotekerne var medlemmer af NOX. Manglende overholdelse af vilkårene, herunder vilkåret om markedsdeling, kunne bl.a. medføre eksklusion fra NOX, hvorved Diskotekerne ville miste samtlige fordele ved at være med i NOX.

- Med NOX-bestyrelsens integrering af Diskotekernes markedsdelingsaftale i Aftalegrundlaget var aftalen nu ikke længere blot en "gentleman agreement" mellem Diskotekerne, men også et decideret vilkår for at være medlem i NOX. Da Diskotekerne var både forpligtede og motiverede til at overholde vilkårene i Aftalegrundlaget, fik markedsdelingsaftalen som følge heraf en mere bindende og styrket karakter for Diskotekerne. Ud over denne styrkelse af markedsdelingsaftalen sørgede NOX-bestyrelsen – hvori ECIT var medlem – desuden for løbende at revidere Aftalegrundlaget og facilitere debatter m.v. om markedsdelingen på møder med Diskotekerne for at sikre den vedvarende overholdelse af den.
- Det er styrelsens vurdering, at Diskotekerne har indgået en aftale i konkurrencelovens forstand, idet Diskotekerne havde en samstemmende vilje til at foretage en geografisk opdeling på markedet for diskoteksydelser i Danmark. Styrelsen har ikke foretaget en endelig afgrænsning af markedet, da Diskotekerne er aktuelle eller i hvert fald potentielle konkurrenter på alle rimelige afgrænsninger af det relevante marked.
- Styrelsen vurderer endvidere, at bestyrelsen var det kompetente organ i NOX, og at bestyrelsens integrering af markedsdelingsaftalen som et vilkår i Aftalegrundlaget og dens efterfølgende udmeldinger m.v. styrkede aftalen og Diskotekernes overholdelse af den. Denne adfærd udgjorde en vedtagelse, og styrelsen vurderer, at NOX herigennem har deltaget i markedsdelingen.
- Sagens materiale viser efter styrelsens vurdering, at ECIT har været med til at etablere og opretholde markedsdelingen. ECIT har gennem sin ledende rolle i NOX-bestyrelsen været ansvarlig for bl.a. udformningen af markedsdelingsaftalen og Aftalegrundlaget. ECIT har derudover bl.a. deltaget aktivt på møder, hvor markedsdelingen var omdrejningspunkt. Det er styrelsens vurdering, at ECIT med sit bidrag har haft en aktiv og central rolle i markedsdelingen. Styrelsen vurderer endvidere, at ECIT har haft fuldt kendskab til markedsdelingen og har haft til hensigt at bidrage til den. Som følge heraf vurderer styrelsen, at ECIT har deltaget i markedsdelingen og dermed er medansvarlig for den samlede overtrædelse.

- Erfaring fra praksis og økonomisk teori viser, at aftaler m.v. om markedsdeling mellem konkurrenter objektivt set er egnet til og dermed har til formål at begrænse konkurrencen. Det skyldes, at aftaler m.v. af denne art i deres natur er konkurrencebegrænsende, idet de griber direkte ind i det, der ellers skulle blive resultatet af konkurrencen mellem virksomheder; lavere priser, større udbud og bedre kvalitet.
- På baggrund af en konkret vurdering af markedsdelingens indhold, de formål, som markedsdelingen tilsigter at opfylde, og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori markedsdelingen indgår, finder styrelsen, at markedsdelingen i denne sag har haft til formål at begrænse konkurrencen på et marked for diskoteksydelser i Danmark. Det skyldes, at Diskotekerne gennem markedsdelingen hver især er blevet tildelt et eksklusivt geografisk område, hvor de har haft eneret til at udbyde deres diskoteksydelser uden at møde konkurrence fra hinanden. En sådan opdeling af markedet er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3.
- Styrelsen har vurderet, at markedsdelingen ikke er omfattet af en gruppefritagelse, og at betingelserne for individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke er opfyldt.
- Styrelsen konkluderer derfor, at ECIT har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3.

Af det oprindelige aftalegrundlag – underskrevet den 1. november 2024 – fremgår blandt andet følgende:

"...

GENTLEMAN-AFTALE

Det præciseres, at gentleman-aftalen er:

- Ikke at åbne i hinandens byer/kommuner
- Min. 20 km fra hinanden
- København er undtaget, idet Bo Sandby har klausul på et område på 5 km i radius fra Nørregade i København.

Desuden er det aftalt, at alle i NOX Network ApS får info om, når et medlem ønsker at sælge sin forretning. Diskoteker der ikke er med i selskabet, kan ikke deltage i fremtidige mastermindmøder.

...

OVERTRÆDELSE

Overtrædes koncept-reglerne gives en skriftlig advarsel. Sker det igen, bliver man ekskluderet, og man mister indskudskapitalen.

...

BESTYRELSEN

Bestyrelsen er valgt for 1 år ad gangen. Det samme gælder for udvalgsmedlemmerne i de 5 udvalg: Markedsføring, personaleudvikling, musik, standarder og leverandører.

..."

Forklaringer

Ivan Nielsen, Claus Krøyer, Michael Schrøder, Lars Børsting, Mads Lorenzen, Jens Vilstrup Bang Mikkelsen, Peter Luring, Klaus Jensen og Nicolaj Johansen har afgivet forklaring. Der er herudover indhentet en skriftlig vidneerklæring fra Flemming Sneftrup.

Ivan Nielsen har forklaret, at han har været partner i Account siden 1997. Han var bestyrelsesformand i NOX fra 2012-2016. Han har været medlem af leverandørudvalget i NOX siden stiftelsen i 2005.

Flemming Sneftrup blev valgt som bestyrelsesformand i 2004 og stoppede i 2012, hvor afhørte tog over. Efter afhørtes opfattelse faldt valget på først Flemming og siden ham som bestyrelsesformand, fordi de kunne forestå ansvaret for struktur. Derfor blev de kaldt "bestyrelsesformand". Flemming var noget ældre end de andre. De andre i netværket var vel omkring 25 år og op til starten af 30'erne. Der var ikke andre i gruppen af stiftere af NOX, der kunne stå for strukturen. De havde ikke de fornødne kompetencer. De var unge og havde forskellig baggrund, fx knallertmekanikere m.v.

Rollen som bestyrelsesformand indebar at sørge for, at der blev taget referat af møderne, holde ro og orden m.v. De havde med yngre diskoteksansatte at gøre, så der gik ind imellem fest og ballade i den. Som formand skulle man derfor sørge for, at der var en lille smule struktur på møderne. De skulle desuden bremse "vilde" projekter og tage sig af økonomien. Man havde som formand ikke nogen særlig rolle. Man kunne ikke stemme på møderne. "Formand" var ikke den korrekte betegnelse for, hvad man var. Man var i højere grad sekretariat. Både afhørte og Flemming Sneftrup er uddannet revisor og kunne derfor informere om økonomien.

Account deltog på NOX-møderne, men ikke i drøftelserne. Han informerede om arbejdet i leverandørudvalget, men ellers var Flemming og han selv ikke aktive på møderne. Flemming og afhørte var der også, når der blev diskuteret andre ting, fx konfettirør. De overhørte derfor ind imellem diskussionerne om forskellige driftsting på et diskotek, men de havde ingen rolle i den forbindelse, da de ikke havde nogen faglig indsigt. Flemming og afhørte var der, fordi de "kunne tælle". De kunne godt informere om f.eks. en ny ferielov eller andre ting, som de vurderede var væsentligt for medlemmerne, men det lå inden for "økonomi". Ellers var de ikke på banen.

Han forlod bestyrelsen i 2016. Han havde overtaget efter Flemming i 2012. De havde fået en meget stor kunde – Rekom – og Flemming valgte at blive kundeansvarlig for Rekom. Man bad herefter afhørte om at deltage i bestyrelsen, men i 2016 valgte han at stoppe, fordi han syntes, det var spild af tid. Ofte havde han deltaget i et møde en hel dag, men havde alene haft et kvarters indlæg om økonomi og sad ellers og hørte på diskotekshistorier.

Foreholdt referatet af Kæde Koncept Udvalgs møde den 13. juli 2004, punkt 6, har afhørte forklaret, at denne opgave gik ud på, at han skulle formalisere aftalen, altså skrive den ned. Det blev vist aldrig ham, der gjorde det. Det er ikke noget Account havde fundet på. De deltog ofte i møderne, fordi de skulle varetage struktur m.v., men han kom ikke med forslag til indholdet af gentlemanaftalen. På ingen måde. Han havde ikke drøftelser med Henrik Larsen om den endelige formulering i dokumentet "Aftalegrundlag". Han ved ikke, om Flemming havde det.

Foreholdt referat fra "Party on" den 27. september 2004, punkt 7, har afhørte forklaret, at Flemming med hensigtserklæringen fik til opgave at formalisere tingene, dvs. skrive det ned, som diskoteksejerne havde besluttet. Henrik Larsen var ejer af et af de største diskoteker. Det var ham, der kom med oplægget, som egentlig stammer fra Crazy Daisy kædens tid. Flemming skulle blot skrive det rent. Crazy Daisy kæden blev startet i 1991 af Carsten Mikkelsen, og Carsten Mikkelsen havde blandt andet en regel om, at han ikke ville have et Crazy Daisy diskotek i en afstand af under 30 km fra hinanden. Det var dette koncept, man arvede i NOX, for mange af NOX-deltagerne havde jo været ansat i Crazy Daisy kæden. Flemming havde ikke med den opgave mulighed for indflydelse på aftalen eller for at bestemme reglerne. Flemming var registreret revisor og er 10 år ældre end afhørte, så det ville være utopi at forestille sig, at Flemming skulle have haft indflydelse på denne aftale, der henvender sig til unge mennesker. Afhørte var ikke involveret i det videre forløb frem til den endelige formulering, heller ikke i drøftelser med Flemming. Afhørte skulle behandle leverandøraftaler, så han havde ikke som sådan en dialog med Flemming om det.

Foreholdt referat af NOX-møde den 31. marts 2009, hvoraf fremgår, at der blev drøftet en fest i Herning, og at afhørte skulle have sagt, at man kontakter folkene i Horsens for accept m.v., har afhørte forklaret, at han husker, at der var en ophedet diskussion, så han konkluderede, at der blev en aftale. Hans sekretær, Hanne Nielsen, fik det skrevet sammen, og referatet blev typisk godkendt af Michael Schrøder. Det var derfor blot en opsummering af deltageres beslutning til referat. Afhørte har ikke på noget tidspunkt haft indflydelse på, hvad de ville gøre. Afhørtes rolle var ikke at indskærpe, hvad der skulle gøres. Han husker ikke, om der blev truet med at pifte dæk, men det var yngre mennesker der deltog, og referaterne er eksempler på tale-referater, som afspejler jargonen blandt yngre diskoteksdrenge.

Vedrørende revidering af aftalepunkterne i 2013/2014 forestod afhørte og hans sekretær, Hanne Nielsen, alene sekretariatsbistand til Michael Schrøder, som var daglig leder. Account havde ikke noget at gøre med, hvad der skulle stå i aftalepunkterne. Adspurgt, hvorfor han få dage inden mødet havde dokumentet liggende på sin arbejds-pc, har han forklaret, at det nok er fundet på H-drevet, som er deres arkiv. De gemte alt fra diskotekerne, herunder aftalerne, fordi diskotekerne historisk set havde været dårlige til at opbevare noget. Michael Schrøder har helt sikkert givet ham det og bedt ham om at printe. De til lod ikke, at andre printede eller gik på deres netværk. Både Michael Schrøder og Claus Krøyer kom ind imellem til ham og bad ham om at printe. Account havde heller ikke noget med revideringen i 2016 at gøre. Den blev primært faciliteret af Lars Børsting, som havde et ønske om en revision. Afhørte vil ikke afvise, at han igen kan have hjulpet med at printe.

Adspurgt til situationen, da ECIT investerede i Account i 2018, har afhørte forklaret, at han havde det første møde med Peter Lauring. Forinden havde han haft et møde med Visma, som ville købe dem, men det havde de ingen interesse i. Afhørte sagde, at hvis de skulle gøre noget, skulle de have deres frihed til at drive virksomheder. De beskæftiger sig udelukkende med at lave regnskab og løn m.v. for diskoteker. De sagde til ECIT, at de selv efter en investering skulle have lov til at drive det. Peter Lauring sagde: Selvfølgelig, business as usual. Sådan er det også i dag. Account har et fast priskoncept med kunder, og Account tidsregistrerer ikke. Dette ville ECIT helt sikkert gerne ændre, hvis de kunne.

I perioden efter investeringen var Klaus Jensen hos Account i 3 måneder, men ellers har ECIT ikke blandet sig i Accounts drift. ECIT er generalister, mens Account ved noget om restaurationsbranchen. De har stort set aldrig haft et rent Account-møde. De har haft et møde, hvor alle virksomhederne samledes, og hvor Account har skulle fremlægge 2-3 nøgletal og fortælle lidt om ansættelser og opsigelser. Drøftelserne på disse møder har været ekstremt overfladiske. Det er ikke interessant for ham at høre på fx en IT-virksomhed. Man overhører andre virksomheders nøgletal, men man har ingen indsigt i det, så det har foreløbig været spild af tid. Han ville typisk have et indlæg på mellem 5-15 minutter. ECIT ønsker at, at de kan bruge hinanden på tværs ved at levere kunder til hinanden. ECIT kommer eksempelvis aldrig og siger, at Account skal købe ind fra deres IT-selskab. Det har altid været best practice. Account har ikke fået instrukser af ECIT om driften i Account. Det har i givet fald været noget med, at medarbejderne skulle have kage til et jubilæum, men driften i Account har ECIT ikke haft indflydelse på, f.eks. i forhold til kunder, priser eller andet. Account har skulle bede om godkendelse fra ECIT 1-2 gange, herunder i forbindelse med, at Account skulle leje nogle flere kvadratmeter, hvor Account fik ECIT til at gennemgå lejekontrakten, fordi afhørte bl.a. selv var ejer af ejendommen og ville undgå habilitetsproblemer.

ECIT har ikke formelt skullet godkende Accounts budget. Han har aldrig oplevet, at de har fået spørgsmål til deres budget. De bruger omkring en halv time på at lave budgettet. Det bliver lavet ekstremt overordnet. Det er afhørte og to partnere, der laver det, typisk blot som en procentfremskrivning. Klaus Jensen fra ECIT er slet ikke involveret i denne proces.

Jesper Tving Therkildsen repræsenterer ikke ECIT i Accounts bestyrelse, og han rapporterer ikke til ECIT. Han varetager ikke ECIT's interesser – han varetager Accounts interesser. Han modtager ikke instruktion fra ECIT. Hvis han gør, ville det være hemmeligt for afhørte.

Oprindelig var alle NOX-medlemmer kunder hos Account, fordi Account havde været administration for Crazy Daisy kæden, og Account havde ry for at gøre det bedst i forhold til løn, skat, moms osv. Man ønskede at have nogen, som ikke fik dårlig omtale, men derimod fremstod ordentligt.

Foreholdt referat af mastermindmødet den 26. oktober 2004, hvor aftalegrundlaget blev præsenteret, har afhørte forklaret, at han ikke kan huske, hvad der blev sagt, eller hvad de talte om. Han tror, at det for mange af deltagerne var en fortsættelse af det, der var sket i Crazy Daisy kæden. Det har aldrig fyldt meget. Det handlede om indkøbsaftaler og træning af personale. Han tror, at man i den oprindelige version af aftalegrundlaget fra november 2004 indsatte en bestemmelse om eksklusion, fordi der skulle være en form for konsekvens, men det er ikke en drøftelse, han har været en del af.

Foreholdt mailkorrespondance fra november 2013 har afhørte forklaret, at det var vigtigt, at afhørte var med, fordi han skulle stå på mål for de tanker, de havde om økonomi. At det anføres, at der er tale om det "nye aftalegrundlag", beror på, at man ikke kunne lægge en strategi, hvis ikke økonomien var på plads. Foreholdt referat af NOX' bestyrelsesmøde den 2. december 2013 har afhørte forklaret, at han ikke var med til at præsentere aftalegrundlaget, men at der kan have været en økonomidel i det. Han tror ikke, at aftalegrundlaget blev præsenteret på et bestyrelsesmøde. Det har altid være Michael Schrøder, der stod for den del.

Foreholdt, at man har fjernet kravet om, at man skal være Account-kunde for at deltage i NOX, har han forklaret, at det var et ønske, afhørte havde gået med. Afhørte og Flemming bad om, at den del skulle væk, fordi de havde mange andre kunder, og de syntes, det var uetisk.

Foreholdt referat af NOX-bestyrelsesmøde den 25. januar 2016 har afhørte forklaret, at han ikke kan huske det, der er anført om, at "MS tager ansvar for at forklare NOX Power, at gentlemanaftalen fortsat er nødvendig at have." Han husker, at han på dette tidspunkt havde meddelt, at han trådte ud af bestyrel-

sen. Han husker ikke, om han deltog i mødet, men han vil ikke afvise, at han gjorde. Han kan ikke huske, om han deltog i mødet den 2. februar 2016. Han var formentlig med om formiddagen til at præsentere leverandører, men han husker ikke, om han var der, da aftalegrundlaget blev drøftet. Foreholdt, at det af referat af NOX-mødet den 2. februar 2016, punkt 11.15, fremgår, at aftalegrundlaget var opdateret og skulle underskrives på dagen, vil han ikke afvise, at han var til stede her, fordi han havde ansvaret for et punkt senere på samme møde, men han husker ikke, om han sad i lokalet.

Foreholdt dokumentet "Partnerskab Account og ECIT" har afhørte forklaret, at dette er konciperet af Martin Brøgger, som også endte med at overgive budskaberne. Han vurderer, at dokumentet er sendt til godkendelse hos blandt andre afhørte som partner i Account, og at de hos Account er kommet med indspark. Det er i hvert fald den normale praksis. Det vil være kunden, der bestemmer, hvilket bogføringssystem der skal anvendes, men de anbefaler "ECIT Indtægt".

I Account mødes de uformelt, da de sidder tæt. De spiser frokost sammen. De drøfter ikke daglig drift med Klaus Jensen udover det forklarede om lejekontraktens udvidelse. Han vil ikke afvise, at de kunne tage dialogen med ECIT i nogle tilfælde. Det er ikke sket, at de i bestyrelsen hos Account har været uenige og har måtte stemme om noget. Referatet af bestyrelsesmødet den 4. april 2018 hos Account er et af de få møder, de har haft og det første møde med Klaus Jensen, som nok her forsøgte at få et overblik. Klaus Jensen kan nok selv kigge på tallene, hvis han ønsker det.

Account bruger ikke de fælles strukturer som compliance, GDPR eller lignende fra andre ECIT-selskaber ud over lønsystemet. Account har heller ikke i de senere år haft noget samarbejde om KYC, hvor det har været relevant at bruge det samme system. Account betaler et management fee på 4,5 %. De startede med at betale et management fee på 1 %, men det er blevet hævet som følge af øgede krav til compliance. Fee går til direktionen øverst oppe med 1 % og med 3,5 % til et firma, som gør, at de har fælles HR-medarbejdere at trække på. Man kan sige, at de har puljet sig sammen. De har desuden også haft fælles marketingsressourcer til sociale medier. Account følger ikke "brand-manualen", hvilket ikke bliver påtalt. Account følger heller ikke farvemanualen m.v. Account indrapperer en gang om måneden 4-5 nøgletal.

Det var ledergruppen på tværs af ECIT-koncernen, men på driftsniveau, der besluttede, at der skulle være 'group services', idet flere af selskaberne i ECIT-koncernen ikke havde økonomi til f.eks. at ansætte deres egen HR-ansvarlige. Beslutningen blev imidlertid taget på driftsniveau, og Klaus Jensen var involveret i beslutningen.

Claus Krøyer har forklaret, at han er tidligere medejer af Crazy Daisy kæden og tidligere medlem af bestyrelsen i NOX. Han var i personaleudviklingsudvalget i NOX. I dag er han selvstændig coach og konsulent.

Han var involveret i stiftelsen af NOX. Der var nogen, som fik tanken om NOX, efter at Crazy Daisy var opløst. De spurgte, om han ville være med til at sørge for et netværk. Han var med fra starten. NOX blev stiftet af hensyn til synergierne, sådan at man kunne handle til en fordelagtig pris hos leverandører, fordi man handlede mange ad gangen m.v. NOX var således i det væsentlige et netværk vedrørende administration, leverandører og uddannelse.

Vedrørende Accounts rolle i NOX' bestyrelse blev Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen valgt som bestyrelsesformænd, fordi de andre var nogle unge snot-hvalpe, som ikke havde forstand på andet end fest og ballade. Der var mange administrative ting, der skulle varetages, så som tal, bevillingsnævn, huslejekontrakter m.v. NOX-stifterne var på daværende tidspunkt omkring måske 20-30 år gamle, og ingen havde før siddet i en bestyrelse.

Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen havde til opgave at sidde med, fordi de havde viden om noget specifikt. De guidede drengene i at drive en sund forretning og spare omkostninger. Det handlede om, hvordan man passede på pengene. Måske har de givet råd om f.eks., hvordan man skulle drive forretningen, bruge firmabilen, økonomi m.v. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen havde ikke særlige rettigheder som formænd.

Accounts rolle på et NOX-møde var at varetage f.eks. HR, lagerstyring og administration. Account havde typisk et indlæg på 10-15 minutter. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen deltog ikke i drøftelser om andre ting end det, der vedrørte deres ekspertområde.

Account havde en kæmpe betydning for kulturen i NOX, fordi Account kom med ordentligheden. I 1990'erne og 2000'erne var branchen betændt. Men herefter blev alt gjort, som det skulle. Der blev ikke betalt sorte lønninger m.v., og Account optimerede, at der blev lavet månedsregnskaber. Kulturen var, at de skulle opføre sig ordentligt.

Ivan Nielsen forlod NOX' bestyrelse i 2016, vistnok fordi han havde travlt med sin egen butik.

Om tilblivelsen af gentlemanaftalen i 2004 kan der have været nogen, der har givet Ivan Nielsen input om, at de ville have noget med i aftalen. Han husker ikke konkrete eksempler på, at Ivan Nielsen gav vejledning om aftalens indhold, men når de diskuterede, hvad de måtte, kunne Ivan Nielsen i givet fald minde dem om, hvad der stod i aftalen.

Foreholdt referat af Kæde Koncept Udvalgs møde den 13. juli 2004, punkt 6, har afhørte forklaret, at Ivan Nielsen skulle skrive det, som medlemmerne blev enige om. Ivan Nielsen havde ingen indflydelse på, hvordan reglerne skulle være. Ivan Nielsen havde en anden retorik og kunne bedre skrive et sådant stykke papir. Det var derfor, det var hans opgave.

Foreholdt referat af Party on den 27. september 2004, punkt 7 "Hensigtserklæring", har afhørte forklaret, at Flemming Sneftrups opgave var at have dokumenterne klar til underskrift. Flemming Sneftrup havde ingen indflydelse på, hvad der skulle stå. Det havde alene medlemmerne.

Foreholdt referat af NOX-mødet den 31. marts 2009, punkt 2 om "Fest i Herning", har afhørte forklaret, at Ivan Nielsen alene have en rolle som formidler. Han formidlede det, de i NOX aftalte med hinanden. Bestyrelsen bestemte, og det var direktøren, der havde ordet. Ingen andre bestemte noget. Ivan Nielsen kunne ikke diktere, hvad der skulle gøres.

Han husker ikke, om Account var med til at lave en ny version af aftalegrundlaget i 2013/2014. Han mindes, at noget blev revideret på et tidspunkt, men han husker ikke, hvorfor det blev gjort. Det var medlemmerne, der tog det med på NOX-mødet, hvor det blev ridset op, så Ivan Nielsen kunne nedfælde det på papir. Det samme gjaldt i 2016.

At medlemmerne skulle være kunde hos Account ifølge aftalegrundlaget, havde noget at gøre med, hvordan branchen var. Branchen havde været betændt, og restauratørerne havde været meget udskældte. Man havde herefter besluttet sig for at gøre tingene ordentligt. Var man kunde hos Account, var der styr på tingene. Account havde ingen medbestemmelse. Krav kom fra medlemmerne af netværket.

Adspurg, hvordan man kom fra den oprindelige formulering af gentlemanaftalen og til aftalegrundlaget den 1. november 2004 har afhørte forklaret, at Ivan Nielsen nok har fået input fra måske Bo. Der har nok været en proces og drøftelser mellem medlemmerne. Han husker ikke, om punkt 7 i referatet af 27. september 2004, hvoraf fremgår, at "Flemming Sneftrup har ansvaret for denne erklæring", var led i at komme fra udkast til endelig aftale. Men Flemming Sneftrup har helt sikkert ikke taget nogen beslutning om, hvordan det skulle være. Medlemmerne ville selv – de havde jo penge i klemme. Flemming Sneftrup har overhovedet ikke været beslutningstager. Flemming Sneftrup har måske deltaget i drøftelser, men han har ikke taget nogen beslutning.

Foreholdt referat af mastermindemøde den 26. oktober 2004 om gentlemanaftalen, har afhørte forklaret, at han ikke husker, hvad Michael Schrøder sagde.

Dette var i den spæde opstart. Han husker ikke baggrunden for, at der i aftalegrundlaget blev indsat en bestemmelse om overtrædelse af reglerne.

Foreholdt referat af NOX-mødet den 31. marts 2009 vedrørende festen i Herning husker han ikke, om han var med på dette møde. Han tror, han deltog. Han husker ikke, om Flemming Sneftrup eller kun Ivan Nielsen var med på mødet. Han husker heller ikke diskussionen. Han husker, at de talte om, hvad man måtte og ikke måtte, særligt det om ophængning af plakater. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen havde ingen indflydelse på markedsføringen. Ivan Nielsen fulgte ikke op på noget. Han skulle blot skrive det ned, som blev sagt. Ivan Nielsen har nok foreslået at løse problemet på den angivne måde.

Han husker ikke noget nærmere om revideringen af aftalegrundlaget i 2013. Han husker, at man ikke længere skulle være Account-kunde. Han husker ikke hvorfor. Han husker ikke, hvorfor det var vigtigt, at Ivan Nielsen deltog i mødet den 2. december, hvor aftalegrundlaget skulle godkendes, og han husker heller ikke, hvem der præsenterede det.

Foreholdt referat af NOX' bestyrelsesmøde den 25. januar 2016 og hvorfor det er anført, at der stadig er brug for gentlemanaftalen, har han forklaret, at han ikke husker baggrunden herfor.

Michael Schrøder har forklaret, at han var direktør for NOX indtil 2019. NOX blev stiftet, fordi de selvstændige restauratører, som tidligere havde deltaget i et kædesamarbejde, havde brug for et netværk, som kunne give dem fordele i form af leverandøraftaler, sparring samt uddannelse og kurser for personale. Valget faldt på Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen som bestyrelsesformænd, fordi de var administrative folk. Herudover bestod bestyrelsen af diskoteksfolk, som ikke var administratorer. Ivan Nielsen og Flemming Sneftrup tog sig af medlemskontingenterne, at leverandøraftalerne blev overholdt m.v., ligesom de sørgede for, at møder blev drevet igennem en agenda. Normalt vil en bestyrelse være drevet af formanden, men det var egentlig afhørte, der som direktør varetog disse ting, herunder udsendte agenda m.v. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen havde ingen særlige rettigheder eller nogen særlig indflydelse.

Accounts opgave på NOX-møderne var stort set ingen. De hyrede typisk en Account medarbejder til at tage referat, for ingen havde kompetencerne og lyst til det. De kiggede til Account, når de havde behov for noget regnskabsmæssigt eller administrativt. Det var Ivan Nielsen, der tog sig af leverandørudvalget. Account var på NOX-møderne meget lidt med i drøftelserne, og egentlig kun, når der var noget administrativt, som de ikke selv kunne klare.

Fra 2016 var Account ikke længere med i bestyrelsen. Ivan Nielsen forlod bestyrelsen, fordi der i Account var tiltagende opgaver, hvorfor hans kolleger bad ham om at hellige sig sin fulde tid hos Account.

Foreholdt referat af mødet i Party on den 27. september 2024, punkt 7 "Hensigts-erklæring", har afhørte forklaret, at Flemming Sneftrup fik til opgave at have ansvaret for denne erklæring. Henrik Larsen, som var hovedidémanden til stiftelsen af NOX-netværket, bad Flemming Sneftrup om at formulere det, dvs. få det ned på skrift. De havde selv idéen, så Flemming Sneftrup skulle ikke bestemme eller foreslå, hvad der skulle stå. Flemming Sneftrup havde ingen indflydelse på, hvad der skulle stå. Det var en aftale, de havde med fra Crazy Daisy kæden.

Account var ikke med til at udarbejde det reviderede aftalegrundlag i 2013/2014 eller 2016. Indholdet blev bestemt af NOX' bestyrelse. Account definerede ikke, hvad der skulle stå i aftalegrundlaget. Han bad Account om at printe dokumenter, fordi Account havde en stor maskine til print. Det samme gjaldt for 2016.

Foreholdt referat af Kæde Koncept Udvalgs møde den 13. juli 2004, punkt 6, har afhørte forklaret, at han ikke mener at have været til stede. Det må have været før hans tid.

Foreholdt referat af Party on af 27. september 2004, punkt 7, har afhørte forklaret, at han ikke husker, hvad Henrik Larsens forslag gik ud på, men han tror, at det var det med afstanden, som var overleveret fra Crazy Daisy perioden. Han ved ikke, hvordan man kom fra udkastet til den endelige formulering den 1. november 2004.

Foreholdt referat af masterminde møde den 26. oktober 2004 om gentlemanaftalen, har afhørte forklaret, at det var mødedeltagerne over en bred kam, der diskuterede aftalen. Han husker ikke, hvem der sagde hvad. Han husker ikke, om Ivan Nielsen og Flemming Sneftrup deltog i drøftelserne. Han kan kun se af referatet, at de deltog i mødet.

Han husker ikke den fælles debat på NOX-mødet den 19. april 2004 som gengivet i referatets punkt 11 om reklamer.

Han husker drøftelserne som gengivet i referatet af NOX-mødet den 31. marts 2009 om "Fest i Herning", fordi der kom nogle vilde udtalelser. Der var en "spændende" stemning. Der var enkelte, der var meget ophidsede. Det var noget med en, der havde markedsført sig i en anden by, så det var gentlemanaftalen, man diskuterede. Foreholdt, at det fremgår, at Ivan Nielsen skulle have sagt, at man skulle kontakte folkene i Horsens for accept osv. har afhørte forklaret, at han ikke husker dette nærmere. Det ville typisk være ham som direktør,

der fortalte, hvordan de skulle opføre sig. Det var en bred konklusion, at der ikke skulle ændres på reglerne. Han mener ikke, at de konkret drøftede, om markedsføring var omfattet af gentlemanaftalen.

Han ved ikke, hvorfor det var vigtigt, at Ivan Nielsen var med til mødet den 2. december 2013 i forbindelse med godkendelse af aftalegrundlaget. Det var formentlig for at få formuleret tingene på den rigtige måde. Foreholdt referatet af NOX-bestyrelsesmøde den 2. december 2013, punkt 5, har afhørte forklaret, at han ikke husker, om han og Ivan Nielsen præsenterede aftalegrundlaget sammen. Han kan ikke udelukke det.

Foreholdt referat af NOX-bestyrelsesmøde den 25. januar 2016, hvoraf fremgår af "MS tager ansvar for at forklare NOX Power, at gentlemanaftalen fortsat er nødvendig at have." har han forklaret, at han deltog i drøftelserne, som handlede om sammenlægning med henblik på igen at blive en kæde. Møderne handlede om at afsøge mulighederne for en sammenlægning til en ny kæde, og så skulle de jo fortsat have et afstandskrav. Det ville imidlertid ikke være et problem, hvis de var en kæde. Det var det, der lå i udtrykket "blandet blod". Han ved ikke, om Ivan Nielsen deltog i dette møde.

Foreholdt, at der ved revisionen i 2016 skulle være 100 % enighed om eksklusion af medlemmerne, har han i de 15 år, han har været direktør, alene måtte ekskludere 2 medlemmer på grund af manglende overholdelse af leverandøraftaler.

Han husker ikke, om de i 2016 opdaterede gentlemanaftalen, men de opdaterede, hvordan man skulle deltage i uddannelsessystemet som ansat og instruktør.

Lars Børsting har forklaret, at han var ejer af Crazy Daisy i Næstved 1996-2019. Han var bestyrelsesformand i NOX i 2016-2019.

NOX blev stiftet efter opløsning af Crazy Daisy-kæden. Mange fandt ud af, at der var fordele ved at være sammen, hvorfor NOX blev dannet. Det var især fordelene vedrørende leverandøraftaler, uddannelse af personale og sparring. Valget som formænd faldt på Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen. Det var hans klare indtryk, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen hjalp med regnskab og den økonomiske drift, så der var høj tillid til dem. De andre, der var med, var ikke oplagte til rollen som formand, fordi de kun var 22-24 år gamle. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen havde til opgave som formænd for NOX at facilitere møderne og gennemgå et regnskab på en forståelig måde. De havde ingen særlige beføjelser eller rettigheder som formænd for NOX. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen faciliterede også bygningen, hvor de holdt møder, ligesom de lavede regnskabet og forestod leverandøraftalerne. Account havde ikke som så-

dan opgaver på NOX-møderne. Der var en dagsorden, som man fulgte. Account sagde ikke noget på et typisk NOX-møde. Det gjorde medlemmerne.

Gentlemanaftalen blev drøftet meget få gange på NOX-møderne. Han mindes 1-2 gange.

Han ved ikke, om alle NOX-medlemmer i 2013/2014 var kunder hos Account. Han har ikke opfattet det sådan, at man skulle være kunde hos Account for at være medlem i NOX

Ham bekendt har bestyrelsen ikke været inddraget i forbindelse med samtaler om åbning af nyt sted i nærheden som anført i referatet fra Mastermindmøde den 26. oktober 2004.

Han husker ikke, om han deltog i mastermindemødet den 31. marts 2009.

Han tror, han deltog på NOX-mødet den 9. juni 2009. Han ved ikke, hvad Anders Mørk mente med, at "Man vil kunne styre byen bedre", men han kunne forestille sig, at man ønskede sig en større og stærkere base af medlemmer fra begge grupper - det rigtige natteliv og caféerne.

Han ved ikke, hvorfor det i Michael Schrøders mail af 21. november 2013 er anført, at det var vigtigt, at Ivan Nielsen deltog i mødet vedrørende det nye aftalegrundlag. Måske var der økonomiske betragtninger i det. Foreholdt referatet fra NOX-bestyrelsesmøde den 2. december 2013, punkt 5, har afhørte forklaret, at han ikke husker, hvad de præsenterede om aftalegrundlaget. Han vil antage, at det var Michael Schrøder, der præsenterede det, men han kan ikke huske det.

I 2016 var der en revidering af aftalegrundlaget, som var nødvendigt for at styrke kammeratskabet i foreningen.

Mads Lorenzen har forklaret, at han er tidligere manager og ejer af forskellige NOX-diskoteker og andre diskoteker. Han var medlem af NOX' bestyrelse fra 2016-2019. NOX' væsentligste aktiviteter var at fungere som en sammenslutning for administration, sparring, uddannelse, videndeling og indkøbsaftaler.

Fra 2014-2016 var han uden for NOX, men i 2016 var hans diskotek igen medlem af NOX. Som medlem af NOX får man sammenhold, sparring og videndeling. Udenfor NOX er man ikke så regelret eller så ordentlig.

Han ved ikke, hvorfor Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen blev valgt som formænd for bestyrelsen udover, at det var af hensyn til ren administration. NOX-møderne blev holdt i Vejle. Han har svært ved at forestille sig, at Flemming Sn-

eftrup og Ivan Nielsen skulle have haft særlige rettigheder eller nogen særlig indflydelse. Det kørte de ikke med.

Account har for NOX udført administration, bogholderi, hjælp til ansøgninger, bevillinger m.v. Ivan Nielsen var en del af leverandørudvalget i en del år, hvor de blandt andet skulle sikre de bedste mulige indkøbsaftaler til medlemmerne.

Accounts opgaver på NOX-møderne var vist ikke faste opgaver, men når Account bidrog på møderne, var det altid noget med administration, fx månedsregnskab, leverandøraftaler, bevillinger eller lignende. Account svarede på det, de blev spurgt om. Det er svært at sige, hvad Account selv bød ind med, for det afhang af, om det i en periode var gået dårligt, men det var altid inden for de pågældende nævnte områder. Account var ikke inde over selve diskoteksdriften, medmindre der var en økonomisk retning på det.

Han tror ikke, at han oplevede, at gentlemanaftalen blev drøftet, før han selv var med til at skrive under på den omkring det tidspunkt, hvor han selv var i bestyrelsen. Mens han var med, var det ikke alle, der var kunder hos Account. Han vil gætte på, at dette krav blev taget ud, fordi det ikke blev håndhævet.

Account var ikke med til at lave aftalegrundlaget i 2016.

Jens Vilstrup Bang Mikkelsen har forklaret, at han er tidligere ansat og medejer af flere diskoteker, som har været en del af NOX. Han sidder i dag i bestyrelsen for NOX og har gjort det siden 2019.

Baggrunden for stiftelsen af NOX var, at de savnede det fællesskab, som de havde haft i Crazy Daisy kæden, og som ophørte i 1997. De kendte stadig hinanden og talte uorganiseret sammen. De manglede fællesskab om først og fremmest uddannelse, udvikling af personale og leverandøraftaler med henblik på at få bedre priser og bedre produkter, f.eks. arrangementer og events. For nogen var det nærmest et broderskab, fordi der var en fælles og positiv ånd. Uddannelse kunne bestå i gennemførelse af teambuilding-dage for personalet, barkurser, personlig udvikling for personale, herunder mellemedere og ledere. En gang imellem indhentede de eksterne undervisere, men ellers stod Claus Krøyer for det.

Årsagen til, at man valgte Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen som bestyrelsesformænd i NOX var efter hans opfattelse på grund af deres administrative egenskaber. Under stiftelsen af NOX talte de om, hvem der kunne være gode til hvad. Der var i NOX-gruppen behov for administrative folk, fordi de, der drev, ikke var dygtige til dette. Han ved ikke, hvilke opgaver Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen havde som bestyrelsesformænd, for han deltog ikke i

bestyrelsesarbejdet. Han har ikke oplevet, at de har haft særlige opgaver, særlige beføjelser eller rettigheder som bestyrelsesformænd.

Han har oplevet, at Account har udført opgaver for NOX af samme karakter som for klubberne, der fik lavet budget, regnskab, rådgivning om bevillinger m.v. På NOX-møderne gennemgik Account budgetter og regnskaber samt fungerede som referenter. Account deltog ikke sådan rigtigt i drøftelserne på NOX-møderne. Han har oplevet, at Account var med fra mødets start til slut, men han har også oplevet, at de slet ikke deltog i NOX-møder.

Gentlemanaftalen har aldrig fyldt noget. Han kan ikke huske eksempler på drøftelser af gentlemanaftalen. Det, der fyldte noget, var de fælles værdier om at sikre udviklingen og være dygtige og seriøse til det, de lavede. Uddannelse, udvikling og sparring var i højsædet. Der var flere steder, hvor der i en by var flere NOX-steder, f.eks. Kolding, Århus og Sønderborg.

Han kan ikke specifikt huske Kæde Koncept Udvalgs mødet den 13. juli 2004. Han husker, at de havde møder, blandt andet et møde i Horsens, hvor han kommer fra, og det kan godt have været dette møde. Foreholdt punkt 5 om, at der ikke på første trin skulle arbejdes med forhandling med leverandører og diverse indkøb, har afhørte forklaret, at han husker det som lidt morsomt, fordi nogle af de ting, de talte om, var at lave gode leverandøraftaler, som kunne styrke dem. Det var Ivan Nielsen, der arbejdede mest med det, og han mente, at det blev meget svært at komme igennem med gode leverandøraftaler, fordi han forventede, at folk havde mere lyst til at forhandle egne aftaler. Foreholdt punkt 6 om, at Ivan fik til opgave at lave et oplæg til en skriftlig gentlemanaftale, har afhørte forklaret, at det aldrig var hensigten at skabe begrænsninger, men værdien var blevet taget med over fra Crazy Daisy. Gentlemanaftalen er for ham både en værdi og en begrænsning.

Han kan ikke sige, hvorfor den endelige ordlyd af gentlemanaftalen fra november 2004 er anderledes end anført i referatet fra Kæde Koncept Udvalgs mødet. Gentlemanaftalen var ikke vigtig, og det var det dumme at skrive det ned – i modsat fald havde de ikke siddet her.

Foreholdt referat af NOX-møde 19. april 2005, punkt 11 "Fælles debat" om reklamer, har afhørte forklaret, at han ikke kan huske, at det var en aftale, at de skulle ringe til Schrøder.

Foreholdt referat af NOX-møde den 31. marts 2009 har afhørte forklaret, at han ikke husker, at han har deltaget i drøftelserne under punktet "Følgende skal der styr på:". Foreholdt drøftelserne om fest i Herning kan det være, at nogen er gået mere op i det end andre. Han kan ikke sige noget om den generelle holdning til gentlemanaftalen, eftersom det var alt andet, der var i højsædet. Det

anførte om, at Ivan skulle have sagt, at man kontakter folkene i Horsens for accept m.v. kan han ikke huske. Han husker ikke, hvad Ivan Nielsen sagde på mødet, men han går ud fra, at han sagde det, der står i referatet. Han tror blot, at Ivan Nielsen kom med en kommentar.

Foreholdt referat af NOX-bestyrelsesmøde 2. december 2013, punkt 5, hvoraf fremgår, at et nyt NOX aftalegrundlag skulle præsenteres (MS/IN) har afhørte forklaret, at han ikke husker, om han var med på NOX-mødet den 10. december 2013. Sandsynligheden for, at han har været der, er stor, fordi han har deltaget i næsten alle møder. Han husker ikke, om Ivan Nielsen var med til at præsentere aftalegrundlaget.

Foreholdt, at aftalegrundlaget blev revideret i 2016, og at det af indkaldelsen fremgår, at NOX-bestyrelsen fortsat fandt gentlemanaftalen nødvendig, har han forklaret, at han ikke husker dette. Det siger ham ikke noget.

Peter Lauring har forklaret, at han er CEO og stifter af ECIT-gruppen. Han er statsautoriseret revisor.

ECIT har siden stiftelsen investeret i mere end 100 selskaber. Det er ikke et egentligt investeringskoncept, men en drøm om at bygge et større selskab. ECIT har købt en række selskaber i den hensigt at få de pågældende partnere med som medejere og fortsat drive selskabet. ECIT overtager derfor helt bevidst ikke den lokale styring. Han har opfundet en ledelsesstyreform, som består i, at de oprindelige aktionærer vælger to medlemmer til bestyrelsen, og ECIT vælger to medlemmer af bestyrelsen. Det ene medlem, valgt af ECIT, er formand for bestyrelsen. ECIT har kun 49,9 % af stemmerne, mens de operationelle har 51,1 % af stemmerne. Dette betyder, at ECIT ikke stemmer om operationelle forhold i selskaberne. De har valgt denne model, fordi de driver en forretning, der er meget relationsbaseret.

Forud for opkøbet af Account i 2018 var der en dialog om opkøb og om modellen, som var afgørende. ECIT vil gerne investere i selskaber, men ECIT overtager og uniformerer ikke det opkøbte selskab. Det er i små selskaber svært at forholde sig til f.eks. teknologi, GDPR osv., hvilket gør det interessant at være en del af en større sammenhæng, men samtidig ikke at få frataget sin vision. Account valgte ECIT over et tre årigt forløb frem for ganske mange andre interesserede købere. Hans indtryk var, at valget faldt på ECIT på grund af den selvbestemmelse, Account ville beholde. ECIT betalte også en fornuftig pris, men pengene kunne de sagtens have fået af andre.

Foreholdt, at der i standardaktionæraftalens punkt 5 er en bestemmelse om et armslængdeprincip, som ECIT imidlertid kan trodse, har afhørte forklaret, at ECIT ikke benytter sig heraf. De har i dag som kultur, at de ikke overkører loka-

le aktionærer, fordi det ikke lønner sig. Det er en dårlig forretning. Han forlod selv Visma i sin tid, fordi han blev kørt over af en køber. Når han selv ikke kan lide det, kan andre nok heller ikke.

Efter 2018, hvor ECIT først fik 60 % og senere 70 % i ejerandel, har ECIT på månedsbasis modtaget en standardiseret resultatopgørelse og en standardiseret balance. Det er omsætning og EBITDA, der videredistribueres. Det er med andre ord selskabets sundhedstilstand for samme periode i forhold til sidste år. Det er en sundhedsmåling, og det sker på tværs af hele ECIT.

ECIT giver ikke instrukser om driften til Account. ECIT giver generelt ikke instruktioner til lokale aktionærer. Account er frygtelig dygtige til selv at drive deres forretning, så der er ingen hos ECIT, der kan gøre tingene bedre. Han mener, at Account bad ECIT om at godkende noget i forbindelse med forlængelse af en lejeaftale. Dette var omfattet af aktionæraftalen som et punkt, de skal være enige om, når en lejeaftale løber mere end et år. Hertil kom en situation, hvor der blev købt en andel af et datterselskab, hvilket også er et punkt i aktionæraftalen. Ellers har Account ikke bedt ECIT om noget. ECIT godkender ikke Account beslutninger.

ECIT har ikke håndhævet instrukser over for Account. Account har ham bekendt altid selv være gode til at levere det rigtige til tiden. De bruger ikke noget instrukssæt som sådan.

Det er nok afhørte selv, der oprindeligt fik skrevet Jesper Tving Therkildsen ind i bestyrelsen for Account. Han repræsenterer dog ikke ECIT i Accounts bestyrelse. Han er valgt af ECIT, men han er en helt almindelig Account aktionær. Han er ikke blevet instrueret. Afhørte har aldrig talt med ham i hans egenskab af bestyrelsesmedlem i Account. Jesper Tving Therkildsen rapporterer ikke til ECIT i forhold til bestyrelsesmøder.

I forbindelse med den årlige budgetrapportering i ECIT-gruppen får datterselskaberne en excel-fil, hvor selskaberne indarbejder forudsætningerne, som giver budgettet. Hertil kommer en action-plan i et kort tekstformat med de punkter, som selskabet næste år vil fokusere på. Selskaberne indleverer dette til ECIT's regnskabsfunktion. Lokale aktionærer, som er ærekære over deres performance, vil gerne lave et budget, som ikke er vanskeligt at leve op til. Herefter er det op til ECIT at stille spørgsmål til dette budget, og så har de en drøftelse frem og tilbage om det. Selskaberne laver et budget, der er deres, og ikke ECIT's. Hvis selskabet har budgetteret en vækst på 4 % - mod sidste års 8 % - og andre har skrevet 6%, vil ECIT drøfte med selskabet, om dette er realistisk. ECIT kører dog ikke igennem med et budget, som selskabet ikke føler sig ansvarlig for. Det skal være selskabets eget budget. ECIT giver ikke en formel godkendelse af budgettet. Tingene afklares på mødet, og så justerer selskabet

typisk budgettet. På mødet, hvor man drøfter budgettet, deltager ECIT's CFO og dem fra selskabet, der har udarbejdet budgettet. Mødet foregår typisk over Teams.

Det er ikke ifølge ejeraftalen en forudsætning, at der er et vist performanceniveau. Der er i ejeraftalen en formulering om, at man tilstræber et vist niveau og et EBITDA-mål, men der er samtidig en formulering om, at selskabet ikke skal tvinges til at udarbejde et budget, som ikke er i rimeligt i forhold til regnskabet fra sidste år. ECIT ønsker, at der på den ene side er forventninger til selskabet, men på den anden side skal selskabet også have lov til at drive deres forretning. ECIT kan derfor ikke pålægge selskabet et budget.

Hvis selskabet ikke performer, finder de som regel en løsning, hvor en anden aktionær træder ind i ledelsen. Det er noget selskabet typisk selv finder ud af uden at involvere ECIT. ECIT har aldrig sat en direktør ind i et selskab.

Hvis selskabet ikke følger rapporteringen til ECIT, tager man et møde om det. Han ved ikke, hvad Group Finance præcis gør. Men helt overordnet aftaler ECIT med selskabet, at regnskabsfunktionen flyttes til Shared Service Center, så ECIT er sikker på, at tingene bliver gjort i henhold til instrukser og manualer. Der er ikke andre områder, hvor ECIT og selskabet har fælles service, udover HR, marketing, GDPR og intern uddannelse. Dette er behovstyret. Her beder selskabet om hjælp – initiativet kommer ikke fra ECIT. Management fee er afhængig af, om ydelserne bruges.

I koncernen er der tværgående ledelsesmøder typisk 8-10 gange om året. På disse møder har man med udgangspunkt i selskabets rapportering til koncernen drøftelser om historien bag tallene.

ECIT's børsnotering har nok ikke grundlæggende medført nogen ændring i tilgangen til rapportering. Han husker ikke, hvornår de traf beslutning om brug af Shared Service Center, men for at styre økonomien i gruppen må de have data på en ens måde.

Afhørte har ofte dialog med Klaus Jensen, som er valgt ind i Accounts bestyrelse, men ikke særlig ofte om Account. På grund af nærværende sag, som hidrører fra forhold før ECIT's opkøb, har de haft mere dialog. Account er ikke særlig meget på agendaen, fordi de er dygtige til at drive forretningen. Det er ikke relevant for Account at kunne ændre strategi uden at spørge ECIT, men de har en aktionæraftale, som regulerer, hvad de laver sammen, så hvis Account vil gøre noget uden for selskabets formål, så skal de være enige om det.

Klaus Jensen har forklaret, at han er executive vice president hos ECIT. Han har været bestyrelsesformand for Account siden 2018.

ECIT har gennemført mere end 100 investeringer siden stiftelsen. ECIT går af princip aldrig ind og styrer selskabet. Den lokale partnergruppe beholder styringsretten i selskabet. ECIT har hovedsageligt valgt denne model, fordi det placerer et tydeligt ansvar hos den lokale partnergruppe og pålægger dem, at styre selskabet.

Afhørte er den primære kontakt mellem ECIT og Account.

I ejeraftalen er der en bestemmelse om et armslængdeprincip, som gælder på alle områder. Man tilsidesætter aldrig armslængdeprincippet. Hele kulturen handler om, at de lokale selskaber driver deres forretning, og selvom andre kan have kompetencer, så driver Account en speciel type virksomhed, som ikke gør det naturligt, at ECIT bidrager.

Siden 2018 har der været et par bestyrelsesmøder, hvor der er afrapporteret om økonomi og forventninger til fremtiden. Her har han fortalt om ECIT-gruppen, herunder informeret om opkøb i Danmark, samarbejde med andre eller andet. De typiske emner for dialogen siden investeringen har været, hvordan virksomheden går, nye kunder og almindelig driftsmæssig information på et eller andet væsentlighedsniveau. Han husker, at der en gang var en dialog om en lejeaftale i en ejendom, som var ejet af Accounts partnerne.

Account indlæser månedligt en resultatopgørelse og en balance til ECIT i et centralt system. Denne information bruger ECIT til at se, hvordan performance er i divisionen. Historisk har Account leveret gode resultater og god vækst.

Han har i perioder været facilitator for ledermøder, hvor forskellige ledere af ECIT-virksomheder har foretaget en statusafrapportering. Dette er foregået via Teams over 1 – 1 ½ time med en gennemgang af status på økonomi, og hvad der sker i virksomheden, som også kan være relevant for andre selskaber. Hvert selskab har brugt 5-10 minutter på at informere. Der har typisk været 8-10 deltagende selskaber.

Han har ikke oplevet, at ECIT har givet instrukser til Account om driften. Account er kommet til ECIT og har bedt om godkendelse i forbindelse med en lejekontrakt. Han kan ikke komme i tanke om andre tilfælde.

Han har aldrig oplevet, at der har været behov for, at ECIT har skullet håndhæve ejeraftalen over for Account. Selskaberne træffer selv beslutninger ud fra, hvad der er bedst for selskabet.

Et typisk bestyrelsesmøde i Account er et kombineret bestyrelses- og partnermøde, hvor de har drøftet drift og udvikling i Account og har talt om, hvad der sker i ECIT. Han er den eneste repræsentant fra ECIT til bestyrelsesmøderne.

Der er kun et bestyrelsesmedlem fra ECIT i Accounts bestyrelse, hvorimod der er 3 medlemmer fra Account. Der er hverken ressourcer til eller behov for fra ECIT's side at stille med flere bestyrelsesmedlemmer fra ECIT. Jesper Tving Therkildsen sidder på ECIT's mandat, men han har ikke særlige beføjelser. Afhørte kommer ikke med instrukser om, hvad der skal ske på bestyrelsesmødet.

Ved den årlige økonomirapportering skal selskaberne indrapportere næste års budget i excel-format til finanskontoret. Når alle budgetter er indrapporteret, og ECIT overordnet har set på det, har de eventuelt taget en dialog med den lokale ledelse, hvis et budget er stukket ud. Afhørte har aldrig haft brug for at være kritisk og har aldrig justeret eller bedt selskabet om at justere i budgettet. ECIT har ikke formelt godkendt Accounts budgetter. ECIT bruger Accounts budget til, at de som koncern kan danne sig en forventning for næste år på total- og selskabsniveau, ligesom det pålægger det lokale selskab en forpligtelse i relation til udvikling af forretningen.

Hvis nogen kommer med et forsigtigt budget, kan det ske, at de tager en dialog over Teams, hvor ECIT hører, hvorfor budgettet er, som det er. ECIT vurderer de enkelte selskaber og hører på deres vurderinger. ECIT går ikke ind og overstyrer, fordi dette ville fjerne ejerskabet til budgettet. De har haft selskaber, der underperformer igennem længere tid, og her har han forsøgt med en dialog om, hvad ECIT kan bidrage med, og hvad der kan gøres.

ECIT blander sig ikke i Accounts beslutninger. Han har ikke oplevet, at ECIT har påpeget, at der var noget, et selskab ikke kunne. Hvis et selskab fandt på at gå ud over grænserne, så ville de i teorien tale med selskabet om det.

Account betaler et management fee, hvoraf ½ % er med til at finansiere koncerncentrale funktioner som jura, regnskab og ledelse. Desuden er der 3 %, som bruges til i fællesskab med de øvrige selskaber at finansiere fællesfunktioner, fordi mange mindre enheder ikke har ressourcer til det. Det kan være f.eks. HR, marketing eller lignende. Det er ikke ECIT, der driver fællesfunktionen, men søsterselskaberne selv. Der er ingen pligt til at trække på fællesfunktionen, men det er en mulighed, selskaberne har. Han ved, at Account har trukket på fællesfunktionen i forbindelse med noget HR samt forretningsudvikling. Hvis man ikke har brugt budgettet for fællesfunktioner, har man haft en aftale om, at det resterende beløb føres tilbage til selskaberne.

Nicolaj Johansen har forklaret, at han er stifter af Servio A/S. Han er nu partner i ECIT Services A/S.

I 2014 købte ECIT 50,1 % af Servio A/S. Det var vigtigt for ECIT, at han fortsatte med sit engagement og sin ihærdighed efter købet. Under forhandlingerne gav ECIT udtryk for, at det var vigtigt, at han drev virksomheden videre og stadig

opfattede det som hans virksomhed, og at han fortsat traf beslutninger og havde ansvaret for vækst og overskud. Der var dog rammer for f.eks. investering i fast ejendom og gældsstiftelse. Generelt havde ECIT et stort ønske om, at han skulle drifte virksomheden, som han altid havde gjort. Dette var rammerne for, hvad ECIT efter investeringen skulle bestemme.

Der var i aftalen mellem ECIT og Servio A/S et armslængdeprincip, som udsprang af, at han skulle opleve at drive sin egen virksomhed og træffe de daglige beslutninger. Han kan godt spørge og søge råd hos ECIT, men han skal have oplevelsen af at drive sin egen virksomhed. Der er ikke områder, hvor armslængdeprincippet ikke gælder, bortset fra de områder, som han har nævnt, hvor medejere ville blive eksponeret, f.eks. investering i fast ejendom og gældsstiftelse.

Muligheden for tilsidesættelse af armslængdeprincippet er aldrig blevet brugt.

Dialogen efter ECIT's køb i 2014 har ændret sig over årene, fordi ECIT nu har været ejer i 10 år. I starten var der måske 1-2 gange om måneden en opringing med spørgsmål om f.eks. en resultatrapport, hvordan gik det osv. Der var bestyrelsesmøder i Servio 1-2 gange om året. Disse bestyrelsesmøder blev ikke drevet af ECIT, men er altid blevet indkaldt af afhørte eller på hans foranledning, og fordi der var en speciel årsag til det, f.eks. sparring, drøftelser eller lignende. Dialogen mellem Servio og ECIT har drejet sig om resultat, vækst, økonomi og hvad der rørte sig i virksomheden. ECIT har ikke givet instrukser til Servio om driften. Han kan ikke huske, at han har bedt ECIT om godkendelse af driftsbeslutninger. Han har måske i forbindelse med afgivelse af et større tilbud ønsket, at der var én mere, der så på tingene, og så har han bedt ECIT om, at de så på det sammen. Dette er sket mindre end en håndfuld gange. Han har ikke oplevet, at ECIT har håndhævet rettigheder i henhold til ejeraftalen over for Servio.

Budgetrapporteringsprocessen i ECIT-gruppen foregår sådan, at man får meldt deadlines ud samt modtager et rapporteringsskema. Herefter opsætter virksomheden et budget, som indrapporteres. Dernæst er der et møde med divisionsledelsen og en fra group finance, hvor de udfordrer de forudsætninger, antagelser og beslutninger, der ligger til grund for budgettet. De kan godt spørge til, hvad en ansættelse vil medføre i omsætning eksempelvis, men det er mere en sparring og udtryk for, at ECIT har synspunkter på den virksomhed, de har investeret i. ECIT har måske en gang bedt ham om at se på budgettet igen, men beslutningen ligger hos virksomheden. ECIT har aldrig ændret virksomhedens budget.

ECIT's medejerskab af Servio har medført både inspiration og energi, fordi Servio derved blev en del af noget større og fik mulighed for sparring og gode råd.

Der har alene været meget få ændringer af driften af Servio efter ECIT's køb i form af blandt andet noget forsikringsmæssigt og pensionsmæssigt. På dagligt ledelsesniveau var der ingen ændring. I bestyrelsen blev "tanterne" udskiftet med nogen, der kendte branchen.

Der gik 4-5 år, før Servio efter at være blevet en del af ECIT-gruppen, tog farver og logo på sig, men herefter fusionerede de til ECIT Services A/S. Beslutningen om fusion blev taget af partnerne.

Af vidneerklæring fra **Flemming Sneftrup** fremgår:

4 Spørgsmål fra ECIT Account A/S

4.1 Accounts ydelser

Spørgsmål 1:

Ejerne af Crazy Daisy-kæden valgte i 1997 at frasælge/bortforpagte diskotekerne i kæden. Hvilke former for ydelser/bistand leverede ECIT Account A/S ("Account") til disse diskoteker i perioden fra 1997 og frem til 2004, hvor NOX Network ApS ("NOX") blev stiftet?

Svar:

Account tilbød bogholderifunktion, månedsregnskaber, budgetter, udarbejdelse af løn, betalinger og udarbejdelse af bevillingsansøgninger samt kontakt til revisor.

Spørgsmål 2:

Bistod Account disse diskoteker med fælles indkøb i den omtalte periode?

Svar:

Ja – bidrog med data om indkøb i kroner og mængder.

4.2 Accounts rolle i NOX

4.2.1 Flemming Sneftrups rolle i bestyrelsen for NOX

Spørgsmål 3:

Du blev valgt til formand for bestyrelsen i NOX i september 2004. Hvad var efter din opfattelse baggrunden for, at medlemmerne af NOX valgte dig som formand for bestyrelsen i NOX?

Svar:

De havde brug for en mødeleder, som kunne "holde god ro og orden". Da mine kompetencer bl.a. er at arbejde systematisk og struktureret,

samt at jeg havde en grundviden om økonomi i restaurationsbranchen, således at jeg kunne svare på økonomisk relaterede spørgsmål, blev jeg valgt.

Spørgsmål 4:

Hvilke opgaver havde du som formand for bestyrelsen i NOX, herunder på møderne i NOX?

Svar:

Mødeleder. Besvare økonomisk relaterede spørgsmål.

Spørgsmål 5:

Hvilke beføjelser og/eller særlige rettigheder havde du som formand for bestyrelsen i NOX?

Svar:

Ingen.

Spørgsmål 6:

Gav din rolle som formand for bestyrelsen i NOX dig en særlig bestemmelsesret eller indflydelse i forhold til de øvrige medlemmer af bestyrelsen?

Svar:

Nej.

4.2.2 ECIT Account A/S' rolle i NOX Network-samarbejdet

Spørgsmål 7:

Hvilke opgaver udførte Account for NOX i den periode, hvor du var partner i Account?

Svar:

Account tilbød bogholderifunktion, månedsregnskaber, budgetter, betalinger, sekretariatsfunktion samt kontakt til revisor.

Spørgsmål 8:

Hvilke opgaver havde Account på NOX-møderne i den periode, hvor du var partner i Account?

Svar:

Mødeleder. Besvare økonomisk relaterede spørgsmål.

Spørgsmål 9:

I hvilket omfang deltog Account i drøftelserne på NOX-møderne i den periode, hvor du var formand for bestyrelsen i NOX?

Svar:

Besvarede økonomisk relaterede spørgsmål.

Spørgsmål 10:

Når og hvis Account deltog i drøftelserne på NOX-møderne i denne periode, hvilke typer af emner udtalte Account sig så normalt om under drøftelserne?

Svar:

Besvarede økonomisk relaterede spørgsmål.

Spørgsmål 11:

I hvilket omfang deltog Account i drøftelser om diskoteksdrift på NOX-møderne i denne periode?

Svar:

Det deltog vi ikke i. Vi svarede alene på økonomisk relaterede spørgsmål.

Spørgsmål 12:

Har Account nogensinde stemt på NOX-møder eller på møder i NOX' bestyrelse?

Svar:

Det mindes jeg ikke, at jeg har gjort.

Spørgsmål 13:

Ivan Nielsen forlod bestyrelsen for i NOX i 2016, hvorefter Account ikke længere var repræsenteret i bestyrelsen for NOX. Hvad var efter din opfattelse årsagen til, at Ivan Nielsen forlod bestyrelsen i NOX?

Svar:

Nox havde internt folk, som kunne overtage mødelederposten. Desuden havde Account – på grund af travlhed – brug for alle de ressourcer de havde til driften af Account.

4.3 Aftalegrundlaget for NOX

4.3.1 Kæde Koncept Udvalgsmødet den 13. juli 2004

Den 13. juli 2004 blev der afholdt et såkaldt "Kæde Koncept Udvalgs møde" i Horsens med deltagelse af Account og en række NOX-medlemmer. Følgende fremgår af punkt 6 i referatet:

"Ivan fik til opgave og lave et oplæg til en skriftlig "Gentelmen agreement", med:

a. Mellem 0 - 20 km.: Ikke tilladt og åbne et hus.

b. Mellem 20-30 km.: Så skal eksisterende hus spørges om lov.

c. Over 30 km.: Go ahead..."

Spørgsmål 14:

Hvad var efter din forståelse indholdet af den opgave for Ivan Nielsen, som beskrives i punkt 6 i referatet fra Kæde Koncept Udvalgs mødet?

Svar:

Medlemmerne i Nox ønskede at gøre brug af den "gamle tommelfingerregel", som stifteren af Crazy Daisy brugte, da han etablerede Crazy Daisy kæden. Ivan fik til opgave at nedskrive de forslag til en aftale, der blev drøftet på mødet.

Spørgsmål 15:

Indebar opgaven efter din forståelse, at Ivan Nielsen skulle bestemme indholdet eller komme med forslag til indholdet af den omtalte "Gentelmen agreement"?

Svar:

Nej.

Spørgsmål 16:

Havde Account efter din forståelse foreslået eller opfordret til, at der skulle indgås en sådan "Gentelmen agreement" i NOX-samarbejdet?

Svar:

Nej.

4.3.2 Første bestyrelsesmøde i Party On den 27. september 2004

Den 13. juli 2004 blev det første bestyrelsesmøde i NOX (dengang kaldet Party On) afholdt på "Gården" med deltagelse af dig selv og en række NOX-medlemmer. Følgende fremgår af punkt 7 i referatet:

"7. Hensigtserklæring:

a/ Udarbejdes klar til underskrift den 26/10 2004.

- Flemming Sneftrup har ansvaret for denne erklæring.
- Gentlemanaftale udarbejdes. Henrik Larsens forslag lægges til grund.

Afstand, konkurrencesituation, særlige forhold.

b/ Ansvar for kontakt til resterende Huse (33 tilmeldte på Mastermind i tirsdags)

- blev fordelt og alle opgaver er næsten løst.

Følgende har givet mundligt tilsagn om deres opbakning:

Peter Corlin (CD Cph., CD Lyngby, og Coco Bongo) til Claus Krøyer

Claus Mogensen (CD Vejle) til Michael Schrøder og Henning Jensen

Thomas Hvid/Martin Larsen (BH Skagen) til Michael Schrøder

Lars Børsting (CD Næstved) til Bo Sandby

Manglende: Bullers organisation (FS arbejder stadig på sagen)

Heinrichs organisation (MS) tidligst 6/10, da Heinrich er i USA."

Spørgsmål 17:

Hvad var indholdet af den opgave med at udarbejde den omtalte hensigtserklæring, som du ifølge punkt 7 i ovenstående referat fik ansvaret for på det første bestyrelsesmøde i NOX?

Svar:

At nedskrive de forslag som Nox medlemmerne havde besluttet.

Spørgsmål 18:

Indebar opgaven, at du skulle bestemme indholdet eller komme med forslag til indholdet af den omtalte hensigtserklæring?

Svar:

Nej.

Spørgsmål 19:

Indebar opgaven, at du skulle bestemme indholdet eller komme med forslag til indholdet af den "Gentlemanaftale", der også omtales i ovenstående referat?

Svar:

Nej.

Spørgsmål 20:

Havde Account til opgave at rekruttere medlemmer til NOX eller opfordre diskoteker til at blive medlemmer af NOX?

Svar:

Nej. Nox er en frivillig organisation med fokus på indkøb, personaleudvikling og udvikling af forretningerne. Evt. kontakt skete direkte til Nox.

Spørgsmål 21:

Skal ovenstående referat forstås sådan, at du havde til opgave at rekruttere "Bullers organisation" til NOX eller opfordre "Bullers organisation" til at blive medlemmer af NOX?

Svar:

Nej. Som jeg husker det – så havde Buller nogle spørgsmål til de økonomiske forhold i forhold til medlemskab af Nox, som han ønskede besvaret, inden han blev medlem af Nox.

4.3.3 NOX' aftalegrundlag af 1. november 2004

"NOX' aftalegrundlag af 1. november 2004 indeholdt et afsnit med overskriften "Gentleman-aftale" med følgende ordlyd:

"GENTLEMAN-AFTALE

Det præciseres, at gentleman-aftalen er:

- ikke at åbne i hinandens byer/kommuner*
- min. 20 km fra hinanden*
- København er undtaget, idet Bo Sandby har klausul på et område på 5 km i radius fra Nørregade i København*

Desuden er det aftalt, at alle i Nox Network ApS får info om, når et medlem ønsker at sælge sin forretning.

Diskoteker der ikke er med i selskabet, kan ikke deltage i fremtidige mastermindmøder."

Spørgsmål 22:

Havde NOX-medlemmerne forud for dette tidspunkt indgået en skriftlig "Gentleman-aftale", der var formuleret på en anden måde?"

Svar:

Nej.

4.3.4 Kravet i aftalegrundlaget for NOX Network ApS om kundeforhold til ECIT Account A/S

I aftalegrundlaget for NOX fra 2004 står der bl.a. som følger:

"ANPARTER

Der skal købes 1 anpart a max. kr. 10.000,00. Anparten kan ikke deles. Alle anpartshavere er på lige fod. Selskabet er kun for "ACCount-kunder".

Spørgsmål 23:

Hvad var efter din forståelse baggrunden for dette krav om, at NOX-medlemmer skulle være kunder hos Account?

Svar:

Account havde alle data, der skulle anvendes til forhandlinger med leverandørerne.

Spørgsmål 24:

Havde Account foreslået eller opfordret til, at det skulle gøres til et krav, at NOX-medlemmer skulle være kunder hos Account?

Svar:

Nej.

Spørgsmål 25:

Betød dette krav efter din forståelse, at det i praksis ikke var muligt for diskoteker at blive medlemmer af NOX, medmindre de var kunder hos Account?

Svar:

I 2004 havde vi alle nødvendige data til forhandling med leverandører. Den teknologiske udvikling gjorde, at de nævnte data efterhånden blev nemmere at skaffe. Efterfølgende var der flere Nox medlemmer, som valgte en anden løsning end at være kunde i Account.

Spørgsmål 26:

Kravet om, at NOX-medlemmer skulle være kunder hos Account, blev fjernet, da aftalegrundlaget blev revideret i 2014. Hvad var efter din forståelse baggrunden for, at kravet blev fjernet i 2014?

Svar:

Se svar i spørgsmål 25.

Spørgsmål 27:

Hvem tog efter din forståelse initiativ til, at kravet blev fjernet i 2014?

Svar:

Se svar i spørgsmål 25. Det var en naturlig følge af den udvikling, der var i tiden.

5 Spørgsmål fra Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

5.1 Flemming Snefrups rolle i bestyrelsen for NOX

Spørgsmål A:

Du agerede bestyrelsesformand i NOX fra stiftelsen i 2004 og frem til 2012. Hvorfor stillede du op som bestyrelsesformand i NOX?

Svar:

Nox ønskede en mødeleder, der kunne holde "god ro og orden" til systematisk og struktureret at holde styr på de input, der kom fra Nox medlemmerne. Derfor blev jeg valgt.

Spørgsmål B:

Hvorfor anvendte du din mailadresse fra ECIT Account i din rolle som bestyrelsesformand i NOX?

Svar:

Jeg var ikke ansat i Nox. Min opgave var at være ekstern mødeleder og svare på økonomisk relaterede spørgsmål.

5.2 Hensigtserklæringen og "gentleman-aftalen"

Spørgsmål C:

Ifølge punkt 7 i referatet af det konstituerende bestyrelsesmøde i NOX ("Party On") den 27. september 2004 (bilag 6) fik du ansvar for en hensigtserklæring, herunder udarbejdelse af en "gentlemanaftale".

Spørgsmål C.1:

Hvad indebar det, at du fik ansvar herfor?

Svar:

At nedskrive de forslag som Nox medlemmerne havde foreslået.

Spørgsmål C.2:

Hvorfor skulle der udarbejdes en "gentleman-aftale"? Hvad var behovet og baggrunden herfor?

Svar:

Nox medlemmerne besluttede, at de gerne ville bruge den "tommel-fingerregel", som stifteren af Crazy Daisy koncernen anvendte.

Spørgsmål C.3:

Hvordan blev indholdet af hensigtserklæringen og "gentleman-aftalen" konkret til?

Svar:

Efter forslag og ønsker fra Nox medlemmerne.

Spørgsmål C.4:

Havde du eller andre repræsentanter fra ECIT Account drøftelser med nogen omkring indholdet af hensigtserklæringen og "gentleman-aftalen"? I bekræftende fald med hvem, og hvad gik drøftelserne nærmere ud på?

Svar:

Nej.

Spørgsmål D:

"Gentleman-aftalen" blev indskrevet i NOX' aftalegrundlag ("Aftalegrundlaget") pr. 1. november 2004 (bilag 2). Her blev der lavet nogle præciseringer i forhold til den tidligere gældende "gentleman-aftale":

"Det præciseres, at gentleman-aftalen er:

- Ikke at åbne i hinandens byer/kommuner*
- Min. 20 km fra hinanden*
- København er undtaget, idet Bo Sandby har klausul på et område på 5 km i radius fra Nørregade i København*

Desuden er det aftalt, at alle i NOX Network ApS får info om, når et medlem ønsker at sælge sin forretning.

Diskoteker der ikke er med i selskabet, kan ikke deltage i fremtidige mastermindmøder."

Spørgsmål D.1:

Hvad var baggrunden for disse præciseringer?

Svar:

Der var ingen gammel aftale. Nox medlemmerne besluttede, at de gerne ville bruge den "tommelfingerregel", som stifteren af Crazy Daisy koncernen anvendte.

Spørgsmål D.2:

Hvordan blev præciseringerne konkret til?

Svar:

Efter Nox medlemmernes forslag.

Spørgsmål E:

Det fremgår af punkt 3 i referatet af "Mastermindmødet" i NOX den 26. oktober 2004 (bilag 8), at det blev drøftet, hvorvidt bestyrelsen i NOX skulle inddrages i håndhævelsen af "gentleman-aftalen". Det fremgår konkret, at *"Bestyrelsen skal ikke inddrages, hvis man kan finde ud af det indbyrdes. Den, der er i en by først, må bestemme, om der er andre, der skal have lov til at komme til fadet."* Opstod der konkrete situationer i den periode, hvor du var bestyrelsesformand i NOX, hvor bestyrelsen blev inddraget i håndhævelsen af "gentleman-aftalen", og i givet fald hvordan?

Svar:

Nej. Nox medlemmerne talte indbyrdes sammen. Der er også eksempler på, at der blev etableret flere Nox steder i samme by.

Spørgsmål F:

Det fremgår af en række referater af møder mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen, at "gentleman-aftalen" og dens rækkevidde løbende blev diskuteret, se f.eks.:

- Referat af møde mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen den 19. april 2005 (bilag F)
- Referat af møde mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen den 31. marts 2009 (bilag 18)
- Referat af møde mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen den 9. juni 2009 (bilag G)

Spørgsmål F.1:

Var der andre møder mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen, internt i bestyrelsen eller i andre fora, hvor indholdet af "gentleman-aftalen" og dens håndhævelse i konkrete tilfælde blev drøftet?

Svar:

Nej.

Spørgsmål F.2:

I bekræftende fald, hvem deltog i drøftelserne, og hvad gik drøftelserne ud på?

Svar:

Se svar F.1.

Spørgsmål G:

Det fremgår af referatet af et bestyrelsesmøde i NOX den 2. december 2013 (bilag H), at et revideret Aftalegrundlag, som omfattede "gentleman-aftalen", blev præsenteret. Det fremgår endvidere af referatet, at du ikke længere havde en rolle i NOX. Du var dog fortsat partner i ECIT Account.

Spørgsmål G.1:

Deltog du i bestyrelsesmødet den 2. december 2013?

Svar:

Det kan jeg ikke erindre jeg gjorde

Spørgsmål G.2:

Efter revideringen, jf. referatet, havde "gentleman-aftalen" følgende ordlyd i Aftalegrundlaget (bilag 2):

"GENTLEMAN-AFTALE

Det præciseres, at gentleman-aftalen er:

- ikke at åbne i hinandens byer/kommuner*
- min. 20 km. fra hinanden*
- I Odense, København, Århus og Ålborg kan der etableres flere steder, under forudsætning af NOX bestyrelsens godkendelse. Bestyrelsen vil til hver en tid tage alle fornuftige hensyn, og søge at skabe bro mellem eksisterende og evt. kommende NOX steder. Herunder f.eks. at etablere partnerskaber i disse byer, hvis der skal eksistere flere NOX steder.*
- Såfremt et NOX diskotek, som deler navn med minimum 1 andet NOX sted, sælges eksternt, kan NOX bestyrelsen afgøre om navnet kan sælges med eller ej.*
- NOX bestyrelsen har mulighed for at afgøre hvilke diskoteker, der kan blive medlem af NOX og under hvilke forudsætninger."*

Var du involveret i drøftelserne omkring revisionen af Aftalegrundlaget og "gentleman-aftalen", eller fik du oplysninger om revisionen?

Svar:

Nej.

Spørgsmål G.3:

I givet fald, hvorfor blev "gentleman-aftalen" revideret? Hvad var behovet og baggrunden herfor?

Svar:

Nox medlemmernes ønske.

Spørgsmål G.4:

I givet fald, hvordan blev indholdet af det nye Aftalegrundlag og "gentleman-aftalen" konkret til?

Svar:

Jeg vil tro, at det blev gennemgået på et Nox møde.

Spørgsmål H:

Aftalegrundlaget, som omfattede "gentleman-aftalen", blev revideret endnu en gang pr. 2. februar 2016 (se f.eks. bilag J og bilag 22). På det tidspunkt var du ikke længere del af NOX-bestyrelsen, men fortsat partner i ECIT Account.

Spørgsmål H.1:

Var du involveret i drøftelserne omkring revisionen af Aftalegrundlaget og "gentleman-aftalen", eller fik du oplysninger om revisionen?

Svar:

Nej.

Spørgsmål H.2:

I givet fald, hvorfor blev "gentleman-aftalen" revideret? Hvad var behovet og baggrunden herfor?

Svar:

Jeg vil tro, at det var efter medlemmernes ønsker.

Spørgsmål H.3:

I givet fald, hvordan blev indholdet af det nye Aftalegrundlag og "gentleman-aftalen" konkret til?

Svar:

Jeg vil tro, at det blev gennemgået på et Nox møde.

Spørgsmål I:

Hvilke oplysninger modtog du og/eller andre repræsentanter fra ECIT Account i øvrigt om "gentlemanaftalen" og dens håndhævelse i hele den periode, hvor du var partner i ECIT Account (udover evt. ovenfor anførte)?

Svar:

Jeg erindrer ikke, at Account har modtaget oplysninger. Hvis der var nogle oplysninger, blev det besvaret i Nox-regi.

Spørgsmål J:

Bidrog du og/eller andre repræsentanter fra ECIT Account i øvrigt med input til "gentlemanaftalen" og dens håndhævelse i den periode, hvor du var partner i ECIT Account, og i givet fald hvordan (udover evt. ovenfor anførte)?

Svar:

Nej. Account var referent af de ønsker og beslutninger, som Nox medlemmerne foreslog.

5.3 Optagelse af nye medlemmer i NOX

Spørgsmål K:

I forbindelse med løbende optagelser af nye medlemmer i NOX, har du og/eller andre repræsentanter fra ECIT Account da været involveret i processen, herunder i drøftelser med nye medlemmer om NOX' aftalegrundlag og/eller "gentleman-aftalen"? I bekræftende fald, hvad gik drøftelserne ud på?

Svar:

Nej.

Parternes synspunkter

ECIT Account A/S har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet:

3 Kort sagsfremstilling

I 1997 besluttede de daværende ejere af Crazy Daisy-diskotekskæden at opløse kæden og frasælge/bortforpagte diskotekerne til de tidligere bestyrere af diskotekerne. Den tidligere kæde blev dermed til en række mindre, selvstændige virksomheder drevet af yngre ejere/forpagtere med et begrænset uddannelsesniveau og begrænset erfaring med at drive virksomhed.

Disse nye virksomheder havde behov for bistand med en lang række administrative og økonomiske forhold i deres nye virksomheder, herunder f.eks. bogholderi, regnskabsaflæggelse, lønstyring, bevillingsmæssige forhold m.v. Account blev stiftet specifikt for at levere denne administrative og økonomiske bistand. Stifterne af Account var lederne af den tidligere økonomiafdeling i Crazy Daisy-kæden og havde derfor netop de kompetencer, som de nye virksomheder nu manglede.

I 2005 - 8 år efter opløsningen af Crazy Daisy-kæden - besluttede en række af de tidligere diskoteker i kæden at stifte NOX Network ApS ("NOX"). NOX var og er et kædesamarbejde, der har til formål at hjælpe medlemsvirksomhederne med mange af de forhold, som tidligere var blevet varetaget af Crazy Daisy-kæden, og som diskotekerne hver især ikke havde kapaciteten eller kompetencerne til. Dette omfatter navnlig personaleuddannelse og forhandling af fælles leverandøraftaler. Især leverandøraftalerne er afgørende for mange af netværkets medlemmer, da det reelt ikke er muligt at drive en rentabel virksomhed inden for denne branche uden at opnå fordelagtige indkøbspriser, hvilket kræver en vis indkøbsstyrke.

I forbindelse med oprettelsen af NOX i 2005 blev der indgået aftale mellem Account og NOX om, at Account ville levere administrativ bistand til NOX, ligesom Account i forvejen leverede administrativ bistand til mange af NOX-medlemmerne (diskotekerne). Account har som led i aftalen hjulpet NOX med bogholderi, taget referater af møder i NOX og hjulpet med andre forefaldende administrative opgaver.

Der blev desuden udarbejdet et såkaldt aftalegrundlag (E 377), som medlemmerne af NOX-netværket underskrev for at bekræfte deres deltagelse i netværket ("Aftalegrundlaget"). Aftalegrundlaget regulerede navnlig vilkårene for medlemmernes deltagelse i netværket, herunder kontingent, udtrædelse m.v.

Aftalegrundlaget indeholdt et vilkår om, at medlemmerne af netværket ikke måtte åbne diskoteker inden for 20 kilometer af hinanden (benævnt "aftalen" af Styrelsen og i det følgende).

Account bistod i forbindelse med Aftalegrundlaget med at nedfælde denne aftale, herunder Gentlemanaftalen, med det indhold, som NOX-medlemmerne havde fastlagt. Account havde således ingen indflydelse på indholdet af Gentlemanaftalen og varetog alene en sekretærfunktion med at skrive Gentlemanaftalen ned efter instruks fra NOX-medlemmerne. Account har efterfølgende deltaget i møder i NOX for at tage referat m.v., og i denne forbindelse har Account over ca. 16 år tre gange været til stede ved møder, hvor Gentlemanaftalen er blevet drøftet. Account har desuden to gange udsendt Aftalegrundlaget til bestemte modtagere efter instruks fra NOX.

Account opnåede ingen økonomisk vinding fra Gentlemanaftalen. Account har således ubestridt aldrig modtaget betaling for at bistå NOX med Gentlemanaftalen, og da Account ikke selv er aktiv på diskotekemarkedet, har aftalen ikke gavnet Account. Om noget ville en markedsdelingsaftale skade Accounts økonomiske interesser, da Account

som leverandør til diskoteker kun er interesseret i flere og ikke færre diskoteker.

På denne baggrund har Styrelsen den 25. oktober 2023 truffet afgørelse om, at Account har overtrådt konkurrenceloven.

I afgørelsen af 25. oktober 2023 ("Afgørelsen") finder Styrelsen, at Gentlemanaftalen mellem diskotekerne udgør en ulovlig markedsdelingsaftale i strid med konkurrencelovens § 6, og at Account har medvirket til at etablere og opretholde denne aftale. Styrelsen baserer alene dette på en vurdering af, at Gentlemanaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, mens Afgørelsen ubestridt ikke indeholder nogen analyse af, om aftalen har haft konkurrencebegrænsende effekter på markedet og dermed har haft til følge at begrænse konkurrencen. Styrelsen finder derfor, at Account har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det er ubestridt i sagen, at Account ikke driver og aldrig har drevet diskoteksvirksomhed. Account er således ikke aktiv på det marked, som ifølge Afgørelsen er blevet opdelt i kraft af Gentlemanaftalen. Account har heller ikke underskrevet det ovennævnte Aftalegrundlag og er således ikke part i den konkurrencebegrænsende aftale. Grundlaget for, at Account ifølge Styrelsen har overtrådt konkurrenceloven, er således ikke andet eller mere end den administrative bistand, som Account har ydet til NOX.

4 Opsummering af Accounts anbringender

4.1 Anbringender til støtte for Påstand 1: Account har ikke overtrådt konkurrenceloven

Account gør gældende, at Account ikke har overtrådt konkurrenceloven, og at Afgørelsen derfor er behæftet med en afgørende retlig fejl og skal ophæves.

Til støtte for dette gør Account for det første gældende, at Styrelsen slet ikke har påvist, at Gentlemanaftalen mellem diskotekerne er i strid med konkurrenceloven (afsnit 7).

Styrelsen har som nævnt ikke foretaget nogen vurdering af, om Gentlemanaftalen har haft til følge at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet, dvs. om aftalen reelt har haft nogen konkurrencebegrænsende effekt. I nærværende sag skal retten derfor alene tage stilling til, om aftalen har haft til formål at begrænse konkurrencen. I modsat fald er det ikke påvist, at Account har overtrådt konkurrenceloven, da en aftale kun er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvis den enten har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Det er ubestridt i sagen, at NOX-samarbejdet er et indkøbssamarbejde, som forhandler leverandøraftaler på vegne af medlemmerne. Sådanne fælles leverandøraftaler er en eksistensbetingelse for diskotekerne, da det ikke er muligt at drive et profitabelt diskotek uden at opnå den

form for rabatter m.v., som disse aftaler kan sikre. Gentlemanaftalen udgør en integreret del af dette samarbejde.

EU-Kommissionen ("Kommissionen") har fastslået i sine retningslinjer for vurdering af samarbejdsaftaler mellem konkurrenter, at fælles indkøbsaftaler som klart udgangspunkt ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Det samme er blevet fastslået af Konkurrenceankenævnet ("KAN") i 2023 i Botexsagen, hvor KAN fandt, at en markedsdelingsaftale indgået i forbindelse med et indkøbssamarbejde (altså omstændigheder, der fuldstændigt svarer til nærværende sag) ikke havde til formål at begrænse konkurrencen. KAN hjemviste derfor sagen, da Styrelsen heller ikke i den sag havde foretaget en vurdering af aftalens effekter på markedet.

Gentlemanaftalen har derfor ikke til formål at begrænse konkurrencen. Styrelsen har dermed hverken påvist, at Gentlemanaftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Dette indebærer i sig selv, at Afgørelsen skal ophæves. Når der ikke er påvist nogen overtrædelse, kan Account i sagens natur heller ikke have pådraget sig et medansvar.

Account gør for det andet gældende, at selv hvis der foreligger en overtrædelse, har Account ikke pådraget sig et medansvar for denne.

Det er ubestridt mellem parterne, at en række kumulative betingelser skal være opfyldte for at holde en virksomhed ansvarlig for en konkurrencebegrænsende aftale, som virksomheden ikke selv er part i, og som vedrører et marked, hvor virksomheden ikke selv er aktiv. Sådanne virksomheder omtales i det følgende som "Tredjeparter", og Tredjeparters medvirken til overtrædelser af konkurrencereglerne omtales som "kartelfacilitering".

EU-Domstolen ("Domstolen") har fastslået, at dette kun er muligt, hvis:

- 1) Tredjepartens adfærd udgør et bidrag til det fælles konkurrencebegrænsende mål, som deltagerne i den konkurrencebegrænsende aftale har forfulgt
- 2) Tredjeparten har haft til hensigt ved sin adfærd at bidrage til det konkurrencebegrænsende mål
- 3) Tredjeparten har haft kendskab til de konkrete handlinger, som deltagerne i aftalen har planlagt eller foretaget med henblik på at realisere dette mål, eller med rimelighed har kunnet forudse dette

Account gør gældende, at betingelse 1 og betingelse 2 ikke er opfyldte i sagen.

I forhold til betingelse 1 om bidrag har Account kun ydet et yderst begrænset og yderst uvæsentligt bidrag til Gentlemanaftalens angivelige mål om at begrænse konkurrencen mellem NOX-medlemmerne. Accounts rolle i NOX har alene været at hjælpe med administrative forhold såsom at tage mødereferater, nedskrive aftaler indgået på møderne,

rundsende dokumenter m.v. – alt sammen efter instruks fra NOX. Styrelsen har ikke dokumenteret andre bidrag fra Account til Gentlemanaftalen end de ovennævnte til trods for, at sagen vedrører en periode på næsten 16 år.

Der er tale om simpel, administrativ bistand, som lige så godt kunne have været ydet af en sekretær el.lign., og som langt fra udgør en "*aktiv og central rolle*" som anført af Styrelsen.

Ifølge Domstolens praksis kræves der et væsentligt bidrag for, at en Tredjepart kan straffes for kartelfacilitering, og Accounts bidrag kan ikke anses for tilstrækkeligt.

I forhold til betingelse 2 om hensigt foreligger der hverken direkte eller indirekte beviser for, at Account har haft til hensigt at bidrage til det angivelige konkurrencebegrænsende mål med Gentlemanaftalen.

Styrelsen har alene henvist til, at Accounts bidrag til aftalen i sig selv viser, at Account har haft til hensigt at bidrage til en sådan begrænsning af konkurrencen. Account har dog alene ydet simpel, administrativ bistand til et netværk af mindre erhvervsdrivende med et legitimt og anerkendelsesværdigt formål om at skabe et mere sikkert og professionelt natteliv. Denne bistand har ganske vist vedrørt Gentlemanaftalen ved enkelte lejligheder, men kun i særdeles begrænset omfang og aldrig i større omfang, end hvad der fulgte af den generelle administrationsaftale mellem NOX og Account. Det kan ikke udledes af et sådant bidrag, at Account har haft til hensigt at bidrage til en konkurrencebegrænsning, og dette er derfor ikke påvist i sagen. Det ville endvidere stride mod enhver kommerciel logik for Account at bidrage til en markedsdeling, da Account som nævnt ubestridt aldrig har modtaget betaling for at medvirke til Gentlemanaftalen og kun er interesseret i flere og ikke færre diskoteker. Dette fravær af kommerciel logik udgør et indirekte bevis på, at Account ikke har haft til hensigt at medvirke til en konkurrencebegrænsende markedsdeling.

Bevisbyrden for, at disse betingelser er opfyldte, påhviler Styrelsen, og denne bevisbyrde er ikke løftet. Hvert af disse to forhold medfører derfor, at Afgørelsen skal ophæves.

4.2 Anbringender til støtte for Påstand 2: En eventuel bøde til Account skal bortfalde eller reduceres væsentligt

Styrelsen har nedlagt påstand om, at Account skal idømmes en bøde på DKK 30 millioner på baggrund af Afgørelsen.

Dette ville med længder være den største bøde, som en dansk domstol nogensinde har udmålt for en overtrædelse af konkurrencereglerne. Den største bøde, som hidtil er blevet udmålt af domstolene for en overtrædelse af konkurrenceloven, var på DKK 8 millioner.

Styrelsens påstand er aldeles uproportionel og uden støtte i retspraksis. Dette gælder særligt, da Account end ikke er blandt de hovedansvarlige i sagen, men blot (ifølge Styrelsen) har faciliteret den påståede overtræ-

delse fra diskotekernes side. Account har i sagen ydet et meget begrænset og meget perifert bidrag til et indkøbssamarbejde i form af administrativ bistand, og det er ikke dokumenteret i sagen, at Account har opnået nogen indtjening ved dette eller haft nogen økonomisk interesse i overtrædelsen. Der er derfor intet grundlag for, at Account skal pålægges danmarkshistoriens største bøde for en overtrædelse af konkurrenceloven i nærværende sag.

Account gør derfor gældende, at en eventuel bøde til Account i sagen skal bortfalde eller subsidiært reduceres markant i forhold til Styrelsens bødepåstand.

Account gør herunder for det første gældende, at Account bør fritages fra en eventuel bøde, da Account ikke med rimelighed kunne indse, at Accounts adfærd kunne udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven.

Det er fastslået i bl.a. Østre Landsrets dom af 2. februar 2024 i den såkaldte vejstribesag (M 1243), at det er grundlag for strafforfald, hvis en virksomhed ikke med rimelighed kunne forudse, at dens adfærd ville være i strid med konkurrencereglerne. Konkurrencemyndighederne i Danmark og EU havde tilsammen kun truffet fire afgørelser nogensinde om kartelfacilitering på tidspunktet for den påståede overtrædelse, og alle disse afgørelser drejer sig om adfærd, der på ingen måde kan sammenlignes med Accounts adfærd i nærværende sag. Alle fire sager drejer sig således om Tredjeparter, der specifikt har påtaget sig at hjælpe medlemmerne af et kartel med at etablere og implementere kartellet, herunder ved hjælp af oplagt odiøse midler. Dette kan på ingen måde sammenlignes med Account, der blot har ydet simpel, administrativ bistand til et legitimt netværk. Account kunne derfor ikke forudse ud fra praksis, at Accounts adfærd kunne blive anset for ulovlig kartelfacilitering.

Account gør for det andet gældende, at praksis fra danske domstole viser, at en eventuel bøde til Account skal være væsentlig lavere end påstået af Styrelsen.

Danske domstole har udmålt bøder for overtrædelser af konkurrenceloven i en række sager, og alle disse bøder har ligget væsentlig lavere end Styrelsens påstand. I den mest relevante sag blev de involverede virksomheder eksempelvis pålagt bøder på DKK 400.000 for at have indgået en ulovlig markedsdelingsaftale. Når de hovedansvarlige i sager om tilsvarende overtrædelser er blevet pålagt bøder på dette niveau, er der intet grundlag for, at Account som (angivelig) facilitator skal pålægges en højere bøde – endsige danmarkshistoriens største bøde.

Account gør for det tredje gældende, at det følger af den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, at en eventuel bøde til Account skal være væsentlig lavere end påstået af Styrelsen.

De 20 hovedansvarlige i sagen (NOX-diskotekerne) har alle afsluttet sagen ved at vedtage udenretlige bødeforlæg. Den største af bøderne til disse 20 virksomheder har været på DKK 278.000, og den mindste af

bøderne har været på DKK 28.000. Dette er udtryk for en særdeles lempelig behandling af disse virksomheder fra Styrelsen. Det vil derfor være i strid med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, hvis ikke Account modtager en tilsvarende lempelig behandling – og i særdeleshed hvis Account modtager en bøde på niveau med Styrelsens bødepåstand.

Account gør for det fjerde gældende, der foreligger en række formildende omstændigheder i sagen, herunder at Account har været i en undskyldelig vildfarelse om adfærdens ulovlighed, at Account alene har spillet en passiv rolle i sagen, at Account har medvirket aktivt til sagens opklaring, at Gentlemanaftalen ikke er blevet overholdt i praksis, at Account ikke har opnået nogen økonomisk vinding fra Gentlemanaftalen, og at der har været en lang sagsbehandlingstid, som ikke kan tilskrives Account. En eventuel bøde til Account bør nedsættes som følge af disse omstændigheder.

Account gør for det femte gældende, at en eventuel bøde til Account bør nedsættes som følge af manglende betalingsevne.

Det følger af praksis, at en bøde for overtrædelse af konkurrenceloven kan nedsættes, så den ikke overstiger det niveau, som en virksomhed vil være i stand til at betale, uden at virksomhedens fortsatte drift trues. Det er dokumenteret i sagen, at Account højest vil være i stand til at betale ca. DKK 3,8 millioner, hvis virksomheden skal kunne fortsætte sin drift. Styrelsens bødepåstand er altså aldeles uproportionel i forhold til, at Account er en mindre, lokal virksomhed.

Endelig gør Account for det sjette gældende, at en eventuel bøde til Account skal nedsættes, fordi Styrelsens bødepåstand udgør mere end 10 % af Accounts koncernomsætning.

Styrelsen har i sin bødepåstand lagt til grund, at Account indgår i samme koncern som den norske virksomhed ECIT, der har en ejerandel på 70 % i Account. Domstolen har imidlertid fastslået, at to virksomheder ikke skal anses for at indgå i samme koncern i konkurrencereglernes forstand, hvis ikke moderselskabet kan udøve bestemmende indflydelse over datterselskabet og faktisk udøver en sådan bestemmende indflydelse. Det er dokumenteret i sagen, at ECIT hverken kan udøve bestemmende indflydelse over Account eller faktisk har gjort dette. Det er en afgørende del af ECIT's investeringskoncept, at den daglige drift af selskaberne i ECIT-gruppen overlades til selskabet selv, og det er også sket i forhold til Account. Styrelsen har omvendt ikke fremlagt nogen form for dokumentation, der understøtter, at ECIT har udøvet bestemmende indflydelse over Account, selvom Styrelsen har bevisbyrden for dette.

En eventuel bøde til Account skal derfor opgøres ud fra Accounts egen omsætning og ikke ud fra ECIT's koncernomsætning. Bøden kan derfor ikke overstige ca. DKK 3,7 millioner svarende til 10 % af Accounts egen omsætning. Der er endvidere ikke grundlag for at forøge en eventuel bøde til Account på baggrund af Accounts omsætning, idet ECIT's omsætning heller ikke skal medregnes i den forbindelse.

5 Rettens prøvelse af Afgørelsen er ikke underlagt nogen begrænsninger

Styrelsen har gjort gældende, at rettens prøvelse af Afgørelsen er begrænset. Dette bestrides.

Ifølge praksis skal der foreligge et sikkert grundlag for at tilsidesætte et konkurrencemæssigt skøn udøvet af Styrelsen. Det fremgår imidlertid også af praksis, at der ikke gælder nogen begrænsninger for rettens prøvelse af det faktuelle grundlag og retsanvendelsen i konkurrencesager. Dette er eksempelvis fastslået i Højesterets dom i den såkaldte vejstribesag (optrykt i U.2020.524H, se M 1166).

Nærværende sag omhandler alene efterprøvelse af det faktuelle grundlag og retsanvendelsen i Afgørelsen. Account bestrider Styrelsens udlægning af faktum i sagen og gør gældende, at Styrelsen ikke har fortolket den relevante praksis korrekt på en række punkter, herunder navnlig praksis om konkurrenceretlig vurdering af indkøbssamarbejder, praksis om kriterierne for at finde en Tredjepart skyldig i kartelfacilitering og praksis om de relevante principper for bødefastsættelse i konkurrencesager.

Sådanne spørgsmål om fortolkning af betingelser opstillet i regulering og praksis kan ikke anses for at henhøre under konkurrencemyndighedernes skøn, blot fordi Styrelsen måtte anse sine egne vurderinger for skønsmæssige. Der kræves således kun et sikkert grundlag for at tilsidesætte et konkurrencemæssigt skøn, mens der ikke gælder tilsvarende krav i forhold til andre skøn i forbindelse med anvendelsen af konkurrencereglerne.

I overensstemmelse hermed vedrører de domme, som Styrelsen påberåber sig til støtte for dette synspunkt, vurderinger om effekterne af en given adfærd på markedet og på konkurrencen, hvor Styrelsen skal afveje en række forhold imod hinanden.

I Nykredit-dommen, som Styrelsen henviser til, var der således tale om en vurdering af, hvorvidt et tilsagn fortsat var nødvendigt for at afhjælpe virkningerne af en fusion på markedet (optrykt i U.2014.2663H, se M 486). I nærværende sag foreligger der ingen spørgsmål, der skal afgøres ud fra en sådan afvejning af forskellige hensyn. Der foreligger heller ikke spørgsmål, der skal vurderes ud fra virkningerne af en adfærd på markedet – allerede fordi Styrelsen slet ikke har foretaget en sådan vurdering i Afgørelsen.

Det kan derfor ikke udledes af Nykredit-dommen, at der gælder nogen form for begrænsninger for rettens prøvelse i nærværende sag. Det samme gælder for den ovennævnte vejstribedom, hvor Højesteret ikke afstod fra at foretage en fuld prøvelse af nogen af de rejste spørgsmål i sagen.

Styrelsens anbringende om, at rettens prøvelse i nærværende sag er begrænset, må derfor afvises.

6 Sagens faktiske omstændigheder

6.1 Aktører i sagen

6.1.1 Account

Account er en rådgivningsvirksomhed, der leverer ydelser inden for bogholderi og administration. Account driver ikke og har aldrig drevet diskoteksvirksomhed.

Account blev stiftet den 1. oktober 1997 af bl.a. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen var begge ansatte i Crazy Daisy-kædens økonomiafdeling, indtil diskotekerne i kæden i 1997 blev bortforpagtet og/eller solgt til deres hidtidige bestyrere. Efter kædens opløsning blev diskotekerne i kæden til små, selvstændige virksomheder, og økonomiafdelingen i Crazy Daisy-kæden var på den baggrund ikke længere nødvendig. Hele afdelingen blev derfor omdannet til den selvstændige virksomhed Account.

Ejerne af de nye diskoteksvirksomheder havde generelt set meget lidt eller ingen erfaring med virksomhedsdrift, og mange af dem havde et begrænset uddannelsesniveau (ofte folkeskole eller kortere). De havde derfor behov for bistand med en lang række administrative og økonomiske forhold i deres nye virksomheder, herunder f.eks. bogholderi, regnskabsaflæggelse, lønstyring, ansættelsesaftaler, leverandøraftaler, kontakt til banker og forsikringsselskaber, bevillingsmæssige forhold m.v.

Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen stiftede derfor Account for netop at yde denne bistand til ejerne af de nye diskoteker og lignende små erhvervsdrivende. Konceptet bag Account er, at virksomheder kan outsource alle disse administrative forhold til Account og dermed få sikkerhed for, at der er taget hånd om den administrative del af deres forretning, så de selv kan koncentrere sig om driften af virksomheden. Accounts koncept beskrives som følger i afsnit 2 af Accounts standardaftale om outsourcing (E 364):

”Vort forretningsgrundlag består i salg af regnskabsmæssig assistance, lønadministration, HR assistance, økonomisk styring og IT (økonomisystemer) baseret på aftalte ydelser, tidsmæssig fleksibilitet og en serviceorienteret indstilling. Account udfører ikke revision, idet vi typisk har fuldmagt til Kundens konto.”

Account rådgiver til gengæld ikke om kundernes drift. Dette fremgår også af Accounts standardaftale (E 364).

Fra stiftelsen af Account i 1997 og indtil oprettelsen af NOX i 2005 påtog Account sig endvidere at forhandle fælles indkøbsaftaler på vegne af diskotekerne (og andre af Accounts kunder). Account bistod altså de senere NOX-medlemmer med at drive et indkøbssamarbejde, længe inden NOX blev stiftet.

Account servicerer fortsat primært kunder i HORESTA-sektoren. Account har i dag ca. 400 kunder og havde i 2023 en omsætning på DKK 36,57 millioner. Størstedelen af Accounts kunder er små virksomheder med en omsætning på mellem DKK 3 og 10 millioner om året, der har behov for hjælp til deres administration. Account har i dag 50 ansatte (med en samlet arbejdstid på 46 fuldtidsstillinger).

Account har siden 2018 haft den norske økonomi- og IT-koncern ECIT som formel, juridisk majoritetsejer. ECIT INT Holding AS ejer i dag 70 % af Account, mens de resterende 30 % ejes af partnerne i selskabet. ECIT Account A/S omtales derfor som "Account" i dette processkrift for at undgå sammenblanding med ECIT-koncernen, mens moderselskabet omtales som "ECIT".

6.1.2 NOX

NOX er et kædesamarbejde mellem 29 mindre, selvstændige diskoteker i Danmark. Medlemmerne omfatter mange af de tidligere Crazy Daisy-diskoteker, men også en række andre diskoteker, der har valgt at melde sig ind i netværket.

Netværket blev stiftet i 2005. Stifterne var de tidligere Crazy Daisy-diskoteker, og hensigten med netværket var at hjælpe medlemmerne med mange af de forhold, som tidligere var blevet varetaget af Crazy Daisykæden, og som diskotekerne hver især ikke havde kapaciteten eller kompetencerne til.

Dette fremgår bl.a. af en række dokumenter fremlagt i sagen, der beskriver drøftelserne om stiftelsen af NOX, herunder bl.a. et notat med titlen "Oplæg til kæde-koncept", som blev fremlagt på et såkaldt mastermindmøde i september 2004 (E 391). Det fremgår af indkaldelsen til dette møde (E 389), at et stort antal af de tidligere Crazy Daisy-diskoteker deltog i mødet.

Det fremgår af dette notat, at drøftelserne blev indledt i foråret 2004. Det fremgår endvidere, at forslaget om at etablere samarbejdet blev stillet af Henrik Larsen, der var diskoteksejer og ikke er nuværende eller tidligere ansat i Account (E 391).

Der blev efterfølgende afholdt en række andre såkaldte mastermind-møder. Temaet for alle disse møder var etableringen af NOX. Det fremgår af det ovennævnte notat, at initiativtagerne på baggrund af drøftelserne kom frem til, at samarbejdet skulle have følgende fokusområder (E 394):

"Der hvor der virkelig skal ligges noget energi i, er de udvalg der skal etableres!

Der er oplægget, at følgende udvalg skal igangsættes:

- *Markedsføring – herunder fælles reklame*
- *Leverandører*

- *Personaleudvikling / kurser / foredrag / Camps / lederudvikling*
- *Temafester – ¾ pr. år.*
- *Planlægning og gennemførelse af Mastermind*
- *Musikkoncept*
- *Kontakt til medier*
- *Fællesstandard / CIA program / Personale / Mastermappe / P- håndbog*
- *Udvikling af systemer / Disko-Web"*

Oplægget var altså et samarbejde om legitime og anerkendelsesværdige aktiviteter inden for f.eks. personaleudvikling, udvikling af fælles standarder og fælles indkøb – mens Gentlemanaftalen ikke er nævnt.

Drøftelserne blev videreført på det såkaldte Kæde Koncept Udvalgs-møde i juli 2004 (referat fremlagt som Bilag 5, E 387).

Der blev efterfølgende afholdt et såkaldt bestyrelsesmøde om NOX-netværket (dengang benævnt "Party on") den 27. september 2004 (referat fremlagt som Bilag 6, E 397). Det fremgår af CVR-registeret, at NOX først fik en formel bestyrelse i 2017 (se udskrift af 6. december 2023, E 558). Der var derfor ikke tale om en reel bestyrelse, herunder da NOX slet ikke var stiftet på dette tidspunkt. "Bestyrelsen" var dermed reelt blot en arbejdsgruppe uden nogen formelle beføjelser eller nogen form for beslutningskompetence i forhold til medlemmerne, men medlemmerne omtalte i daglig tale denne arbejdsgruppe som "bestyrelsen". I det følgende vil denne gruppe derfor blive omtalt som "Arbejdsgruppen".

Referaterne fra NOX-møderne omtalt i Afgørelsen er heller ikke referater fra møder i Arbejdsgruppen, men derimod fra møder i NOX generelt, der kan sammenlignes med generalforsamlinger i NOX. På disse møder har ikke kun Arbejdsgruppen deltaget, men også ejerne af NOX-diskotekerne og ledende medarbejdere fra diskotekerne (typisk 1-4 deltagere ud over ejerne selv).

Det fremgår af referatet fra det første møde i Arbejdsgruppen i 2004, at det på dette møde blev besluttet af oprette fem forskellige udvalg, der skulle arbejde med hver af netværkets fokusområder. Disse udvalg omfattede et markedsføringsudvalg, et personaleudviklingsudvalg, et musikudvalg, et fællesstandardudvalg og et leverandørudvalg (E 397).

Det endelige koncept blev fastlagt på et såkaldt Mastermindmøde den 27. oktober 2004. Ifølge referatet fra mødet (E 401) var konceptet med samarbejdet:

at styrke personale- og lederudvikling hos medlemmerne og udvikle uddannelsesforløb og godkendelsesprocedurer for lederne

at udvikle musikstyringsredskaber til medlemmerne

at lave fælles markedsføring for medlemmerne

at udvikle fælles IT-systemer til medlemmerne

at forhandle fælles leverandøraftaler for medlemmerne

at lave fælles kommunikation til presse m.v. for medlemmerne

Formålet med netværket var således fra starten at hjælpe medlemmerne med at uddanne deres personale, drive deres virksomheder på en mere professionel og systematisk måde og opnå bedre vilkår fra leverandørerne, der ofte var langt større og mere økonomisk stærke end de enkelte diskoteker.

Navnlig det sidste var afgørende for mange af netværkets medlemmer. Indkøb af navnlig drikkevarer er en af de største løbende udgifter for diskoteker og natklubber m.v., og det er derfor af væsentlig betydning for sådanne virksomheder at kunne opnå fordelagtige indkøbsaftaler, da det ellers reelt ikke er muligt at drive en rentabel virksomhed inden for denne branche.

Ved stiftelsen af NOX deltog Flemming Sneftrup fra Account i Arbejdsgruppen. Flemming Sneftrup blev af medlemmerne benævnt som formand for Arbejdsgruppen. Flemming Sneftrup havde ikke nogen beføjelser el.lign. i forhold til Arbejdsgruppen, men som led i Accounts administrative bistand til NOX fungerede Flemming Sneftrup som ordstyrer og referent på møderne og bistod med administrationen af gruppen, da Arbejdsgruppens medlemmer ikke havde nogen erfaring med bestyrelsesarbejde. Flemming Sneftrup deltog i Arbejdsgruppen indtil 2012.

Ivan Nielsen fra Account har desuden siden 2004 været en del af NOX' leverandørudvalg for at bistå med at føre forhandlinger med leverandører til NOX-medlemmerne. Da Flemming Sneftrup forlod Arbejdsgruppen i 2012, overtog Ivan Nielsen rollen som ordstyrer og referent fra Flemming Sneftrup. Ivan Nielsen varetog denne rolle indtil 2016, hvor han valgte at forlade Arbejdsgruppen, da det blev vurderet, at hans tidsforbrug til deltagelse i Arbejdsgruppens møder m.v. var for stort i forhold til hans begrænsede rolle deri – særligt henset til, at bestyrelsesarbejdet i NOX var ulønnet.

NOX blev formelt stiftet som et anpartsselskab i marts 2005. Der blev ved stiftelsen oprettet 48 anparter. Det var hensigten, at hvert medlem skulle købe en anpart, men et af de planlagte medlemmer endte med ikke at deltage i netværket. Der blev derfor en anpart i overskud, som Account var ejer af indtil 2017, da Account stod for selskabsoprettelsen og oprettede selskabet med Account som ejer af alle anparterne, hvorefter anparterne blev solgt til de enkelte medlemmer.

Account solgte i 2017 anparten tilbage til NOX. Det er ubestridt i sagen, at Account aldrig har modtaget udbytte eller udøvet stemmeret eller andre selskabsretlige beføjelser på baggrund af anparten. I modsætning

til alle de øvrige anpartshavere har Account ubestridt heller aldrig betalt kontingent til NOX.

I forbindelse med oprettelsen af NOX udarbejdede Arbejdsgruppen Aftalegrundlaget, der indeholdt vilkårene for medlemskab i netværket (vedr. kontingent, bestyrelsesarbejde, udmeldelse m.v.). Det var en betingelse for medlemskab i netværket, at medlemmerne underskrev Aftalegrundlaget. Aftalegrundlaget indeholdt Gentlemanaftalen indtil 2020, hvor Aftalegrundlaget blev revideret, så Gentlemanaftalen ikke længere var en del af dette.

Det fremgik desuden af Aftalegrundlaget fra 2004, at det var en betingelse for medlemskab, at medlemmerne skulle være kunder hos Account. Dette krav blev ikke medtaget efter ønske fra Account, men derimod fra medlemmerne selv. Medlemmerne opfattede Account som garant for ordentlighed og ønskede med kravet at sikre, at medlemmerne indbetalte moms og skat, ikke benyttede sort arbejde m.v., da NOX-diskotekerne på tidspunktet benyttede de fælles navne Buddy Holly og Crazy Daisy og derfor alle ville blive påvirkede af dårlig omtale på denne baggrund. Kravet blev taget ud af Aftalegrundlaget ved en revidering i 2014 på initiativ fra Account, og vilkåret var heller ikke blevet håndhævet eller overholdt inden da.

NOX indgik ved sin stiftelse i 2004 aftale med Account om at outsource virksomhedens administration til Account, og Account er i dag fortsat totaladministrator for NOX. Administrationsaftalen med NOX (E 497) svarede til Accounts standardaftale med andre virksomheder og omfattede den samme bistand, som Account ydede til andre virksomheder, herunder f.eks. NOX' medlemmer.

6.2 Afgørelsen

I Afgørelsen fandt Styrelsen, at Account havde overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3. Styrelsen påbød derfor Account fremover at afstå fra tilsvarende adfærd.

Overtrædelsen bestod ifølge Styrelsen i, at Account i perioden fra den 13. juli 2004 til den 24. marts 2020 havde deltaget i en markedsdeling (i form af Gentlemanaftalen) mellem en række selvstændige diskoteker m.v. i NOX. Markedsdelingen havde efter Styrelsens vurdering til formål at begrænse konkurrencen og var derfor i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3.

Styrelsen fandt i Afgørelsen, at NOX-medlemmerne i perioden fra den 13. juli 2004 til den 24. marts 2020 i kraft af Gentlemanaftalen havde aftalt ikke at åbne filialer i hinandens byer eller kommuner eller inden for en nærmere bestemt radius af hinanden.

Styrelsen fremhævede i Afgørelsen, at aftalen kom i stand på et NOX-møde, hvor Account deltog. Styrelsen fremhævede endvidere, at en repræsentant for Account blev indsat som bestyrelsesformand i NOX, og at Arbejdsgruppen integrerede Gentlemanaftalen i aftalegrundlaget,

som medlemmerne skulle underskrive for at blive optaget i NOX. Ifølge Styrelsen sørgede Arbejdsgruppen endvidere for løbende at revidere Aftalegrundlaget og facilitere debatter m.v. om Gentlemanaftalen på NOX-møderne for at sikre overholdelse af den.

Styrelsen vurderede i Afgørelsen, at Gentlemanaftalen udgjorde en aftale mellem diskotekerne i konkurrencelovens forstand. Styrelsen vurderede endvidere, at Arbejdsgruppens integrering af Gentlemanaftalen i aftalegrundlaget og efterfølgende udmeldinger m.v. om Gentlemanaftalen udgjorde en vedtagelse inden for NOX, og at NOX derigennem har deltaget i markedsdelingen.

I forhold til Account fandt Styrelsen i Afgørelsen, at Account havde medvirket til at etablere og opretholde Gentlemanaftalen. Styrelsen lagde herunder navnlig vægt på, at Account ifølge Styrelsen:

- havde haft en ledende rolle i Arbejdsgruppen
- havde været ansvarlig for at udforme Gentlemanaftalen
- havde deltaget aktivt på møder, hvor Gentlemanaftalen var omdrejningspunkt

Account havde dermed efter Styrelsens opfattelse spillet en "*aktiv og central rolle*" i forhold til Gentlemanaftalen. Styrelsen vurderede, at Account havde haft fuldt kendskab til markedsdelingen, og at Account havde haft til hensigt at bidrage til den. Styrelsen vurderede derfor, at Account havde deltaget i markedsdelingen og dermed var medansvarlig for den samlede overtrædelse.

6.3 Accounts rolle i forhold til NOX og Gentlemanaftalen

6.3.1 Indledning

Sagens faktuelle omstændigheder er overordnet ikke omtvistede i sagen. Der er således med få undtagelser enighed mellem parterne om, hvad Accounts rolle i forhold til NOX og Gentlemanaftalen rent faktisk har bestået i.

Der er dog væsentlig uenighed mellem parterne om, hvor central denne rolle har været for NOX og for Gentlemanaftalen. Account gør gældende, at Accounts rolle har bestået i at yde almindelig sekretariatsbistand til NOX i overensstemmelse med administrationsaftalen mellem Account og NOX, mens Styrelsen gør gældende, at Account har spillet en aktiv og central rolle i vedtagelsen og håndhævelsen af Gentlemanaftalen.

Account vil derfor i det følgende indledningsvis redegøre for, hvad Accounts rolle i sagen har bestået i. Styrelsen har ikke fremlagt dokumentation for, at Account har ydet andre eller flere relevante bidrag til den angivelige overtrædelse end beskrevet nedenfor, herunder til trods for opfordringer fra Account (Opfordring A og Opfordring B). Det må derfor lægges til grund som ubestridt, at det følgende udgør en udtømmende beskrivelse af Accounts bidrag til den angivelige overtrædelse.

6.3.2 Beskrivelse af Accounts rolle i forhold til NOX og Gentlemanaftalen

Det er dokumenteret i sagen, at Account deltog i Kæde Koncept Udvalgsmødet den 13. juli 2004, det første møde i Arbejdsgruppen den 27. september 2004 og i de efterfølgende mastermind-møder, herunder mastermind-mødet den 26. oktober 2004.

Det fremgår af referatet af Kæde Koncept Udvalgsmødet (Bilag 5), at Ivan Nielsen på dette møde fik til opgave at udarbejde oplæg til den såkaldte Gentlemanaftale. Det fremgår endvidere af referatet af det første møde i Arbejdsgruppen, at Flemming Sneftrup på dette møde fik til opgave at udarbejde oplæg til en såkaldt hensigtserklæring, og at Gentlemanaftalen i den forbindelse skulle udarbejdes, idet forslaget til denne aftale fra diskoteksejer Henrik Larsen skulle lægges til grund.

Accounts rolle i forhold til konciperingen af Aftalegrundlaget og Gentlemanaftalen bestod alene i at nedfælde disse efter instruks fra NOX og med indhold svarende til Henrik Larsens oplæg (se afsnit 7.3.2.3.2.1).

Det fremgår ikke i øvrigt af de fremlagte referater i sagen fra de ovennævnte møder, at Account spillede nogen rolle i drøftelserne om etableringen af NOX.

Efter etableringen af NOX i marts 2005 har Account ubestridt fungeret som totaladministrator for NOX i overensstemmelse med administrationsaftalen indgået mellem parterne.

Det er ligeledes ubestridt, at Flemming Sneftrup var formand for Arbejdsgruppen fra 2004 til 2012, og at Ivan Nielsen derefter var formand for Arbejdsgruppen fra 2012 til 2016. Ivan Nielsen har desuden været formand for NOX' leverandørudvalg, som står for forhandlingen af NOX' fælles indkøbsaftaler, siden 2004.

Account har i forbindelse hermed deltaget i møder i NOX siden stiftelsen, dvs. i perioden 2004-2016. Styrelsen har fremlagt ét eksempel på, at Account har udtalt sig om Gentlemanaftalen i forbindelse med disse møder, nemlig mødet den 31. marts 2009. Udtalelsen var alene en gengivelse af Gentlemanaftalens indhold (se afsnit 7.3.2.3.2.3). Der er ikke fremlagt dokumentation i sagen for, at Account har udtalt sig om Gentlemanaftalen på møderne i NOX i øvrigt, herunder hverken før eller efter stiftelsen af NOX.

Ud over mødet den 31. marts 2009 har Styrelsen henvist til to andre møder i NOX, hvor Gentlemanaftalen overhovedet er blevet drøftet, nemlig mødet den 19. april 2005 og mødet i Arbejdsgruppen den 25. januar 2016. Det fremgår ikke af referaterne af disse møder (E 411 og E 475), at Account har deltaget i disse drøftelser.

Account har opfordret Styrelsen til at oplyse, om der efter Styrelsens opfattelse foreligger andre eksempler på, at Gentlemanaftalen er blevet drøftet på NOX-møderne, og/eller at Account har udtalt sig om Gentlemanaftalen på møderne i NOX. Styrelsen har ikke fremlagt yderligere

eksempler til besvarelse af denne opfordring. Flemming Sneftrup har endvidere bekræftet i sin skriftlige vidneerklæring, at der ikke har fundet andre drøftelser sted, herunder hverken internt i Arbejdsgruppen eller i andre fora (se E 569). Det må på den baggrund lægges til grund, at markedsdelingen ikke er blevet drøftet på andre NOX-møder end de ovennævnte.

Styrelsen gør desuden gældende, at Account har bidraget til revideringer af Aftalegrundlaget i 2014 og 2016, hvilket Account bestrider.

Revideringerne i 2014 bestod under alle omstændigheder i en ren lempelse af Gentlemanaftalen. Revideringen i 2016 indebar ingen ændringer i forhold til Gentlemanaftalen.

Styrelsen har desuden fremhævet nogle eksempler på, at Account efter Ivan Nielsens udtrædelse af Arbejdsgruppen i april 2016 har fremsendt dokumenter på vegne af NOX. Styrelsen har herunder fremhævet, at Account har fremsendt NOX' vedtægter til Lars Børsting den 16. januar 2017, og at Account bistod med at fremsende Aftalegrundlaget til et nyt NOX-medlem den 3. april 2019. Account bestrider ikke dette.

Det fremgår ikke i øvrigt af sagens akter, at Account har spillet nogen rolle i forhold til Gentlemanaftalen i denne periode.

Accounts rolle i forhold til NOX og Gentlemanaftalen i perioden efter etableringen af NOX har altså bestået i:

- At indgå i Arbejdsgruppen fra 2004 til 2016
- At indgå i leverandørudvalget siden 2004
- At deltage i møder i NOX
 - Ét eksempel på, at Account har udtalt sig om Gentlemanaftalen under disse møder
 - To eksempler på, at Gentlemanaftalen derudover er blevet drøftet på et af disse møder, hvor Account ikke udtalte sig
- At nedfælde Aftalegrundlaget og Gentlemanaftalen efter instruks fra NOX og med et indhold besluttet af NOX-medlemmerne
- Angiveligt at bidrage til revideringer af Aftalegrundlaget i 2014 og 2016
 - Kun lempelser af Gentlemanaftalen i 2014
 - Ingen ændringer af Gentlemanaftalen i 2016

- Fortsat administrativ bistand til NOX og en del af NOX-medlemmerne
 - Herunder fremsendelse af visse dokumenter på vegne af NOX i perioden efter 2016, hvor Account ikke længere var en del af Arbejdsgruppen

Account gør som nævnt gældende, at dette må anses for simpel sekretariatsbistand og ikke som anført af Styrelsen kan anses for et "aktivt og centralt bidrag".

7 Account har ikke overtrådt konkurrenceloven

7.1 Indledning

Account gør gældende, at Account ikke har overtrådt konkurrenceloven, og at Afgørelsen derfor er behæftet med væsentlige retlige fejl og skal ophæves.

Account gør herunder for det første gældende, at Styrelsen ikke har påvist, at Gentlemanaftalen mellem diskotekerne havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen (se afsnit 7.2). Gentlemanaftalen udgør en integreret del af et indkøbssamarbejde, og det følger af retningslinjer fra Kommissionen og praksis fra KAN, at aftalen derfor ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Styrelsen har endvidere ikke foretaget nogen analyse af, om aftalen havde til følge at begrænse konkurrencen. Det er derfor ikke påvist, at Gentlemanaftalen mellem diskotekerne udgjorde en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrenceloven.

Account gør for det andet gældende, at betingelserne for at finde Account skyldig i kartelfacilitering ikke er opfyldte (se afsnit 7.3). Det er ubestridt mellem parterne, at en virksomhed skal have ydet et bidrag til en overtrædelse af konkurrencereglerne og have haft til hensigt at gøre dette, for at virksomheden kan findes skyldig i kartelfacilitering. Disse betingelser er ikke opfyldte i nærværende sag. Accounts bidrag har haft karakter af simpel sekretariatsbistand, hvilket ikke er tilstrækkeligt til at opfylde betingelsen om bidrag. Der er endvidere ikke fremlagt hverken direkte eller indirekte beviser for, at Account har haft til hensigt at bidrage til en overtrædelse af konkurrencereglerne. Betingelsen om hensigt er derfor heller ikke opfyldt, og der er dermed ikke grundlag for at finde Account skyldig i kartelfacilitering.

Dette vil blive uddybet i det følgende.

7.2 Styrelsen har ikke påvist, at Gentlemanaftalen mellem diskotekerne havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet

7.2.1 Indledning

Det følger direkte af ordlyden i konkurrencelovens § 6, at en aftale enten skal have "til formål" eller "til følge" at begrænse konkurrencen for at være i strid med denne bestemmelse.

Gentlemanaftalen blev indgået som et led i NOX-samarbejdet, der havde karakter af et indkøbssamarbejde (se afsnit 7.2.2).

Det fremgår af såvel Kommissionens retningslinjer for vurdering af horisontale samarbejdsaftaler som af dansk praksis, at indkøbssamarbejder som klart udgangspunkt ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen (se afsnit 7.2.2). Gentlemanaftalen kan derfor ikke anses for at have til formål at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet.

Styrelsen baserer som nævnt alene Afgørelsen på en vurdering af, at Gentlemanaftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Afgørelsen indeholder ingen analyse af effekterne af hverken Gentlemanaftalen eller Aftalegrundlaget på det relevante marked. Styrelsen har derfor utvivlsomt ikke påvist, at Gentlemanaftalen havde til følge at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet (se afsnit 7.2.4).

Styrelsen har dermed hverken påvist, at Gentlemanaftalen havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet. Account gør derfor gældende, at Styrelsen ikke har påvist, at Gentlemanaftalen mellem diskotekerne var i strid med konkurrencelovens § 6 – og derfor i sagens natur heller ikke har påvist, at Account har overtrådt konkurrenceloven ved (angiveligt) at facilitere denne aftale.

Dette vil blive uddybet i det følgende.

7.2.2 Gentlemanaftalen udgør en integreret del af et indkøbssamarbejde

NOX-samarbejdet har fra starten haft karakter af et indkøbssamarbejde.

Det er omtalt i samtlige referater fra møderne i Arbejdsgruppen op til stiftelsen af NOX den 9. marts 2005, at NOX skulle forhandle leverandøraftaler på vegne af medlemmerne (E 387, E 397, E 403).

Ved stiftelsen af NOX i 2005 blev der nedsat et leverandørudvalg, hvor Ivan Nielsen fra Account blev udpeget som medlem. Leverandørudvalgets arbejde med at forhandle fælles indkøbsaftaler for NOX-medlemmerne udgjorde et meget væsentligt element af NOX-samarbejdet. Dette illustreres eksempelvis af, at stort set alle referater af NOX-møder fremlagt i sagen af såvel Account som Styrelsen indeholder betydelige afsnit vedrørende udvalgets arbejde (se f.eks. E 414, E 423, E 437, E 441 og E 481-482). Det fremgår endvidere af referatet af NOX-mødet den 24. februar 2011, at Ivan Nielsen brugte ca. 1½ dag om ugen på arbejde for leverandørudvalget (E 437). Leverandørudvalget var desuden det eneste udvalg under Arbejdsgruppen, der modtog betaling for sit arbejde i perioden. I øvrigt fremgik det direkte af Aftalegrundlaget, at bestyrelsesarbejdet var ulønnet (E 378-382).

I overensstemmelse med dette har Styrelsen anerkendt, at indkøbssamarbejdet udgjorde et væsentligt aspekt af NOX-netværket.

Aftalegrundlaget, hvori Gentlemanaftalen indgår, regulerer betingelserne for medlemskab i NOX. Gentlemanaftalen har dermed haft karakter af et vilkår for medlemskab i et indkøbssamarbejde og må anses for en integreret del af dette samarbejde. Det har således hverken været muligt at tage del i indkøbssamarbejdet uden at tage del i Gentlemanaftalen eller omvendt.

Ved vurderingen af, om Gentlemanaftalen har haft til formål eller til følge at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet, må det derfor lægges til grund, at Gentlemanaftalen udgjorde en integreret del af et indkøbssamarbejde mellem en række diskoteker.

7.2.3 Indkøbssamarbejder har ikke til formål at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet

7.2.3.1 Det følger af Kommissionens horisontale retningslinjer, at indkøbssamarbejder ikke har til formål at begrænse konkurrencen

Kommissionen har i juli 2023 udgivet opdaterede retningslinjer for vurdering af samarbejdsaftaler mellem aktuelle og/eller potentielle konkurrenter (de såkaldte horisontale retningslinjer, "HGL", M 9).

HGL indeholder et særskilt afsnit om indkøbssamarbejder. Det fremgår af HGL, at dette afsnit bl.a. finder anvendelse på samarbejder såsom NOX, hvor samarbejdet er organiseret i et fælles selskab, hvor deltagerne i samarbejdet har ikke-kontrollerende ejerandele, og hvor det fælles selskab forhandler købspriser på vegne af deltagerne (M 16).

Det fremgår endvidere af HGL, at det er Kommissionens vurdering, at indkøbssamarbejder typisk er forbundet med konkurrencefremmende effekter. Indkøbssamarbejder mellem mindre erhvervsdrivende såsom NOX kan gøre det muligt for medlemmerne at opnå bedre indkøbspriser, end de ville kunne hver for sig, og kan dermed gøre dem mere konkurrencedygtige og ultimativt føre til lavere priser for forbrugerne (M 17).

Kommissionen fastslår derfor også i HGL punkt 278, at indkøbssamarbejder normalt ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen (M 17):

"Fælles indkøbsordninger har normalt ikke et konkurrencebegrænsende formål, hvis de reelt vedrører fælles indkøb, dvs. når to eller flere købere i fællesskab forhandler og indgår en aftale med en given leverandør om et eller flere handelsvilkår for levering af varer til de samarbejdende købere."

HGL opstiller således en klar formodningsregel: Hvis et indkøbssamarbejde reelt vedrører fælles indkøb, kan det normalt ikke anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.

Ifølge HGL finder denne formodningsregel anvendelse, medmindre der reelt ikke er tale om et indkøbssamarbejde, men derimod et indkøbskartel. Kommissionen definerer i HGL punkt 279-281 indkøbskarteller som aftaler mellem to eller flere købere, som enten (a) koordinerer deres adfærd uden at indlede fælles forhandlinger med leverandøren eller (b) udveksler konkurrencefølsomme oplysninger uden for indkøbsordningen (M 17-18).

I NOX har der rent faktisk været ført fælles forhandlinger med leverandører, og der er ikke sket udveksling af kommercielt følsomme oplysninger og indkøbsplaner uden for den fælles indkøbsordning. Ifølge kriterierne i HGL må NOX derfor anses for et indkøbssamarbejde og ikke et indkøbskartel.

Det følger derfor af HGL, at NOX-samarbejdet i sin egenskab af indkøbssamarbejde ikke kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. Styrelsen kan derfor ikke anses for med den fornødne sikkerhed at have påvist, at Gentlemanaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet.

Det ovenstående bekræftes af nylig praksis fra KAN, som vil blive gennemgået umiddelbart herunder.

7.2.3.2 Konkurrenceankenævntes praksis bekræfter, at indkøbssamarbejder ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

KAN's kendelse af 11. oktober 2023 i den såkaldte Botex-sag (M 613) bekræfter, at indkøbssamarbejder ikke har til formål at begrænse konkurrencen.

I Botex-sagen havde Styrelsen i en afgørelse af 4. juli 2022 fundet, at samhandelsoverenskomsten og vedtægterne i det frivillige kædesamarbejde Botex var i strid med konkurrencelovens § 6. Overenskomsten/vedtægterne indeholdt et vilkår om, at medlemmerne af den frivillige kæde ikke måtte markedsføre sig ved hjælp af husstandsomdelte reklamer inden for geografiske områder, som af kæden var blevet tildelt et af de øvrige medlemmer. Styrelsen fandt, at dette vilkår udgjorde en aftale om markedsdeling, som havde til formål at begrænse konkurrencen.

KAN ophævede imidlertid Styrelsens afgørelse – netop fordi Botex-kæden havde karakter af et indkøbssamarbejde, og kædens overenskomst/vedtægter dermed ikke havde til formål at begrænse konkurrencen. KAN henviste i den forbindelse netop til, at dette følger af HGL punkt 278 (M 621-623).

KAN fandt, at selvom vilkåret isoleret set havde til formål at foretage en geografisk opdeling af et marked, måtte vilkårets formål vurderes ud fra den sammenhæng, som vilkåret var indgået i. Da Botex-samarbejdet havde karakter af en egentlig fælles indkøbsordning og ikke et indkøbskartel, havde det derfor ikke til formål at begrænse konkurrencen. Da der ikke var foretaget en vurdering af, om vilkåret havde

til følge at begrænse konkurrencen, var der ikke påvist en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

Omstændighederne i nærværende sag svarer på alle væsentlige punkter til Botex-sagen. Ligesom vilkåret om begrænsning af husstandsomdelte reklamer i Botex-sagen er Gentlemanaftalen således et vilkår vedr. opdeling af markeder, som er indgået i forbindelse med et reelt indkøbssamarbejde. Når et sådant vilkår ifølge KAN ikke havde til formål at begrænse konkurrencen i Botex-sagen, kan Gentlemanaftalen ikke anses for at have til formål at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet.

Styrelsen har i sagen gjort gældende, at formodningsreglen i HGL beskrevet i afsnit 7.2.3.1 ovenfor ikke gælder for begrænsninger på afsætningsmarkedet. Botex-sagen viser imidlertid, at dette ikke er korrekt, da sagen netop vedrørte en begrænsning af konkurrencen på afsætningsmarkederne for kædens medlemmer.

Det er altså i strid med KAN's praksis, når Styrelsen i Afgørelsen finder, at Gentlemanaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet. Også derfor har Styrelsen ikke med den fornødne sikkerhed påvist, at Gentlemanaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at Styrelsen selv har valgt ikke at indbringe KAN's kendelse i Botex-sagen for domstolene. Det er derfor overraskende, at Styrelsen nu argumenterer for en fortolkning af HGL, der er i direkte modstrid med Botex-kendelsen.

Som forklaring på dette har Styrelsen henvist til, at Botex-sagen er under fornyet behandling hos Styrelsen. KAN's kendelse er dog endelig og bindende for Styrelsen, og Styrelsen vil derfor ikke kunne træffe afgørelse om, at den relevante begrænsning i Botex-sagen *alligevel* havde til formål at begrænse konkurrencen, da dette ville være i direkte modstrid med KAN's kendelse. Tilsvarende bør Styrelsen heller ikke kunne efterprocedere KAN's endelige og bindende kendelse i Botex-sagen i nærværende sag ved at gøre et synspunkt gældende, som er i direkte modstrid med denne kendelse.

7.2.4 Afgørelsen indeholder intet forsøg på at analysere Aftalegrundlagets effekt på diskoteksmarkedet

Afgørelsen indeholder ingen analyse af Gentlemanaftalens effekter på diskoteksmarkedet. Styrelsen har afgrænset det relevante marked, men ikke udarbejdet en analyse af Gentlemanaftalens effekt på dette marked.

Ligesom i Botex-afgørelsen har Styrelsen derfor i nærværende sag ubestrideligt ikke påvist, at Gentlemanaftalen har *til følge* at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet.

Det er dermed hverken påvist i Afgørelsen, at Gentlemanaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, eller at den havde til følge at be-

grænse konkurrencen. Det er dermed heller ikke påvist, at Gentlemanaftalen mellem diskotekerne udgjorde en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrencelovens § 6 – og derfor heller ikke påvist, at Account har overtrådt konkurrenceloven ved at facilitere en sådan aftale.

Da der således slet ikke er påvist en overtrædelse af konkurrenceloven i Afgørelsen, skal Afgørelsen allerede af denne årsag ophæves.

7.3 Account opfylder ikke betingelserne for kartelfacilitering

7.3.1 Betingelser for kartelfacilitering

Selv hvis retten måtte finde, at Gentlemanaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, indebærer dette ikke, at Account har overtrådt konkurrenceloven, da Account som forklaret ikke er diskotek og ikke var part i aftalen.

Accounts påståede overtrædelse består i kartelfacilitering, og det er ubestridt mellem parterne, at tre betingelser skal være opfyldte, for at en Tredjepart kan kendes skyldig i kartelfacilitering:

- 1) Virksomhedens egen adfærd skal have udgjort et bidrag til det fælles konkurrencebegrænsende mål, deltagerne i den relevante aftale som helhed har forfulgt
- 2) Virksomheden skal have haft til hensigt at bidrage til dette fælles konkurrencebegrænsende mål ved den pågældende adfærd
- 3) Virksomheden skal have haft kendskab til de konkrete handlinger, som deltagerne i aftalen har planlagt eller foretaget med dette mål for øje, eller med rimelighed have kunnet forudse dette og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko

Det anerkendes af Styrelsen i Afgørelsen, at disse betingelser skal være opfyldte, for at Account kan holdes ansvarlig for Gentlemanaftalen.

Account bestrider ikke, at betingelse 3 ovenfor er opfyldt. Account bestrider imidlertid, at betingelse 1 og betingelse 2 er opfyldte, af de årsager, som vil blive uddybet nedenfor.

Bevisbyrden for, at Account har overtrådt konkurrenceloven, påhviler Styrelsen. Da Styrelsen ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at Account har opfyldt betingelserne for kartelfacilitering, skal Afgørelsen også af denne årsag ophæves.

7.3.2 Betingelse 1: Account har ikke ydet et tilstrækkeligt bidrag til Gentlemanaftalen

7.3.2.1 Indledning

Det følger af Kommissionens og Domstolenes praksis, at en Tredjepart kun kan straffes for kartelfacilitering i helt særlige tilfælde. Det følger

herunder af denne praksis, at Tredjeparten skal have ydet et væsentligt bidrag til aftalen (se afsnit 7.3.2.2).

Account har i denne sag kun ydet et meget uvæsentligt bidrag til Gentlemanaftalen. Accounts rolle har i alt væsentligt blot bestået af at yde almindelig sekretariatsbistand til NOX i overensstemmelse med administrationsaftalen mellem Account og NOX (se afsnit 7.3.2.3).

Account gør derfor gældende, at Account ikke har ydet et tilstrækkeligt bidrag til Gentlemanaftalen til, at Account kan straffes for kartelfacilitering.

7.3.2.2 Tredjeparter kan kun straffes for kartelfacilitering i helt særlige tilfælde

7.3.2.2.1 Indtil AC Treuhand I-afgørelsen var det praksis, at Tredjeparter ikke kunne holdes ansvarlige for konkurrencebegrænsende aftaler.

Kommissionens praksis indtil AC Treuhand I-afgørelsen viser, at kartelfacilitering ikke er oplagt strafbart under konkurrencereglerne. Det var således i lang tid praksis hos EU-Kommissionen, at kartelfacilitering ikke var strafbart.

Kommissionen traf i 1980 en enkelt afgørelse, hvor en Tredjepart blev holdt ansvarlig for kartelfacilitering (sag 80/1334/EØF, "Støbt glas"). Det fremgik af afgørelsens afsnit II.A.4, at Tredjeparten (FIDES) havde indgået aftale med karteldeltagerne, hvor virksomheden specifikt påtog sig at bistå med implementeringen af selve kartellets konkurrencebegrænsende formål (M 348-349).

Efter denne afgørelse traf Kommissionen en lang række afgørelser, hvor Tredjeparter ikke blev holdt ansvarlige i sådanne sager, herunder de følgende:

- 83/546/EØF: Rådgiveren Allgemeine Treuhand AG blev ikke holdt ansvarlig, selvom virksomheden havde påtaget sig at bistå karteldeltagerne med at aftale priser, advare karteldeltagerne om myndighedsundersøgelser, forhandle priser med karteldeltagerne og tage referat af kartelmøderne m.v. (se afgørelsens 10. til 27. betragtning, M 352-356)
- 86/398/EØF: Rådgiveren FIDES blev ikke holdt ansvarlig for at have medvirket til informationsudveksling mellem karteldeltagerne (se afgørelsens 66. betragtning, M 362)
- 89/191/EØF: Rådgiveren FIDES blev ikke holdt ansvarlig for at have medvirket til informationsudveksling mellem karteldeltagerne (se afgørelsens 11. betragtning, M 367)
- 94/601/EF: Rådgiveren FIDES blev ikke holdt ansvarlig, selvom virksomheden optrådte som sekretariat for kartellet og herunder deltog i alle dets møder¹⁰ og havde udviklet og administreret et

system for informationsudveksling, der blev anvendt til overvågning af markedsandele og udgjorde et "hjælpemiddel" for kartellets konkurrencebegrænsende formål (se afgørelsens 33. og 134. betragtning, M 370 og M 371-372)

Det var således i over 20 år Kommissionens praksis, at kartelfacilitering slet ikke var strafbart. Denne praksis er efterfølgende blevet ændret, men det må have formodningen mod sig, at kartelfacilitering nu anses for at være så oplagt strafbart, at ethvert bidrag til en konkurrencebegrænsende aftale kan anses for strafbar kartelfacilitering.

7.3.2.2.2 Kommissionens og EU-domstolens praksis viser, at kartelfacilitering kræver et væsentligt bidrag til overtrædelsen

7.3.2.2.2.1 AC Treuhand I-sagen

Account gør gældende, at Kommissionens og EU-domstolens sparsomme praksis om kartelfacilitering viser, at kartelfacilitering kræver et væsentligt bidrag til overtrædelsen fra den relevante Tredjepart.

Dette fremgår for det første af den såkaldte AC Treuhand I-sag (COMP/E-2/37.857, M 375). I denne sag valgte Kommissionen i 2003 for første gang i over 20 år at straffe en Tredjepart for kartelfacilitering og ændrede dermed den ovennævnte praksis om ikke at anse kartelfacilitering for strafbart.

Afgørelsen drejede sig om et pris- og markedsdelingskartel på markedet for organiske peroxider. Kommissionen fandt i sagen, at AC Treuhand (juridisk efterfølger til ovennævnte FIDES, som tidligere havde været involveret i en række sager) havde ydet omfattende bistand til kartellet. Bistanden omfattede ifølge afgørelsens punkt 92 (M 377-379):

- At skjule kartellet, herunder ved at lægge lokaler til kartellets møder i Zürich, udarbejde hemmelige dokumenter (såkaldt "pink papers" og "red papers"), godtgøre karteldeltageres rejseudgifter til kartelmøder for at undgå spor efter møderne i deres regnskaber, opbevare aftaledokumenterne i pengeskabe og rådgive karteldeltagerne om sløring af kartellet og dets effekter.
- At overvåge overholdelsen af markedsdelingen, herunder ved at indsamle data fra deltagerne, beregne eventuelle afvigelse fra de aftalte salgskvoter og organisere audits hos deltagerne for at bekræfte rigtigheden af de indberettede data.
- At sikre videreførelsen af kartellet, herunder ved at fungere som mediator mellem karteldeltagerne ved uoverensstemmelser og foreslå tilpasninger af aftalerne for at imødekomme utilfredse karteldeltagere.

I sin opsummering af AC Treuhands adfærd i afgørelsens punkt 104-105 (M 381-382) udtalte Kommissionen, at "*AC Treuhand enabled the agreement to function*". Kommissionen fremhæver, at "*Its role was that of pro-*

protecting the agreement from detection, to be a guardian of the rules, and to encourage compromises within the agreement". Kommissionen fremhæver også, at "the parties conferred some power to regulate their behaviour to AC Treuhand, in the interest of the smooth functioning of the agreement", og at AC Treuhand "has taken initiatives on its own and invested effort to keep the agreement going and to prevent it from detection".

Kommissionen udtalte desuden i punkt 95-102 (M 379-381), at AC Treuhand *"played a crucial role in the organisation of the cartel", "played a decisive role" og "was absolutely aware of the anti-competitive nature of the agreement", og at AC Treuhands forskellige bidrag til kartellet "were the basis for the functioning of the agreement".*

AC Treuhand havde således målrettet påtaget sig at yde bistand til gennemførelsen af kartelaftalen. Bistanden var særdeles væsentlig for kartellet, og der var tale om bistand af oplagt odiøs karakter som f.eks. at rådgive karteldeltagerne om, hvordan de bedst kunne skjule kartellet for myndighederne, og aktivt bistå med dette.

Selvom AC Treuhand blev holdt ansvarlig i afgørelsen, blev AC Treuhand dog kun pålagt en symbolsk bøde på EUR 1.000. Dette blev i afgørelsens punkt 454 (M 396-397) udtrykkeligt begrundet med, at det var en afvigelse fra Kommissionens hidtidige praksis at straffe en Tredjepart for kartelfacilitering. I Kommissionens pressemeddelelse om afgørelsen (M 401) udtalte Kommissionen ligeledes udtrykkeligt, at årsagen til, at AC Treuhand var blevet holdt ansvarlig i denne sag, var AC Treuhands *"key role"* i kartellet.

Kommissionens afgørelse blev efterfølgende opretholdt af EU-Retten (*"Retten"* – Retten og Domstolen omtales i det følgende samlet som *"EU-Domstolene"*) i sag T-99/04 (M 89). Retten fandt i sin dom, at Tredjeparter kan straffes for kartelfacilitering, hvis de tre betingelser beskrevet ovenfor (bidrag, hensigt og kendskab) er opfyldte.

Det fremgår dog af Rettens dom i sagen, at selvom Tredjeparter således kan straffes for kartelfacilitering, er dette kun muligt, hvis Tredjeparten har ydet et væsentligt bidrag til overtrædelsen.

I sit indlæg til Retten i sagen udtalte Kommissionen udtrykkeligt, at en Tredjepart efter Kommissionens opfattelse skal have ydet et væsentligt bidrag til en overtrædelse for at kunne holdes ansvarlig. Efter at have fremhævet, at tjenesteydelsesaftalerne mellem AC Treuhand og karteldeltagerne skal anses for *"væsentlige elementer i et globalt og samlet kartel"* og dermed udgør *"supplerende og accessoriske aftaler"* til kartelaftalen, udtalte Kommissionen således som følger (se dommens præmis 109, M 113):

"I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren dog ikke opført sig som en passiv medvirkende i kartellet, men har deltaget aktivt som organisator og tilsynsførende med den korrekte gennemførelse heraf (betragtning 343 til den anfægtede beslutning). Takket være disse aktiviteter har sagsøgeren bidraget væsentligt til at opretholde og skjule kartellet, og har således alvorligt og varigt begrænset konkurrencen på markedet for organiske peroxider.

Ifølge Kommissionen er disse elementer nødvendige og tilstrækkelige til at ifalde ansvar i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. I denne forbindelse er det uden relevans, om en medvirkende til en overtrædelse har opnået en fordel (dommen i sagen Krupp Hoesch mod Kommissionen, nævnt i præmis 85 ovenfor), eftersom artikel 81, stk. 1, EF ikke er baseret på et kriterium om berigelse, men på kriteriet om at bringe konkurrencen i fare." (vores understregning og fremhævnings)

Kommissionen anførte altså, at det er "nødvendigt" for at ifalde ansvar, at Tredjeparten har "bidraget væsentligt" til overtrædelsen og "alvorligt og varigt har begrænset konkurrencen".

I sin vurdering af spørgsmålet fremhævede Retten indledningsvis, at det i forhold til karteldeltagere følger af Domstolens praksis, at selv et underordnet eller passivt bidrag til en overtrædelse er tilstrækkeligt til at ifalde ansvar for overtrædelsen (se præmis 129-132, M 121-123).

Retten forholdt sig dernæst til, i hvilket omfang denne praksis kan overføres til Tredjeparter. I forhold til disse virksomheder udtalte Retten, at de samme principper finder anvendelse på Tredjeparter, men kun under forudsætning af, at Tredjeparten har ydet et væsentligt bidrag til overtrædelsen (se præmis 136, M 124):

"På baggrund af de ovenfor i præmis 115-127 nævnte overvejelser er Retten af den opfattelse, at disse principper finder tilsvarende anvendelse på en virksomheds deltagelse, hvilken virksomheds økonomiske aktivitet og faglige ekspertise udelukker, at den har kunnet være uvidende om den konkurrencebegrænsende karakter af den pågældende adfærd, og således bidrager med en ikke uvæsentlig støtte til en overtrædelse. På denne baggrund kan der ikke gives medhold i sagsøgerens argument om, at en rådgivningsvirksomhed ikke kan anses for medophavsmand til en overtrædelse, fordi den dels ikke udøver en økonomisk aktivitet på det relevante marked, som påvirkes af konkurrencebegrænsningen, og dels kun underordnet har bidraget til kartellet." (vores understregning og fremhævnings)

Ligesom Kommissionen anser Retten det altså for en nødvendig betingelse for at holde en Tredjepart ansvarlig for en overtrædelse, at virksomheden har ydet et væsentligt bidrag til overtrædelsen.

Retten vurderer derefter, om AC Treuhand konkret har opfyldt de således opstillede betingelser for at kunne holdes ansvarlig for kartellet. Retten fremhæver her igen i præmis 154 (M 126) væsentligheden af AC Treuhands bidrag til kartellet:

"154 Uden at det er fornødent i detaljer at vurdere de elementer, som parterne har anfægtet vedrørende den faktiske rækkevidde af sagsøgerens deltagelse i kartellet, fastslår Retten, på baggrund af de ovenfor i præmis 153 anførte forhold, at sagsøgeren aktivt har bidraget til gennemførelsen af kartellet, og at der, i modsætning til det af selskabet hævdede, var en tilstrækkelig konkret og afgørende årsagsforbindelse mellem denne aktivitet og konkurrencebegrænsningen på markedet for organiske peroxider..." (vores understregning)

Retten udtaler altså, at AC Treuhand *"aktivt har bidraget til gennemførelsen af kartellet"*, og at der var en *"tilstrækkelig konkret og afgørende årsagsforbindelse"* mellem AC Treuhands bidrag til overtrædelsen og konkurrencebegrænsningen. Dette må nødvendigvis betyde, at der også kan være en utilstrækkeligt afgørende årsagsforbindelse mellem en Tredjeparts bidrag og en given overtrædelse, og at der dermed kræves en vis væsentlighed.

Både Kommissionen og Retten lægger altså afgørende vægt på, at AC Treuhands bidrag var væsentligt eller endda *"afgørende"* for kartellet. Det fremgår dermed af Kommissionens og Rettens afgørelser i sagen, at en Tredjepart alene kan straffes for kartelfacilitering, hvis Tredjeparten har ydet et væsentligt bidrag til overtrædelsen.

7.3.2.2.2 AC Treuhand II-sagen

Det fremgår tilsvarende af den såkaldte AC Treuhand II-sag, at der kræves et væsentligt bidrag, for at Tredjeparter kan straffes for kartelfacilitering.

AC Treuhand II-sagen vedrørte samme rådgiver som i AC Treuhand I-sagen, men vedrørte andre karteller, denne gang inden for hhv. tinstabilisatorsektoren og sektoren for epoxideret sojaolie og estere.

I Kommissionens afgørelse i sagen (COMP/38589, M 413) fandt Kommissionen, at AC Treuhand kunne straffes for kartelfacilitering, fordi AC Treuhand havde spillet en helt central rolle i kartellernes aktiviteter. AC Treuhands bidrag til kartellet svarede ifølge afgørelsens punkt 356-358 (M 421-424) i høj grad til bidraget i AC Treuhand I-sagen, herunder:

- Skjule kartellet: AC Treuhand udarbejdede tre forskellige sæt referater af møderne, herunder såkaldte *"red papers"*, *"pink papers"* og *"white papers"*. De to førstnævnte beskrev de reelle drøftelser på møderne (og blev destrueret efter møderne af AC Treuhand), og sidstnævnte indeholdt falske referater beregnet til at dække over mødernes reelle indhold. AC Treuhand lagde også lokaler til kartellernes møder på sit kontor i Zürich, udtrykkeligt for at undgå kontrolbesøg fra Kommissionen, da Schweiz blev antaget at være uden for deres jurisdiktion.
- Overvåge overholdelsen af kartellet: AC Treuhand indsamlede data om karteldeltageres aktiviteter og udarbejdede statistikker om, hvorvidt karteldeltagerne overholdt de aftalte kvoter til brug for markedsdelingen, og oplyste karteldeltagerne om afvigelser. AC Treuhand gennemførte også årlige audits hos karteldeltagerne for at sikre, at deres indberettede tal for priser, kapaciteter og salgsmængder m.v. var korrekte.
- Sikre stabiliteten og videreførelsen af kartellet: AC Treuhand fungerede som mediator i tilfælde af uoverensstemmelser mellem karteldeltagerne og opfordrede kartelmedlemmerne til at finde kompromisser. AC Treuhand var også ansvarlig for at sik-

re overholdelse af kartelaftalerne ved f.eks. at ændre på den aftalte kundefordeling, hvis de aftalte kvoter ikke blev overholdt.

- Organisere og styre kartelmøder: AC Treuhand organiserede møder mellem karteldeltagerne og deltog i disse, herunder i karteldrøftelserne. AC Treuhand var ordstyrer på møderne og var i den forbindelse aktiv og spillede en styrende rolle under hele mødet. Flere deltagere i kartellet afgav udtalelser om, at AC Treuhand havde spillet en styrende rolle under møderne.

På basis af det ovennævnte fandt Kommissionen i afgørelsen, at AC Treuhand *"was central to the organisation of the anti-competitive arrangements at issue in this Decision"*, *"played an essential/crucial role"*, *"contributed significantly... to the committing of the infringements"* m.v. Kommissionen fandt også, at AC Treuhands bistand under ingen omstændigheder kunne sidestilles med simpel administrativ og statistisk bistand.

Domstolen opretholdt efterfølgende Kommissionens afgørelse i sag C-194/14 (M 213). I dommens præmis 37-39 (M 219-220) udtalte Domstolen, at *"... selve formålet med de tjenesteydelser, som AC-Treuhand på grundlag af de tjenesteydelseskontrakter, selskabet havde indgået med disse producenter, leverede, var – med fuldt kendskab til omstændighederne – at gennemføre de omhandlede konkurrencebegrænsende formål"*. Domstolen fremhævede også, at AC Treuhand spillede en *"central og tilsvarende rolle i de to overtrædelser ... og deltog aktivt"*. Domstolen lagde også vægt på, at AC Treuhands handlinger ikke *"... kun udgjorde perifere ydelser..."* i forhold til kartellet.

Igen var der altså tale om en rådgiver, der havde ydet et meget væsentligt, meget målrettet og tydeligt odiøst bidrag til overtrædelserne, og både Kommissionen og Domstolen lagde væsentlig vægt på dette. Kommissionens og Domstolens afgørelser i sagen understøtter dermed, at der kræves et væsentligt bidrag fra en Tredjepart, for at denne kan straffes for kartelfacilitering.

7.3.2.2.3 ICAP-sagen

ICAP-sagen (AT.39861, M 433) understøtter ligeledes, at der kræves et væsentligt bidrag fra en Tredjepart, for at denne kan straffes for kartelfacilitering.

Denne sag drejede sig om et kartel, hvor en række banker havde forsøgt at påvirke satserne på JPY Libor, en samling af referencerenter, som bl.a. blev anvendt som en komponent ved prisfastsættelsen af rentederivater i japanske yen.

Kommissionen fandt i denne forbindelse, at mæglervirksomheden ICAP, som var en Tredjepart i forhold til kartellet, kunne holdes ansvarlig for kartellet. ICAP's rolle havde ifølge afgørelsens punkt 73-103 (M 434-442) bestået i:

- Aktiv deltagelse i de konkurrencebegrænsende handlinger: ICAP udførte en række handlinger på vegne af bankerne speci-

fikt med henblik på at manipulere JPY Libor-raterne. ICAP brugte herunder i en række tilfælde sine kontakter hos banker, der ikke deltog i kartellet, til at påvirke disse banker til at foretage indmeldinger i overensstemmelse med kartelbankernes ønsker. ICAP udsendte desuden nyhedsbreve med bevidst misvisende information til banker, der ikke deltog i kartellet, også med henblik på at påvirke disses indmeldinger ud fra kartel-bankernes ønsker. Disse handlinger blev af ICAP omtalt som deres "libor service".

- Formidling af kommunikation: ICAP fungerede som kommunikationskanal mellem flere af kartelbankerne i forbindelse med disses drøftelser om den ulovlige adfærd.

Kommissionen fandt i afgørelsens punkt 208 (M 469-470), at ICAP's rolle i kartellet var "*of particular seriousness*", fordi ICAP ved sin adfærd havde forstærket kartellets virkninger langt ud over det, som ville have været muligt i fravær af ICAP's bidrag. Kommissionen fremhævede, at der i fravær af ICAP's bistand kun ville have været nogle få banker, der indgav misvisende JPY Libor-indmeldinger, men at der som følge af ICAP's bistand formentlig var en lang række yderligere banker, der også indgav sådanne indmeldinger, selvom disse ikke var deltagere i kartellet (som følge af ICAP's misvisende information m.v.).

Kommissionens afgørelse blev efterfølgende opretholdt af Retten i sag T-180/15 (M 239). I dommens præmis 171 (M 244) udtalte Retten i lighed med Kommissionen, at ICAP havde haft en central rolle i overtrædelserne: "*Der havde følgelig været en klart mindre sandsynlighed for, at ændringen af disse satser havde haft succes, hvis de ovenfor i præmis 165 fire omhandlede overtrædelser kun havde været støttet på en afstemning af bud fra to af de omhandlede banker i hver overtrædelse. Det følger heraf, at Icap havde en central rolle i gennemførelsen af disse overtrædelser...*".

Ligesom i AC Treuhand-sagerne lagde både Kommissionen og Retten altså betydelig vægt på, at Tredjeparten havde ydet et væsentligt bidrag til overtrædelserne. Kommissionens og Retten afgørelser i sagen understøtter dermed også, at der kræves et væsentligt bidrag fra en Tredjepart, for at denne kan straffes for kartelfacilitering.

7.3.2.2.4 Opsummering af Kommissionens og EU-Domstolenes praksis vedr. kartelfacilitering

Som det fremgår ovenfor, drejer samtlige afgørelser og domme, hvor Kommissionen og EU-Domstolene har straffet Tredjeparter for kartelfacilitering, sig således om tilfælde, hvor de relevante Tredjeparter har ydet et meget væsentligt bidrag til overtrædelserne. Dette viser, at det som anført af Kommissionen i AC Treuhand I-sagen og tiltrådt af Retten i samme sag er en "*nødvendig*" forudsætning for at holde Tredjeparter ansvarlige, at Tredjepartens bidrag til overtrædelserne er af væsentlig karakter.

Dette understøttes yderligere af, at Kommissionen også *efter* AC Treuhand I-afgørelsen har truffet afgørelser, hvor Kommissionen valgte

ikke at straffe Tredjeparter for kartelfacilitering, selvom Tredjeparten havde ydet et bidrag til kartellet. I afgørelsen om MCAA-kartellet fra 2005 (COMP/E-1/.37.773, M 407), dvs. to år efter AC Treuhand I-afgørelsen, valgte Kommissionen således *ikke* at straffe en Tredjepart (igen AC Treuhand) for kartelfacilitering, selvom Tredjeparten bistod karteldeltagerne med at indsamle og udveksle oplysninger, og selvom karteldrøftelserne foregik i forlængelse af møder afholdt af og hos Tredjeparten, der ifølge Kommissionen fungerede som dække for kartelmøderne.

Selv efter AC Treuhand I-afgørelsen har Kommissionen altså ikke konsekvent holdt Tredjemænd ansvarlige for deres bidrag til karteller, selvom deres bidrag har haft en meget direkte relation til kartellet. Dette viser, at Kommissionen ikke anser ethvert bidrag fra en Tredjepart for tilstrækkeligt til at udgøre kartelfacilitering.

Selve det faktum, at Kommissionen kun har truffet fire afgørelser nogensinde om kartelfacilitering, understøtter ligeledes, at Tredjeparter kun kan straffes for kartelfacilitering i særligt tilfælde, hvor der er ydet et væsentligt bidrag til kartellet. Der er således kun truffet fire afgørelser nogensinde om kartelfacilitering hos Kommissionen, og der var på tidspunktet for den påståede overtrædelse aldrig truffet en afgørelse om kartelfacilitering i Danmark.

7.3.2.2.5 Styrelsens fortolkning af AC Treuhand I-, AC Treuhand II- og ICAP-dommene må afvises.

Styrelsen har gjort gældende, at AC Treuhand I-, AC Treuhand II- og ICAP-dommene viser, at der ikke gælder noget krav om væsentlighed i forhold til betingelsen om bidrag. Dette bestrides.

Til støtte for sit synspunkt henviser Styrelsen for det første til AC Treuhand I-dommens præmis 128, hvor Retten ifølge Styrelsen konkluderer, at der ikke skal sondres mellem ophavsmænd og medvirkende til en overtrædelse.

Præmis 128 fastslår dog alene, at Tredjeparter *kan* straffes for kartelfacilitering, hvilket Account ikke bestrider. Præmissen fastslår imidlertid ikke, at der gælder *samme kriterier* for at holde Tredjeparter ansvarlige som i forhold til virksomheder, der rent faktisk er aktive på det relevante marked.

AC Treuhand (Tredjeparten i sagen) havde i AC Treuhand I-sagen gjort gældende over for Retten, at Tredjeparter slet ikke kunne holdes ansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne (se præmis 89, M 104). Argumentet var, at en virksomhed slet ikke er omfattet af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, hvis den relevante aftale ikke er indgået inden for virksomhedens egen erhvervssektor.

Retten forholder sig derfor også kun til, om en virksomhed *slet ikke kan holdes ansvarlig* for en overtrædelse, hvis den ikke er aktiv på det relevante marked. Dette fremgår f.eks. udtrykkeligt af præmis 119 (M 117). Rettens afvisning af dette synspunkt i præmis 128 indebærer kun, at

Tredjeparter kan holdes ansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne, hvilket som nævnt er ubestridt. Dette fremgår også, når præmissen læses i sammenhæng med den umiddelbart foregående præmis 127 (M 120-121):

"127 Med hensyn til denne kontekstuelle forståelse af begrebet konkurrencebegrænsning er det følgelig ikke udelukket, at en virksomhed kan deltage i gennemførelsen af en sådan begrænsning, selv om den ikke begrænser sin egen handlefrihed på det marked, hvorpå virksomheden primært er aktiv. Enhver anden fortolkning kan indskrænke rækkevidden af det forbud, der er fastsat i artikel 81, stk. 1, EF, og modvirke bestemmelsens effektive virkning samt dens primære formål, som fremgår af artikel 3, stk. 1, litra g), EF, om at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, idet en sådan fortolkning ikke giver adgang til at forfølge en virksomheds aktive bidrag til en begrænsning af konkurrence, alene fordi dette bidrag ikke hidrører fra en økonomisk aktivitet på det relevante marked, hvor begrænsningen gennemføres eller har til formål at blive gennemført. Det skal i lighed med det af Kommissionen anførte præciseres, at alene det ansvar, der påhviler alle »virksomheder« i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, fuldt ud kan sikre denne effektive virkning, eftersom dette ansvar gør det muligt at sanktionere og på forhånd hindre oprettelsen af nye former for hemmelige aftaler med hjælp fra virksomheder, som ikke er aktive på de markeder, konkurrencebegrænsningen omfatter, og som har til formål at omgå forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF. 128 På denne baggrund fastslår Retten, at en fortolkning af begrebet »aftaler mellem virksomheder« i lyset af formålene med artikel 81, stk. 1, EF og artikel 3, stk. 1, litra g), EF bekræfter opfattelsen af, at aftalen og den virksomhed, som er ophavsmand til en overtrædelse, ikke afhænger af den sektor hvori, eller det marked hvorpå de berørte virksomheder er aktive." (vores understregning)

Af de efterfølgende præmisser fremgår det, at Tredjeparter kan holdes ansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne, men kun hvis den relevante Tredjepart "... bidrager med en ikke uvæsentlig støtte..." (se præmis 136, M 124), og der er en "... tilstrækkelig konkret og afgørende årsagsforbindelse mellem denne aktivitet og konkurrencebegrænsningen..." (se præmis 154, M 126).

Det fastholdes derfor, at det følger af AC Treuhand I-dommen, at en Tredjepart alene kan straffes for kartelfacilitering, hvis Tredjeparten har ydet et tilstrækkelig væsentligt bidrag til overtrædelsen.

Styrelsen har også henvist til en række præmisser i AC Treuhand II- og ICAP-dommene til støtte for sit synspunkt om, at der ikke gælder et krav om væsentlighed, herunder AC Treuhand II-dommens præmis 34 (M 219) og ICAP-dommens præmis 97 (M 240). I de pågældende præmisser konstaterer Retten og Domstolen dog blot, at Tredjeparter kan straffes for kartelfacilitering, hvilket ikke er bestridt. Som forklaret ovenfor lægger såvel Domstolen i AC Treuhand II som Retten i ICAP endvidere afgørende vægt på Tredjeparternes væsentlige bidrag.

Det følger derfor ikke af nogen af de ovennævnte domme, at der ikke gælder noget krav om væsentlighed i forhold til det bidrag, som en

Tredjepart skal have ydet for at kunne straffes for kartelfacilitering - tværtimod.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Styrelsens egen tilrettelæggelse af nærværende sag viser, at Styrelsen heller ikke selv er af den opfattelse, at et hvilket som helst bidrag fra en Tredjepart udgør kartelfacilitering.

Account er således langt fra den eneste Tredjepart, der har deltaget på møderne i NOX og i den forbindelse ydet et bidrag til NOX' aktiviteter. Der har således deltaget banker, advokater, leverandører m.v. på møderne i NOX, herunder også møder, hvor Gentlemantaftalen er blevet drøftet. I samme retning er Aftalegrundlaget blevet gennemgået af advokat Gry Asnæs, som derfor også har været bekendt med Gentlemantaftalen og har ydet et bidrag til denne (se E 571). Rådet og KFST har været bekendt med dette, da korrespondancen mellem advokaten og NOX har indgået som en akt i sagen. Trods dette har Styrelsen ikke valgt at træffe afgørelse om kartelfacilitering mod andre end Account. Dette må nødvendigvis forstås sådan, at Styrelsen ikke selv anser et hvilket som helst bidrag for tilstrækkeligt.

7.3.2.2.3 Passivitet udgør ikke et tilstrækkeligt bidrag i forhold til Tredjeparter

7.3.2.2.3.1 Det følger af Domstolenes praksis, at passiv deltagelse kun er tilstrækkeligt til at holde en virksomhed ansvarlig, hvis virksomheden forbliver aktiv på det relevante marked.

Til støtte for, at der ikke gælder et krav om væsentlighed i forhold til Tredjeparters bidrag, har Styrelsen henvist til, at selv passiv deltagelse i en overtrædelse ifølge fast retspraksis er tilstrækkeligt til at ifalde ansvar for overtrædelsen. Styrelsen henviser også til, at eksempelvis passiv deltagelse på et enkelt møde, hvor en overtrædelse er blevet drøftet, ifølge praksis kan være tilstrækkeligt til at ifalde ansvar.

I forlængelse af dette har Styrelsen også fremhævet, at Retten og Domstolen henviser til denne praksis i AC Treuhand I (præmis 129-130, M 121-122) og AC Treuhand II (præmis 30-31, M 218-219).

Det følger dog direkte af den samme praksis, at denne ikke finder anvendelse på Tredjeparter. Account bestrider derfor, at passiv deltagelse er tilstrækkeligt grundlag for at straffe en virksomhed for kartelfacilitering.

Styrelsen henviser til T-Mobile-dommen (C-8/08, M 145) til støtte for sin udlægning af doktrinen og dens betydning. Doktrinen er dog udviklet i Hüls- og Anic Partecipazioni-dommene (C-199/92, M 49, og C-49/92 M 69), som der også henvises til i T-Mobile-dommen (se f.eks. dommens præmis 51, M 162-163).

Det fremgår af disse domme, herunder navnlig af Hüls-dommen, at doktrinen er baseret på en formodningsregel om, at når en virksomhed har deltaget i et møde, hvor en konkurrencebegrænsning er blevet drøf-

tet, skal virksomheden i fravær af bevis for det modsatte antages at have indrettet sin adfærd på markedet efter disse drøftelser.

Kommissionen havde i sagen fundet, at polypropylen-producenten Hüls AG havde deltaget i en aftale og samordnet praksis om bl.a. at koordinere priser og dele markeder. I sagen for Domstolen gjorde Hüls AG gældende, at Kommissionen alene havde bevist virksomhedens deltagelse i ét møde, og at Kommissionen dermed ikke havde ført tilstrækkeligt bevis for den påståede overtrædelse. Domstolen afviste dette, netop med henvisning til, at når Hüls havde deltaget i et møde, hvor overtrædelsen var blevet drøftet, måtte Hüls i fravær af bevis for det modsatte antages at tage hensyn til drøftelserne i sin videre adfærd på markedet (se dommens præmis 146-162, M 71-75). Domstolen bygger altså sin afgørelse på en antagelse om, at en deltager i et kartelmøde vil tage hensyn til den viden, som denne har opnået på mødet.

Dette indebærer i sig selv, at doktrinen ikke er relevant for Tredjeparter. Tredjeparter kan i sagens natur ikke anvende den viden, som de har opnået på et kartelmøde, til at fastlægge deres adfærd på det relevante marked.

Det fremgår i overensstemmelse med dette udtrykkeligt af de omtalte præmisser, at doktrinen kun finder anvendelse for "*... de virksomheder... som forbliver aktive på markedet...*".

Dette indebærer ligeledes, at doktrinen ikke er relevant for Tredjeparter, som netop er definerede ved ikke at være aktive på det relevante marked og derfor i sagens natur heller ikke kan forblive aktive på dette.

Denne forudsætning er også gentaget i præmis 58 og 62 i T-Mobile-dommen med udtrykkelig henvisning til Hüls- og Anic Partecipazioni-dommene (M 164-166). Også i denne dom er det altså udtrykkeligt forudsat, at passiv deltagelse kun er tilstrækkeligt, *hvis* virksomheden forbliver aktiv på det relevante marked.

Det fremgår endvidere af præmis 60 T-Mobile-dommen (M 165), at passiv deltagelse i et møde kun er tilstrækkeligt til at holde virksomheder ansvarlige, hvis der er tale om et møde mellem konkurrenter. Det fremgår derimod *ikke* af denne præmis, at det samme gælder for Tredjeparter, sådan som Styrelsen gør gældende.

Det forhold, at der ikke findes ét eneste eksempel i hverken dansk praksis eller EU-praksis på, at en Tredjepart er straffet for kartelfacilitering på baggrund af adfærd, der tilnærmelsesvis kan karakteriseres som passiv deltagelse, understøtter yderligere, at passiv deltagelse ikke er tilstrækkeligt i relation til Tredjeparter.

Styrelsens synspunkt om, at passiv deltagelse i møder er tilstrækkeligt til at straffe en Tredjepart som Account for kartelfacilitering, må derfor afvises.

7.3.2.2.3.2 Det er i strid med EU-retten at holde en virksomhed ansvarlig for en overtrædelse af konkurrencereglerne alene på baggrund af, at virksomheden er repræsenteret i den relevante bestyrelse.

”Lietuvos notarų rūmai”-dommen (sag C-128/21, M 295) understøtter yderligere, at passiv deltagelse ikke er tilstrækkeligt til at holde Account ansvarlig.

I denne sag fandt Domstolen således, at når en virksomhed sidder i bestyrelsen for en sammenslutning af virksomheder, og denne sammenslutning indgår en konkurrencebegrænsende vedtagelse, er selve virksomhedens deltagelse i bestyrelsen ikke blot utilstrækkeligt til at holde virksomheden ansvarlig for overtrædelsen – det er *decideret i strid med TEUF* at holde virksomheden ansvarlig, hvis ikke den i kraft af sin egen adfærd har gjort sig medskyldig i overtrædelsen.

Dommen vedrørte regler, som præsidiets for det litauiske notarkammer havde vedtaget vedrørende beregningen af de vederlag, som medlemmerne af kammeret opkrævede for deres ydelser. Notarkammeret var en sammenslutning af notarer i Litauen, som alle notarer ifølge den litauiske lovgivning var medlemmer af, og præsidiets var notarkammerets styrende organ (svarende til en bestyrelse). De relevante regler blev vedtaget enstemmigt af præsidiets medlemmer og offentliggjort på notarkammerets websted (se dommens præmis 8- 27, M 298-302).

Den litauiske konkurrencemyndighed havde i sagen truffet afgørelse om, at denne vedtagelse udgjorde en konkurrencebegrænsende aftale i strid med den litauiske konkurrencelov og artikel 101 TEUF. Konkurrencemyndigheden fandt, at vedtagelsen indirekte koordinerede størrelsen på de relevante vederlag mellem notarkammerets medlemmer. Konkurrencemyndigheden fandt endvidere, at reglerne skulle anses for en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, og at alle medlemmerne af præsidiets (svarende til en bestyrelse) havde deltaget i denne vedtagelse (se dommens præmis 29, M 302).

I dommen besvarer Domstolen en række præjudicielle spørgsmål fra Litauens øverste forvaltningsdomstol. I sin besvarelse finder Domstolen, at notarerne skulle anses for virksomheder, selvom de var tillagt visse offentlige myndighedsfunktioner, at notarkammeret skulle anses for en sammenslutning af virksomheder, at reglerne skulle anses for en vedtagelse inden for denne sammenslutning af virksomheder, og at reglerne skulle anses for at have til formål at begrænse konkurrencen i strid med artikel 101 TEUF.

Umiddelbart var alle betingelser for at holde de involverede virksomheder i sagen ansvarlige for en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler altså opfyldte.

Til trods for dette fandt Domstolen dog videre i sagen, at ikke blot kunne de enkelte medlemmer af præsidiets ikke holdes ansvarlige i sagen – det ville være decideret i strid med TEUF at gøre dette (se præmis 108-129, M 313-317). Domstolen finder altså, at man ikke kan holde virksomheder ansvarlige, alene fordi de har siddet i bestyrelsen for en

sammenslutning af virksomheder, der har indgået en konkurrencebegrænsende vedtagelse. Medlemmer af bestyrelsen kan ifølge dommen alene holdes ansvarlige for en sådan vedtagelse, hvis de kan anses for medskyldige i overtrædelsen.

I dommen havde medlemmerne af præsidiet som nævnt enstemmigt vedtaget de regler, der blev fundet at udgøre en konkurrencebegrænsende vedtagelse i strid med artikel 101 TEUF. Domstolen fandt altså, at selv det forhold, at virksomhederne havde stemt for de relevante beslutninger, *ikke* var tilstrækkeligt til, at de kunne anses for medskyldige og dermed kunne holdes ansvarlige for vedtagelsen.

Det følger nødvendigvis også af dommen, at selve medlemmernes passive deltagelse på de møder, hvor vedtagelsen var blevet drøftet, ikke var tilstrækkeligt til at holde dem ansvarlige – endda selvom medlemmerne af præsidiet var notarer og dermed *var* aktive på det marked, som overtrædelsen vedrørte. Medlemmerne havde utvivlsomt deltaget på disse møder, så hvis passiv deltagelse var tilstrækkeligt, ville de nødvendigvis være medskyldige.

Overført til nærværende sag indebærer dette, at Account kun kan holdes ansvarlig for Gentlemanaftalen, hvis Account kan anses for medskyldig i en eventuel overtrædelse af konkurrencereglerne på baggrund af denne, og at dette kræver mere end blot at være medlem af Arbejdsgruppen eller passiv deltagelse på møder.

NOX udgør ligesom notarkammeret en sammenslutning af virksomheder. Gentlemanaftalen udgør en regel vedtaget af denne sammenslutning ligesom reglerne om beregning af vederlag i Lietuvos notarų rūmai-dommen, og ligesom i sidstnævnte sag er selve sammenslutningen af virksomheder allerede blevet straffet for denne vedtagelse i nærværende sag.

Når medlemmerne af notarkammeret ikke kunne straffes på baggrund af deres passive deltagelse i Lietuvos notarų rūmai-dommen, kan Account heller ikke straffes på baggrund af sin passive deltagelse i denne sag.

Styrelsen har anført, at Lietuvos notarų rūmai-dommen ikke fastslår, at det er i strid med EU-retten at holde en virksomhed ansvarlig for en konkurrencebegrænsende vedtagelse inden for en sammenslutning *alene* på baggrund af, at virksomheden har siddet i sammenslutningens bestyrelse/ledelsesorgan, herunder blandt andet fordi, at det ifølge Styrelsen blot blev lagt til grund i dommen, at medlemmerne af notarkammerets præsidium ikke have overtrådt artikel 101 TEUF.

Hertil skal det bemærkes, at det ikke indgår som en forudsætning i det relevante præjudicielle spørgsmål i sagen, at artikel 101 TEUF ikke var overtrådt (se præmis 41, M 304). Den forelæggende ret spørger Domstolen, om notarerne kan anses for at have overtrådt TFEU artikel 101, blot fordi de var medlemmer af præsidiet og deltog i gennemførelsen af den relevante vedtagelse. Der fremgår intet af spørgsmålet om, at det ved besvarelsen af spørgsmålet skal forudsættes, at de ikke har overtrådt ar-

tikel 10119. Dette ville også have indebåret, at spørgsmålet havde forudsat sin egen konklusion ("har de overtrådt artikel 101, hvis de ikke har overtrådt artikel 101?").

Styrelsen henviser endvidere til dommens præmis 117-118 (M 315). Af disse præmisser fremgår det, at (i) sagsøgerne og den litauiske regering har præciseret under retsmødet i sagen, at hverken præsidiets eller medlemmerne deraf individuelt kan holdes ansvarlige for vedtagelsen, og (ii) at notarkammeret skal anses for at have begået den relevante overtrædelse.

Det fremgår dog ikke af disse præmisser, at Domstolen dermed skal forudsætte, at artikel 101 TEUF ikke er overtrådt af præsidiets medlemmer/præsidiets. Disse præmisser indeholder blot en beskrivelse af sagens faktum. Dette understøttes af, at Domstolen umiddelbart efter disse præmisser forholder sig til karakteren af den adfærd, som medlemmerne af præsidiets har udvist i sagen (se præmis 119, M 315), hvilket ville være unødvendigt og meningsløst, hvis det blot skulle lægges til grund i sagen, at de ikke havde overtrådt artikel 101 TEUF. Når Domstolen forholder sig til deres adfærd og lægger vægt på, at de alene har optrådt som medlemmer af præsidiets i sagen, understøtter dette derfor yderligere, at dommen ikke kan udlægges som anført af Styrelsen.

Account fastholder derfor, at dommen understøtter, at Account ikke kan holdes ansvarlig for Gentlemanaftalen alene fordi, at Account har været repræsenteret i Arbejdsgruppen i den relevante periode.

7.3.2.2.4 Det ville have være vidtrækkende konsekvenser, hvis Tredjeparter kunne straffes for kartelfacilitering på baggrund af uvæsentlige bidrag.

Accounts fortolkning af Kommissionens og EU-Domstolenes praksis beskrevet ovenfor understøttes af, at det ville have særdeles vidtrækkende konsekvenser, hvis ikke en Tredjeparts bidrag skulle have en vis væsentlighed, for at Tredjeparten kunne straffes for kartelfacilitering.

Hvis et hvilket som helst bidrag var tilstrækkeligt til at udgøre kartelfacilitering, ville dette således føre til, at et enormt stort antal Tredjeparter kunne straffes for kartelfacilitering. I et hvilket som helst kartel vil der således typisk være revisorer, der bistår karteldeltagerne med at aflægge regnskaber; banker, der yder finansiering til karteldeltagerne; IT-supportere, som hjælper karteldeltagerne med deres IT-infrastruktur; rengøringselskaber, der holder deres lokaler rene; og så fremdeles.

Hvis et hvilket som helst bidrag til en overtrædelse var tilstrækkeligt, ville alle disse typer af mere eller mindre perifere Tredjeparter potentielt kunne straffes for kartelfacilitering, da de alle yder større eller mindre bidrag til karteldeltagerenes aktiviteter. Dette ville alene kræve, at de to øvrige betingelser om hensigt og kendskab var opfyldt. Da betingelsen om hensigt efter Styrelsens opfattelse også skal fortolkes som værende opfyldt nærmest per automatik (se afsnit 7.3.3.4.3), ville betingelsen om kendskab dermed reelt blive eneafgørende, og de øvrige be-

tingelser udviklet i EU-Domstolens praksis ville blive nærmest illusoriske. Dette må oplagt have formodningen mod sig.

Hvis kriterierne skulle fortolkes på denne måde, ville dette efter al sandsynlighed også have indebåret, at et meget stort antal Tredjeparter ville være blevet straffet for kartelfacilitering. Som nævnt er dette dog alene sket i fire tilfælde i EU-praksis og var aldrig sket i dansk praksis på tidspunktet for den påståede overtrædelse.

Det må derfor anses for stærkt usandsynligt, at betingelserne for kartelfacilitering opstillet i Kommissionens og EU-Domstolens praksis skal fortolkes så udvidende, som Styrelsen lægger op til i Afgørelsen. Det fastholdes derfor, at en Tredjepart kun kan straffes for kartelfacilitering, hvis Tredjeparten har ydet et væsentligt bidrag til den relevante overtrædelse.

7.3.2.3 Account har kun ydet helt uvæsentligt bidrag til Gentlemanaftalen

7.3.2.3.1 Indledning

Det må som forklaret i afsnit 6.3.2 ovenfor lægges til grund som ubestridt i sagen, at Accounts bidrag til Gentlemanaftalen alene har bestået af:

- At indgå i Arbejdsgruppen fra 2004 til 2016
- At indgå i leverandørudvalget siden 2004
- At deltage i møder i NOX
 - Ét eksempel på, at Account har udtalt sig om Gentlemanaftalen under disse møder
 - To eksempler på, at Gentlemanaftalen derudover er blevet drøftet på et af disse møder, hvor Account ikke udtalte sig
- At nedfælde Aftalegrundlaget og Gentlemanaftalen efter instruks fra NOX og med et indhold besluttet af NOX-medlemmerne
- Angiveligt at bidrage til revideringer af Aftalegrundlaget i 2014 og 2016
 - Kun lempelser af Gentlemanaftalen i 2014
 - Ingen ændringer af Gentlemanaftalen i 2016
- At yde administrativ bistand til NOX og en del af NOX-medlemmerne

- Herunder fremsendelse af visse dokumenter på vegne af NOX i perioden efter 2016, hvor Account ikke længere var en del af Arbejdsgruppen

Account gør gældende, at dette bidrag har karakter af almindelig sekretariatsbistand og er aldeles uvæsentligt. Account gør derfor gældende, at Account ikke opfylder betingelsen om, at en Tredjepart skal have ydet et væsentligt bidrag for at kunne straffes for kartelfacilitering.

Beskrivelsen af Accounts bidrag til Gentlemanaftalen i afsnit 6.3 vil blive uddybet og suppleret nedenfor.

7.3.2.3.2 Uddybende beskrivelse af Accounts angivelige bidrag til Gentlemanaftalen

7.3.2.3.2.1 Account har ikke haft indflydelse på Gentlemanaftalens indhold

Ivan Nielsen fik som nævnt til opgave at nedfælde Gentlemanaftalen på det såkaldte Kæde Koncept Udvalgs møde den 13. juli 2004. Dette fremgår af punkt 6 af 11 i referatet af dette møde (E 387):

"Ivan fik til opgave og lave et oplæg til en skriftlig "Gentelmen agreement", med:

- a. Mellem 0 - 20 km.: Ikke tilladt og åbne et hus.*
- b. Mellem 20-30 km.: Så skal eksisterende hus spørges om lov.*
- c. Over 30 km.: Go ahead..."*

Flemming Sneftrup fik endvidere til opgave at udarbejde en hensigtsserklæring, som skulle indeholde Gentlemanaftalen, på det første møde i Arbejdsgruppen. Dette fremgår af punkt 7 af 9 i referatet (E 398):

"7. Hensigtsserklæring:

a/ Udarbejdes klar til underskrift den 26/10 2004.

- Flemming Sneftrup har ansvaret for denne erklæring.

- Gentlemanaftale udarbejdes. Henrik Larsens forslag lægges til grund.

Afstand, konkurrencesituation, særlige forhold."

Ifølge Styrelsen indebærer dette, at Account havde en aktiv og central rolle i etableringen af Gentlemanaftalen. Styrelsen mener, at disse opgaver ikke blot bestod i at nedfælde Gentlemanaftalen i overensstemmelse med det, som blev besluttet på de ovennævnte møder, men at Ivan Nielsen og Flemming Sneftrup skulle udarbejde et "oplæg" og dermed havde indflydelse på aftalens indhold.

Det bestrides.

Som det fremgår af referatet fra det første møde i Arbejdsgruppen, fik Flemming Sneftrup til opgave at nedfælde Gentlemanaftalen med et specifikt indhold. Det fremgår af referatet, at Henrik Larsens forslag skulle lægges til grund. Henrik Larsen er ejer af et af NOX-diskotekerne og har ingen forbindelse til Account. Beslutningen om, at referatet skulle udformes på denne måde, blev endvidere truffet af NOX.

Flemming Sneftrups opgave bestod alene i at nedfælde Gentlemanaftalen med et indhold besluttet af NOX og på basis af et forslag fra et NOX-medlem, som skulle lægges til grund. Flemming Sneftrup har dermed højest haft indflydelse på valg af formuleringer, opsætning m.v. i aftalen, men det materielle indhold var fastlagt på forhånd. Flemming Sneftrups opgave var således blot en sekretariatsopgave og ikke en "*aktiv og central rolle*" som anført af Styrelsen.

I Afgørelsen fastholder Styrelsen trods det ovennævnte, at Account i kraft af denne opgave havde indflydelse på Gentlemanaftalens indhold. Styrelsen henviser til, at Gentlemanaftalen fra 2004 ikke svarer fuldt ud til beskrivelsen i referatet fra Kæde Koncept Udvalgsrådet.

Dette er dog udtryk for en forkert læsning af referaterne. Account fik ikke til opgave at nedfælde aftalen som beskrevet på Kæde Koncept Udvalgsrådet, men derimod at nedfælde aftalen i overensstemmelse med forslaget fra Henrik Larsen på det efterfølgende første møde i Arbejdsgruppen. Den endelige version af Gentlemanaftalen fra 2004 svarer fuldt ud til dette oplæg.

Det ovenstående er bekræftet af Flemming Sneftrup selv i skriftlig vidneerklæring af 6. november 2024 (E 561). I erklæringen bekræfter Flemming Sneftrup, som ikke længere er en del af Account, at opgaverne for Ivan Nielsen og Flemming Sneftrup selv alene bestod i at nedskrive det aftalte på de pågældende møder, og at ingen af de to havde til opgave at bestemme eller komme med forslag til indholdet af Gentlemanaftalen og/eller Aftalegrundlaget (se E 564-565).

REKOM Group A/S' besvarelse til KFST af 25. februar 2021 (E 537) understøtter ligeledes, at Account ikke havde indflydelse på Gentlemanaftalens indhold. REKOM Group A/S ejer en række diskoteker, hvoraf nogle er tidligere medlemmer af NOX. I forbindelse med oplysningen af sagen har KFST stillet en række spørgsmål til REKOM. Ét af disse spørgsmål går på, om Account var involveret i udarbejdelsen af Aftalegrundlaget i 2004. Spørgsmål og svar er formuleret som følger (E 544):

"b. Har ECIT Account været involveret i udarbejdelsen af NOX Network aftalegrundlaget fra 2004 og/eller den senere revidering af aftalegrundlaget i hhv. 2014 og 2016?"

- i. *Hvis ja bedes Rekom beskrive nærmere, hvordan ECIT Account var involveret.*

[REKOM] ECIT Account var med i 2004 som rådgiver for NOX. I 2014 og 2016 var ECIT Account ikke involveret. NOX-ledelsen stod bag disse revisioner.” (vores tilføjelse i firkantede parenteser)

REKOM nævner i sin besvarelse intet om, at Account skulle have udformet eller haft indflydelse på Aftalegrundlagets indhold, herunder Gentlemanaftalen. REKOM nævner blot, at Account udførte sin almindelige funktion som rådgiver for NOX (om administrative forhold, jf. ovenfor).

Der foreligger dermed ikke noget i sagen, der dokumenterer, at Account har haft indflydelse på Gentlemanaftalens indhold. Dette kan derfor ikke lægges til grund.

7.3.2.3.2 Account har ikke bidraget til at revidere Gentlemanaftalen

Styrelsen har gjort gældende, at Account var involveret i at revidere Aftalegrundlaget i 2014 og 2016. Dette bestrides.

Account bidrog ikke til revideringerne af Aftalegrundlaget i 2014 og 2016, herunder ikke engang ved at nedfælde dette el.lign. Dette understøttes ligeledes af REKOM's besvarelse til Styrelsen af 25. februar 2021 citeret ovenfor.

Styrelsen har ikke i Afgørelsen fremlagt nogen beviser for, at Account skulle have bidraget til revideringerne af Aftalegrundlaget.

Styrelsen fremhæver således alene en mail fra 21. november 2013, hvor Michael Schrøder fra NOX udtalte, at det var vigtigt at få Ivan Nielsen med på et møde vedr. Aftalegrundlaget. Dette viser dog ikke, at Ivan Nielsen skulle spille nogen aktiv rolle i forbindelse med revideringen af Aftalegrundlaget.

Styrelsen har desuden fremhævet, at der er blevet fundet en Word-version af Aftalegrundlaget på Ivan Nielsens arbejdscomputer hos Account, som er dateret få dage før det møde i Arbejdsgruppen, hvor revideringen af Aftalegrundlaget i 2014 skulle godkendes. Dette er dog ikke udtryk for, at det reviderede Aftalegrundlag blev udarbejdet af Account. Ivan Nielsen modtog dette dokument fra Michael Schrøder, den daværende direktør i NOX, fordi Michael Schrøder ønskede Accounts hjælp til at printe dette. NOX har og havde adresse i et kontorhotel sammen med et stort antal andre virksomheder (ca. 400 i dag), og Account har og havde adresse samme sted. Da Michael Schrøder ikke selv havde en printer, bad han jævnligt Account om bistand med print. Dette fremgår også af en række mails fremlagt i sagen, hvor Michael Schrøder beder Account om bistand til print (se E 467-471). Igen var der altså blot tale om simpel, administrativ bistand.

Dette fremgår også af Bilag I (E 461). Dette bilag viser dokumentegen-skaberne for den omtalte Word-version af Aftalegrundlaget. Det fremgår af Bilag I, at dokumentet var oprettet af Hanne Nielsen. Hanne Nielsen var sekretær i Account og har derfor ikke haft til opgave at udarbejde juridiske dokumenter som Aftalegrundlaget. Det fremgår endvi-

dere af Bilag I, at den samlede redigeringstid på dokumentet er på 4 minutter. Account har næppe foretaget en materiel revidering af Aftalegrundlagets indhold på 4 minutter.

I 2016 er der endvidere ikke henvist til ét eneste forhold, der understøtter, at Account bidrog til revideringen af Gentlemanaftalen.

Det er således ikke dokumenteret i sagen, at Account var involveret i revideringerne af Gentlemanaftalen i 2014 og 2016, og dette kan derfor ikke lægges til grund.

Under alle omstændigheder indebar revideringen i 2014 alene en lempelse af Gentlemanaftalen, mens der ikke blev foretaget nogen ændringer i Gentlemanaftalen i 2016. Selv hvis Account havde ydet et aktivt bidrag til disse revideringer, kan dette derfor næppe anses for et væsentligt bidrag til Gentlemanaftalen.

Ændringerne i 2014 bestod således alene i:

- Mulighed for etablering af flere steder i Odense, København, Aarhus og Aalborg efter godkendelse fra Arbejdsgruppen
 - tidligere kun mulighed for etablering af flere steder i København, dvs. en indskrænkning af Gentlemanaftalens anvendelsesområde
- Krav om godkendelse fra Arbejdsgruppen for at sælge navnet på et NOX-diskotek, hvis diskoteket deler navn med minimum et andet NOX-medlem
 - dvs. ingen ændring af mulighederne for at etablere NOX-diskoteker
- Præcisering af, at Arbejdsgruppen træffer beslutning om optagelse af medlemmer og betingelserne for dette
 - dvs. ingen ændring af mulighederne for at etablere NOX-diskoteker

Revideringen i 2016 indebar ingen ændringer i forhold til Gentlemanaftalen.

Også derfor gøres det gældende, at Account ikke har ydet et relevant bidrag til Gentlemanaftalen ved at medvirke til revideringerne af denne i 2014 og 2016.

7.3.2.3.3 Account har ikke bidraget til at sikre Gentlemanaftalens effektive gennemførelse ved sin deltagelse på møderne i NOX.

Styrelsen har gjort gældende, at Account har deltaget aktivt i møder i NOX og i den forbindelse har bidraget til at sikre Gentlemanaftalens effektive gennemførelse. Dette bestrides.

Til støtte for dette synspunkt har Styrelsen henvist til referatet af NOX-mødet den 31. marts 2009 (E 419), hvor der fremgår følgende om Ivan Nielsens rolle på mødet (E 421):

”Fest i Herning – plakater i Horsens – Ivan siger, at man kontakter folkene i Horsens for accept”

Dette er imidlertid ikke udtryk for, at Ivan Nielsen har bidraget aktivt til at sikre, at Gentlemanaftalen blev overholdt.

Det fremgår af det pågældende referat, at der på mødet har været en længere diskussion mellem diskoteksejerne i NOX om, hvordan Gentlemanaftalen skal forstås. Diskoteksejerne har i den forbindelse givet udtryk for en række forskellige opfattelser (se E 420-421). Ivan Nielsens udtalelse ovenfor var en kort gengivelse af, hvordan aftalen efter hans opfattelse skulle forstås. Dette er både den naturlige forståelse af udtalelsen ud fra konteksten og ud fra Accounts rolle i NOX, hvor Account har taget referater, opbevaret dokumenter m.v., fordi sådanne opgaver ikke har faldet NOX-medlemmerne lige så naturligt. Account har derimod ikke påtaget sig at rådgive medlemmerne om deres beslutninger vedr. diskoteksdrift i Arbejdsgruppen. Materialet i sagen understøtter fuldt ud, at Account alene har ageret i overensstemmelse med denne rollebeskrivelse i forhold til Arbejdsgruppen og aldrig har rådgivet diskotekerne i NOX om driftsforhold såsom Gentlemanaftalen.

Ivan Nielsens udtalelse på dette møde var dermed ikke en opfordring til NOX-medlemmerne om at overholde aftalen, en påtale for manglende overholdelse el.lign. Ivan Nielsen gav alene udtryk for, hvordan diskoteksejernes aftale efter hans opfattelse skulle forstås. Allerede derfor kan det ikke på baggrund af denne udtalelse lægges til grund, at Account har deltaget aktivt i møder i NOX og i den forbindelse har bidraget til at sikre Gentlemanaftalens effektive gennemførelse.

Det ovenstående understøttes af Flemming Sneftrups skriftlige vidneerklæring af 6. november 2024 (E 561). Flemming Sneftrup forklarer i erklæringen, at Accounts rolle på NOX-møderne kun bestod i at lede møderne og besvare økonomiske spørgsmål, og at Account ikke deltog i drøftelser om diskoteksdrift på møderne (se E 563-564). Dette understøtter, at Account ikke ville blande sig i en større diskussion om et forhold vedrørende diskoteksdrift såsom Gentlemanaftalen.

Dertil kommer, at nærværende sag drejer sig om en periode på ca. 16 år, hvor der har været afholdt en lang række NOX-møder og møder i Arbejdsgruppen. Når der i den periode alene foreligger ét eksempel på, at Ivan Nielsen eller andre Account-medarbejdere har udtalt sig om Gentlemanaftalen i forbindelse med disse drøftelser, beviser dette på ingen måde, at Account har spillet en aktiv rolle i drøftelserne om Gentlemanaftalen. Tværtimod viser dette, at Accounts rolle i disse drøftelser har været endog særdeles begrænset og passiv.

Det var naturligt for Account at indtage sådan en passiv rolle, idet en stor del af NOX-medlemmerne var kunder hos Account. Hvis Account blandede sig i drøftelser om forhold mellem diskotekerne såsom Gent-

lemanaftalen, ville Account dermed risikere at skade sit forhold til sine kunder, da det ofte ville være umuligt for Account at give udtryk for en holdning i drøftelserne uden derved at gå imod nogle af sine kunders interesser.

Faktisk var Accounts begrænsede rolle på møderne netop årsagen til, at Account forlod Arbejdsgruppen i 2016. Det blev til sidst vurderet, at Account deltog så lidt i drøftelserne på NOX-møderne, at det ikke var hensigtsmæssigt og rimeligt, at Account skulle afsætte tid til at deltage i møderne. Dette bekræftes i Flemming Sneftrups skriftlige vidneerklæring af 6. november 2024 (se E 564).

Account gør derfor gældende, at Account ikke har ydet et relevant bidrag til Gentlemanaftalen ved sin deltagelse i møderne i NOX.

7.3.2.3.2.4 Account har ikke haft en fremtrædende plads i Arbejdsgruppen

Styrelsen har gjort gældende, at Account har haft fremtrædende pladser i Arbejdsgruppen og derigennem har haft indflydelse på NOX. Styrelsen har på denne baggrund gjort gældende, at beslutninger og udmeldinger, der hidrører fra Arbejdsgruppen, også hidrører fra Account.

Det bestrides, at Accounts repræsentation i Arbejdsgruppen har udgjort et relevant bidrag til Gentlemanaftalen.

For det første kan selve det faktum, at Account har deltaget i Arbejdsgruppen, som forklaret i afsnit 7.3.2.2.3 ovenfor ikke anses for tilstrækkeligt til at opfylde betingelsen om bidrag.

For det andet er det ikke dokumenteret i sagen, at Account har ydet et relevant bidrag til Gentlemanaftalen i forbindelse med sin deltagelse i Arbejdsgruppen.

Det er herunder ikke korrekt, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har haft fremtrædende pladser i Arbejdsgruppen. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har tværtimod kun deltaget i Arbejdsgruppen i meget begrænset omfang og kun for at yde den samme praktiske bistand, som Account generelt har ydet til NOX' aktiviteter.

Flemming Sneftrup og Ivan Nielsens roller som formænd for Arbejdsgruppen indebærer således ikke, at disse blev tillagt særlig autoritet eller indflydelse i Arbejdsgruppen, eller at de havde særlige beføjelser i Arbejdsgruppen, sådan som en bestyrelsesformand normalt har (f.eks. at have den udslagsgivende stemme ved stemmelighed el.lign.). Betegnelsen skyldtes blot, at de begge bistod med mødeledelse på møder i Arbejdsgruppen, herunder navnlig med at sikre, at dagsordenen blev overholdt, og med generelt at holde mødedisciplin og fremdrift i møderne.

Dette er bekræftet i Flemming Sneftrups skriftlige vidneerklæring af 6. november 2024 (E 561). I denne erklæring forklarer Flemming Sneftrup, at han selv og Ivan Nielsen blev valgt til formænd for Arbejdsgruppen

for at fungere som mødeledere og holde ro og orden og for at besvare økonomiske spørgsmål. Han bekræfter også, at hverken han selv eller Ivan Nielsen havde nogen særlige beføjelser eller rettigheder som formænd for Arbejdsgruppen (se E 563).

Det er endvidere ubestridt i sagen, at hverken Flemming Sneftrup eller Ivan Nielsen nogensinde har stemt på møder i Arbejdsgruppen eller udøvet andre former for beføjelser i forhold til NOX/Arbejdsgruppen. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen kan derfor ikke anses for fremtrædende medlemmer af Arbejdsgruppen, når de som de eneste medlemmer deraf aldrig har udøvet indflydelse på Arbejdsgruppens beslutninger.

Styrelsen har henvist til en række konkrete forhold til støtte for, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen havde fremtrædende roller i NOX. Ingen af disse forhold viser dog, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har haft fremtrædende roller i NOX, herunder i særlig grad ikke roller med betydning for Gentlemanaftalen.

- Styrelsen anfører, at Ivan Nielsen havde ansvaret for at udforme et oplæg til Gentlemanaftalen, og at Flemming Sneftrup havde ansvaret for at udforme Aftalegrundlaget. Som forklaret ovenfor bestod Accounts rolle i forhold til Gentlemanaftalen imidlertid alene i at nedfælde denne med et indhold besluttet af NOX, dvs. en sekretærfunktion.
- Styrelsen anfører, at Flemming Sneftrup "havde ansvaret for at hverve et specifikt medlem" til NOX. Account har imidlertid aldrig haft til opgave at overbevise diskoteksejere om at blive medlemmer af NOX el.lign.
- Styrelsen anfører, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har været kontaktpersoner for hhv. Arbejdsgruppen og leverandørudvalget. Disse roller indebar imidlertid blot, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har været anført som modtagere af medlemsforslag, hvilket næppe kan anses for en fremtrædende rolle med relevans for Gentlemanaftalen.
- Styrelsen anfører, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har deltaget i eksterne møder på vegne af Arbejdsgruppen. Der er dog alene tale om, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har udført praktiske opgaver for Arbejdsgruppen, herunder navnlig med forbindelse til Ivan Nielsens rolle i leverandørudvalget og uden relevans for Gentlemanaftalen.
- Styrelsen anfører, at Ivan Nielsen "deltog aktivt" i drøftelser om Gentlemanaftalen på et møde den 31. marts 2009. Der var dog før det første ikke tale om et møde i Arbejdsgruppen, og for det andet kan det ikke anses for udtryk for en fremtrædende rolle, at Ivan Nielsen én gang på de tolv år, hvor Account var en del af Arbejdsgruppen, har udtalt sig om dette emne – særligt når der alene var tale om en refererende bemærkning.

- Endelig anfører Styrelsen, at Ivan Nielsen i december 2014 var involveret i Arbejdsgruppens revidering af Aftalegrundlaget. Dette var ikke tilfældet.

--o0o--

Der er derfor samlet set ikke fremlagt noget i sagen, der understøtter Styrelsens anbringende om, at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har haft fremtrædende roller i NOX, herunder i hvert fald ikke med relevans for etableringen af markedsdelingen og opretholdelsen heraf. Det kan derfor ikke lægges til grund, at Accounts deltagelse i Arbejdsgruppen har udgjort et relevant og tilstrækkeligt bidrag til Gentlemanaftalen.

7.3.2.3.2.5 Accounts forhold til NOX er uden betydning for vurderingen af Accounts bidrag til Gentlemanaftalen

Styrelsen har gjort gældende, at en række forhold viser, at der har været en tæt forbindelse mellem Account og NOX.

Styrelsen har endvidere gjort gældende, at Account formelt og faktisk har haft indflydelse på NOX' beslutninger vedrørende Gentlemanaftalen. Styrelsen har gjort gældende, at disse forhold indebærer, at Account har haft indflydelse på markedsdelingens etablering og opretholdelse, og at Arbejdsgruppens handlinger kan tilskrives Account.

Det er imidlertid for det første ikke korrekt, at disse forhold påviser en tæt forbindelse mellem Account og NOX. Forholdene omfatter de følgende:

- Formel stifter: Styrelsen fremhæver, at Account var formel stifter af NOX. Dette bestrides ikke, men at stifte virksomheden er en simpel, administrativ funktion og ikke udtryk for en tæt forbindelse.
- Account havde en anpart i NOX: Dette bestrides ikke. For det første skyldtes dette dog alene tilfældigheder, og for det andet er det at være én ud af 48 anpartshavere ikke udtryk for en særlig tæt forbindelse.
- Account formodes at have haft størstedelen af NOX-medlemmer som kunder: Account bestrider ikke, at mange NOX-medlemmer har været kunder hos Account. Dette er dog ikke overraskende, da Account er den eneste virksomhed i Danmark, der målrettet leverer administration og bogholderi til sådanne kunder. En række NOX-medlemmer var endvidere aldrig kunder hos Account.
- Account havde formelt og faktisk indflydelse på NOX' beslutninger: Account bestrider ikke, at Account formelt kunne have haft indflydelse på disse beslutninger i sin egenskab af medlem af Arbejdsgruppen. Account har dog ubestridt aldrig udøvet

stemmeret under Arbejdsgruppens møder og har derfor aldrig faktisk haft indflydelse på disse beslutninger.

For det andet har det ikke i sig selv nogen relevans for vurderingen af betingelserne for kartelfacilitering, om der har været en tæt forbindelse mellem Account og NOX. En eventuel tæt forbindelse mellem Account og NOX ville således ikke indebære, at Account nødvendigvis havde ydet et bidrag til et konkurrencebegrænsende mål med en given aftale eller vedtagelse i NOX (betingelse 1). Det indebærer heller ikke, at Account ville have haft hensigt til dette (betingelse 2).

Det bestrides derfor, at den angivelige tætte forbindelse mellem Account og NOX indebærer, at Account har ydet et relevant bidrag til Gentlemanaftalen.

7.3.2.3 Accounts bidrag til Gentlemanaftalen er helt bagatelagtig i sammenligning med de bidrag, som Tredjeparter tidligere er blevet holdt ansvarlig for

Accounts rolle i nærværende sag har været helt ubetydelig i sammenligning med de bidrag, som er blevet anset for kartelfacilitering i tidligere sager. Afgørelsen går således langt videre end tidligere praksis i forhold til at pålægge Tredjeparter ansvar for deres rolle i overtrædelser af konkurrencereglerne.

I Kommissionens og EU-Domstolens tidligere praksis er Tredjeparter blevet holdt ansvarlige for væsentlige og oplagt odiøse roller i overtrædelser af konkurrencereglerne. I støbt glas-sagen var hele Tredjepartens rolle at gennemføre den ulovlige informationsudveksling, herunder at overvåge, at kartellisterne overholdt aftalen om den ulovlige udveksling. Kommissionen udtalte, at Tredjeparten havde *"tilladt og bevidst bistaaet med gennemførelsen i praksis af de konkurrencebegrænsninger, der var selve formålet med aftalerne"*. I AC Treuhand I og II udarbejdede Tredjeparten falske dokumenter, lagde lokaler til kartelmøder i Zürich for at undgå Kommissionens inspektioner, overvågede karteldeltagerne for at sikre overholdelse af kartelaftalen m.v. Domstolen fandt som nævnt, at *"selve formålet"* med Tredjepartens bistand var at gennemføre konkurrencebegrænsningen, og Kommissionen fandt, at Tredjepartens rolle var *"essential/crucial"*. I ICAP udsendte Tredjeparten manipulerende nyhedsbreve for at påvirke banker til at ændre deres indmeldinger ud fra kartellets ønsker og manipulerede på anden vis ikke-kartellister. Retten udtalte i sagen, at der havde været *"klart mindre sandsynlighed for...succes"* uden Tredjepartens bidrag til overtrædelsen, og Kommissionen anså Tredjepartens rolle for *"of particular seriousness"*.

Til sammenligning har Account i denne sag ydet simpel, administrativ bistand til NOX. Account har taget referater, optrådt som ordstyrer, renskrevet og fremsendt dokumenter – alt sammen funktioner, der ligger inden for rammerne af almindelig sekretariatsbistand. Alle disse funktioner kunne have været ydet af en lang række andre aktører eller sågar af aftaleparterne selv, og Accounts rolle i NOX og Gentlemanaftalen kan derfor på ingen måde anses for central. I overensstemmelse med dette har NOX også selv vurderet, at Account *"ikke har været en in-*

tegreret del..." af NOX (se REKOM's besvarelse af spørgsmål fra Styrelsen, E 535).

Det er korrekt som anført i Afgørelsen, at Accounts rolle i nærværende sag har visse lighedspunkter med de relevante Tredjeparters roller i tidligere sager. Disse lighedspunkter vedrører dog alene de ikke-odiøse elementer af disse Tredjeparters bidrag (tage referater, fungere som ordstyrer, opbevare dokumenter m.v.) – og der findes ingen eksempler i praksis på, at Tredjeparter er blevet holdt ansvarlige udelukkende for den form for bidrag.

Vi bemærker også, at der både i AC Treuhand II og ICAP blev lagt vægt på, at de relevante Tredjeparter havde modtaget betaling for deres bidrag til overtrædelserne.

Account har derimod aldrig modtaget betaling for at bidrage til Gentlemanaftalen. Account har modtaget en månedlig betaling på ca. DKK 5-10.000 fra NOX for sin generelle administrative bistand (se oversigt over betalinger fra NOX til Account, E 549). Denne betaling har dog været uafhængig af et eventuelt bidrag til Gentlemanaftalen. Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen har endvidere ubestridt aldrig modtaget vederlag for deres arbejde i Arbejdsgruppen.

Når Accounts rolle i nærværende sag sammenholdes med de sager, hvor Kommissionen og EU-Domstolene helt undtagelsesvist har holdt Tredjeparter ansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne, fremgår det således klart, at Accounts adfærd i denne sag ikke er den form for "key role", som Kommissionen i AC Treuhand I-afgørelsen ændrede sin praksis med henblik på at sanktionere. I alle tidligere sager, hvor Tredjeparter er blevet holdt ansvarlige, har der været tale om meget væsentlige, helt målrettede og tydeligt odiøse bidrag fra Tredjeparten til en konkurrencebegrænsende aftale. Account har ydet praktisk hjælp med den daglige administration i en organisation med et legitimt og anerkendelsesværdigt formål.

Dette understøtter, at Accounts rolle i nærværende sag ikke har en sådan karakter, at den ifølge praksis kan anses for tilstrækkelig til at opfylde betingelsen om bidrag.

7.3.2.3.4 Accounts bidrag til Gentlemanaftalen har alene haft karakter af simpel sekretariatsbistand

På baggrund af det ovenstående gør Account gældende, at Accounts rolle i forhold til Gentlemanaftalen har bestået i helt sædvanlig administrativ bistand/sekretariatsbistand.

Dette understøttes af NOX' besvarelse til KFST af 2. oktober 2020 (E 533). I dette brev udtaler NOX selv til KFST, at Account efter NOX' vurdering "ikke har været en integreret del af det aktive selskabs drift og ledelse". Vi bemærker i den forbindelse, at Account ikke var repræsenteret i Arbejdsgruppen på det tidspunkt, hvor NOX afgav denne besvarelse, og at NOX' advokat i sagen ikke også repræsenterede Acco-

unt. NOX havde dermed ingen interesse i at friholde Account for ansvar.

Account gør gældende, at denne form for administrativ bistand og sekretariatsbistand ikke kan anses for at udgøre den form for væsentligt bidrag til Gentlemanaftalen, som ifølge Kommissionens og EU-Domstolens praksis er en nødvendig betingelse for at kunne holde en Tredjepart ansvarlig for en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Dette understreges af, at både Kommissionen og EU-Domstolene gentagne gange har fremhævet i deres afgørelser om ansvar for Tredjeparter, at der netop ikke kun var tale om almindelig sekretariatsbistand/administrativ bistand.

I AC Treuhand I-sagen udtalte Kommissionen f.eks. som følger i punkt 332 (M 388):

"As spelled out in recitals (95)ff and especially in recital (105), the tasks of AC Treuhand went clearly beyond those of a secretariat."

I AC Treuhand II-sagen udtalte Kommissionen som følger i punkt 381 (M 427):

"Such conduct can only be characterized as active participation and involvement conducive to, and facilitating, the anti-competitive arrangements and their implementation. In no circumstances, can such conduct be interpreted as AC Treuhand acting as a simple administrative and statistical secretariat."

Domstolen udtaler tilsvarende som følger i præmis 39 i AC Treuhand II-sagen (M 220):

"Under disse omstændigheder kan det i modsætning til det af AC-Treuhand anførte – selv om disse tjenesteydelseskontrakter formelt set blev indgået særskilt fra de forpligtelser, producenterne af varmestabilisatorer selv enedes om, og på trods af den omstændighed, at AC-Treuhand er en rådgivningsvirksomhed – ikke medgives, at selskabets handlinger i sig selv kun udgjorde perifere ydelser uden forbindelse med de forpligtelser, som producenterne påtog sig, og de begrænsninger af konkurrencen, der fulgte deraf." (vores understregning)

Både Kommissionen og Domstolen anser det således for relevant, om Tredjemandens bistand har karakter af sekretariatsbistand/perifere ydelser.

Account gør derfor på denne baggrund gældende, at betingelsen om bidrag ikke er opfyldt, da Account ikke har ydet et tilstrækkelig væsentligt bidrag til Gentlemanaftalen. Også derfor skal Afgørelsen ophæves, da Styrelsen således ikke med den fornødne sikkerhed har vist, at Account har overtrådt konkurrenceloven.

7.3.3 Betingelse 2: Account har ikke haft hensigt at bidrage til Gentlemanaftalen.

7.3.3.1 Indledning

Det er ubestridt en betingelse for at straffe en Tredjepart for kartelfacilitering, at den pågældende har haft til hensigt at bidrage til overtrædelsens konkurrencebegrænsende formål.

Praksis fra Domstolen viser, at en sådan hensigt enten kan påvises ved direkte beviser eller ved indirekte beviser (se afsnit 7.3.3.2).

Der foreligger ingen direkte beviser i sagen for, at Account har haft til hensigt at medvirke til en begrænsning af konkurrencen (se afsnit 7.3.3.3).

Der foreligger heller ingen indirekte beviser i sagen for, at Account har haft til hensigt at medvirke til en begrænsning af konkurrencen (se afsnit 7.3.3.4).

Derimod foreligger der indirekte beviser for, at Account ikke har haft en sådan hensigt (se afsnit 7.3.3.4.2).

Styrelsen har gjort gældende, at selve karakteren af Accounts angivelige bidrag til Gentlemanaftalen kan udgøre et sådant bevis. Dette bestrides (se afsnit 7.3.3.4.3).

Account gør på denne baggrund gældende, at det ikke er påvist, at betingelsen om hensigt er opfyldt, og at Account også af denne årsag ikke kan straffes for kartelfacilitering. Dette vil blive uddybet i det følgende.

7.3.3.2 Domstolens praksis viser, at hensigt til kartelfacilitering enten skal påvises ved direkte eller indirekte beviser

Hverken AC Treuhand I- eller AC Treuhand II-dommen opstiller nærmere kriterier for, hvornår en Tredjepart kan anses for at have haft til hensigt at bidrage til en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Det fremgår dog af AC Treuhand I-dommen, at Tredjepartens vilje til at bidrage til kartellet skal være kommet til udtryk på en måde, der gør det klart, at Tredjeparten har haft til hensigt at bidrage til kartellets konkurrencebegrænsende formål (se præmis 134, M 123-124):

”Den omstændighed, at en deltagende virksomhed gøres ansvarlig for hele overtrædelser, afhænger desuden af, om virksomhedens egen vilje er kommet til udtryk, hvilket godtgør, at virksomheden, eventuelt stiltiende, har tilsluttet sig kartellets formål...”

Account skal altså have givet udtryk for en vilje til at virkeliggøre Gentlemanaftalens konkurrencebegrænsende formål, for at Account som Tredjepart kan holdes ansvarlig for Gentlemanaftalen.

Kommissionen og EU-Domstolene har behandlet spørgsmålet om, hvordan hensigt kan påvises i konkurrencesager, i en række domme på misbrugsområdet.

I Qualcomm-sagen (AT.39711, M 479) har Kommissionen eksempelvis fastslået, at hensigt kan påvises ved hjælp af enten direkte eller indirekte beviser, og hvad sådanne indirekte beviser eksempelvis kan omfatte (se punkt 331, M 482):

"In the second place, the Union Courts have acknowledged that prices below average total costs ("ATC"), but above average variable costs ("AVC"), must be regarded as abusive, if they are part of a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them. The evidence the Commission may rely on in order to demonstrate the existence of an eliminatory intent may be direct or indirect. Direct evidence includes objective factors such as the dominant undertaking's internal documents, whereas indirect evidence may take the form of a series of important and convergent factors, such as, e.g., the duration, continuity and scale of below-cost sales." (vores understregning, fodnoter udeladt)

Afgørelsen er efterfølgende blevet opretholdt af Retten.

Som det fremgår af det ovenstående, skal der være tale om *"important and convergent factors"*, hvis hensigt skal påvises ved hjælp af indirekte beviser. Hvis de indirekte beviser er uklare eller indbyrdes modstridende, kan dette derfor ikke anses for tilstrækkeligt til at påvise hensigt.

Det kan dermed udledes af praksis, at Account kun kan straffes for kartelfacilitering, hvis det er påvist, at Account har haft til hensigt at bidrage til Gentlemanaftalens konkurrencebegrænsende formål, og at dette skal påvises enten ved direkte beviser eller ved *"important and convergent"* indirekte beviser.

7.3.3.3 Der foreligger ingen direkte beviser i sagen for, at Account har haft til hensigt at bidrage til en begrænsning af konkurrencen

Account gør gældende, at der ikke foreligger nogen form for direkte beviser i sagen for, at Account har haft til hensigt at bidrage til en begrænsning af konkurrencen på diskoteksmarkedet.

Det nærmeste på et direkte bevis, som Styrelsen har henvist til i sagen, er et notat fra Michael Schrøder (tidligere direktør i NOX) om NOX' historie (E 487). Ifølge Styrelsen fremgår det af dette notat, at NOX fra starten havde til hensigt at begrænse konkurrencen på diskoteksmarkedet. Ifølge Styrelsen må Account derfor også anses for fra start at have haft til hensigt at medvirke til en sådan begrænsning, selvom Account ikke selv er aktiv på diskoteksmarkedet.

Hertil skal det bemærkes, at notatet er skrevet i 2016, altså 11 år efter stiftelsen af NOX, og dermed er af begrænset værdi i forhold til at vise hensigterne med NOX-samarbejdet fra start. Under alle omstændigheder vedrører notatet endvidere kun NOX-medlemmernes hensigter

med selve Gentlemanaftalen, men ikke Accounts hensigt med sit bidrag til denne. Notatet er dermed uden relevans for Accounts hensigter.

7.3.3.4 Der foreligger ingen indirekte beviser for, at Account har haft hensigt at bidrage til en begrænsning af konkurrencen på diskoteksmarkedet

7.3.3.4.1 Accounts rolle i sagen har alene bestået i at yde administrativ bistand til et netværk med et legitimt og anerkendelsesværdigt formål

Accounts rolle i denne sag har som forklaret bestået i at yde administrativ bistand til NOX.

Bistanden er ydet på baggrund af samarbejdsaftalen mellem NOX og Account (E 497). Ved denne aftale har Account påtaget sig at yde administrativ bistand til NOX i form af selskabsregistrering, bogholderi, løbende rådgivning vedrørende administrative forhold, opbevaring af dokumenter m.v.

Der foreligger intet i sagen, der indikerer, at Account har ydet bistand i sagen, der går videre end det således aftalte. Styrelsen har således ikke påvist eksempler på, at Account har ydet bistand til Gentlemanaftalen (eller til NOX i øvrigt), der ligger uden for rammerne af den form for simpel, administrativ bistand, som samarbejdsaftalen vedrører.

NOX er som forklaret et frivilligt kædesamarbejde inden for restaurationsbranchen, som har legitime og anerkendelsesværdige formål om at drive udviklings- og uddannelsesaktiviteter for kædens medlemmer og sikre bedre indkøbsvilkår for medlemmerne ved at indgå fælles indkøbsaftaler. NOX' medlemmer er overordnet mindre erhvervsdrivende i en branche, der stiller store krav til virksomhedsejerne i form af brancheregulering, mediebevågenhed, håndtering af problemer i nattelivet m.v. – ud over de almindelige krav til at drive en virksomhed. Disse medlemmer har endvidere betydelige behov for bistand med at håndtere disse krav, da medlemmerne som forklaret ofte har et meget begrænset uddannelsesniveau m.v. NOX er navnlig oprettet for at hjælpe medlemmerne til at håndtere disse udfordringer og dermed bidrage til at forbedre forholdene i branchen.

Styrelsen anerkender også i Afgørelsen, at NOX-samarbejdet indebar fordele for medlemmerne i form af fælles indkøb, personaleuddannelse og kurser (se punkt 5, E 20). Styrelsen har heller ikke grebet ind over for NOX' øvrige aktiviteter (dvs. ud over Gentlemanaftalen), og NOX udøver stadig disse aktiviteter.

Det forhold, at Account har indgået en samarbejdsaftale med NOX og dermed påtaget sig at yde administrativ bistand til NOX, kan derfor ikke anses for et indirekte bevis på, at Account har haft til hensigt at bidrage til en overtrædelse af konkurrencereglerne. Account har haft til hensigt at yde administrativ bistand til en organisation med et overordnet positivt og anerkendelsesværdigt formål.

Dette gælder også, selvom Accounts arbejde for NOX i et ganske begrænset omfang kom til at vedrøre Gentlemanaftalen. Som forklaret blev Gentlemanaftalen kun drøftet få gange i NOX over den periode på 16 år, som sagen vedrører, og Account har alene udført opgaver relateret til Gentlemanaftalen i et yderst begrænset omfang og med karakter af simpel, administrativ bistand. Der er således ikke tale om, at Accounts arbejde for NOX i praksis viste sig primært eller i væsentlig grad at vedrøre en markedsdeling, eller at Account er blevet bedt om at udføre opgaver, der oplagt havde til formål at medvirke til en konkurrencebegrænsning. Tværtimod har Gentlemanaftalen fyldt utroligt lidt i NOX – og forsvindende lidt i Accounts arbejde for NOX.

Det gøres derfor gældende, at Accounts arbejde for NOX ikke kan anses for et indirekte bevis på, at Account har haft til hensigt at medvirke til en begrænsning af konkurrencen på diskoteksmarkedet.

7.3.3.4.2 Accounts manglende økonomiske interesse i Gentlemanaftalen udgør et indirekte bevis for, at Account ikke havde til hensigt at bidrage til aftalens konkurrencebegrænsende formål

Det gøres omvendt gældende, at der foreligger indirekte beviser i sagen på, at Account ikke havde til hensigt at bidrage til en begrænsning af konkurrencen.

Det fremgår af Rettens dom i Telia Sonera-sagen (C-52/09, M 169), at et fravær af kommerciel logik kan anvendes som indirekte bevis for virksomhedens hensigt. I dommen udtaler retten således, at hvis en virksomhed ikke har nogen økonomiske incitamenter for en given adfærd, kan dette udgøre indirekte bevis for, at virksomhedens hensigt med adfærden er at skade konkurrencen (se præmis 88, M 171):

”Desuden kan en sådan adfærd i et sådant tilfælde, såfremt der ikke foreligger nogen anden objektiv økonomisk begrundelse, kun forklares ved den dominerende virksomheds hensigt om at hæmme udviklingen af konkurrencen på det efterfølgende marked og styrke sin stilling eller endda at opnå en dominerende stilling herpå ved hjælp af andre midler end egne fortjenester.”

I nærværende sag vil det som forklaret ikke have nogen kommerciel logik for Account til at bidrage til en begrænsning af konkurrencen på diskoteksmarkedet. Account er som tjenesteyder til diskoteker o. lign. interesseret i flere og ikke færre diskoteker, og det kan derfor aldrig være i Accounts interesse at dele markedet mellem nogle få diskoteker og forhindre etableringen af flere diskoteker i samme by.

Tilsvarende er der ikke fremlagt nogen dokumentation i sagen for, at Account har opnået økonomisk vinding fra Gentlemanaftalen. Account har opnået en fast betaling fra NOX på DKK 5-10.000 for sin administrative bistand til NOX, som ikke har været afhængig eller betinget af, at Account skulle bidrage til Gentlemanaftalen. Det er ikke i øvrigt godtgjort, at Account på nogen måde har tjent penge på Gentlemanaftalen.

Account gør gældende, at dette i lyset af den ovennævnte praksis udgør et indirekte bevis for, at Account ikke har haft til hensigt at bidrage til Gentlemanaftalens konkurrencebegrænsende formål. Dette understøtter yderligere, at betingelsen om hensigt ikke er opfyldt, og at Account derfor ikke kan straffes for kartelfacilitering.

7.3.3.4.3 Det kan ikke udledes af Accounts bidrag i sagen, at Account har haft til hensigt at bidrage til Gentlemanaftalens konkurrencebegrænsende formål

Styrelsen har gjort gældende, at Accounts bidrag til Gentlemanaftalen i sig selv udgør et indirekte bevis for, at Account har haft til hensigt at bidrage til aftalens konkurrencebegrænsende formål. I Afgørelsen udtaler Styrelsen eksempelvis, at Accounts handlinger ikke kan forstås og forklares på anden vis. Dette bestrides.

Styrelsen har gjort gældende, at det fremgår af eksempelvis AC Treuhand I-dommen og ICAP-dommen, at hensigt i nogle tilfælde kan udledes af Tredjepartens bidrag til den relevante overtrædelse. Account bestrider ikke dette.

Som forklaret vedrørte både støbt glas-, AC Treuhand I-, AC Treuhand II- og ICAP-dommene dog tilfælde, hvor selve formålet med de relevante Tredjeparters bidrag var at realisere kartellets formål. I støbt glas-sagen var hele Tredjepartens rolle at gennemføre den ulovlige informationsudveksling, herunder at overvåge, at kartellisterne overholdt aftalen om den ulovlige udveksling. Kommissionen udtalte, at Tredjeparten havde *"tilladt og bevidst bistaaet med gennemførelsen i praksis af de konkurrencebegrænsninger, der var selve formålet med aftalerne"*. I AC Treuhand I og II udarbejdede Tredjeparten falske dokumenter, lagde lokaler til kartelmøder i Zürich for at undgå Kommissionen, overvågede karteldeltagerne for at sikre overholdelse af kartelaftalen m.v. Domstolen fandt som nævnt, at *"selve formålet"* med Tredjepartens bistand var at gennemføre konkurrencebegrænsningen, og Kommissionen fandt, at Tredjepartens rolle var *"essential/crucial"*. I ICAP udsendte Tredjeparten manipulerende nyhedsbreve for at påvirke banker til at ændre deres indmeldinger ud fra kartellets ønsker og manipulerede på anden vis ikke-kartellister. Retten udtalte i sagen, at der havde været *"klart mindre sandsynlighed for...succes"* uden Tredjepartens bidrag til overtrædelsen, og Kommissionen anså Tredjepartens rolle for *"of particular seriousness"*.

I sådanne tilfælde, hvor bidraget er så oplagt odiøst, er det nærliggende, at hensigten til at begrænse konkurrencen kan udledes af bidraget, da bidraget ikke kan forstås på anden vis.

Det fremgår dog også udtrykkeligt af alle domme vedrørende kartelfacilitering, at bidrag og hensigt er separate og kumulative betingelser. Hensigt kan derfor utvivlsomt ikke udledes af Tredjepartens bidrag i alle tilfælde. Dette må derimod afhænge af karakteren af Tredjepartens konkrete bidrag i sagen.

Account gør gældende, at Accounts bidrag i nærværende sag ikke har en sådan karakter, at det deraf kan udledes, at Account har haft til hen-

sigt at bidrage til en begrænsning af konkurrencen på diskoteksmarkedet.

Accounts bidrag i nærværende sag har som forklaret bestået i at yde helt almindelig sekretariatsbistand til et netværk af erhvervsdrivende med et legitimt og anerkendelsesværdigt formål. Bidraget har endvidere været af yderst begrænset omfang. Account har således kun ved ganske få lejligheder haft nogen form for berøring med Gentlemanaftalen, og når det er sket, har det kun været i forbindelse med simple sekretariatsopgaver som at nedfælde aftaler, fremsende dokumenter m.v.

Modsat den relevante adfærd i støbt glas-, AC Treuhand I-, AC Treuhand II- og ICAP-sagerne kan Accounts bidrag derfor oplagt forstås på anden vis end som udtryk for en hensigt om at begrænse konkurrencen. Accounts adfærd viser ikke andet og mere, end at Account har haft til hensigt at yde sædvanlig, administrativ bistand til et netværk af mindre erhvervsdrivende. Nærværende sag adskiller sig dermed væsentligt fra de tidligere sager om kartelfacilitering, hvor Tredjepartens hensigt er blevet udledt af Tredjepartens bidrag. Account gør derfor gældende, at der ikke er støtte i praksis for, at Accounts bidrag i nærværende sag er tilstrækkeligt til at dokumentere hensigt.

Hvis et sådant bidrag blev anset for tilstrækkeligt til at dokumentere hensigt, ville dette reelt gøre betingelsen om hensigt illusorisk, da et hvilket som helst bidrag dermed ville udgøre tilstrækkeligt bevis for opfyldelse af betingelsen om hensigt. Dette ville være i strid med EU-Domstolens praksis og kan ikke lægges til grund.

Styrelsen har ikke henvist til andre indirekte beviser for Accounts hensigt end karakteren af Accounts bidrag i sagen. Account gør derfor gældende, at Styrelsen heller ikke har dokumenteret ved indirekte beviser, at Account har haft til hensigt at bidrage til Gentlemanaftalens konkurrencebegrænsende formål. Tværtimod foreligger der som forklaret indirekte beviser på, at Account ikke har haft en sådan hensigt.

Betingelsen om hensigt er dermed ikke opfyldt. Også derfor er betingelserne for at straffe Account for kartelfacilitering ikke opfyldte, og Afgørelsen skal også derfor ophæves.

7.3.4 Accounts bidrag til Gentlemanaftalen har ikke årsagsforbindelse til en eventuel konkurrencebegrænsning på diskoteksmarkedet som følge af aftalen

Styrelsen har anført, at selvom der ifølge Styrelsen ikke gælder et krav om et væsentligt bidrag for at straffe en Tredjepart for kartelfacilitering, gælder der et krav om, at bidraget skal have årsagsforbindelse til den konkurrencebegrænsning, som overtrædelsen indebærer (se svarskriftets punkt 98, E 163).

Det er dog ikke afgørende for Accounts påstand i denne sag, om der gælder et selvstændigt krav om væsentlighed, eller om et sådant krav om væsentlighed følger af dette krav om årsagsforbindelse. Begge fortolkninger af Domstolens praksis fører til, at når en virksomhed har

spillet så perifer en rolle i en sag, som Account har i nærværende sag, kan virksomheden ikke straffes for kartelfacilitering.

Styrelsen henviser selv til præmis 154 i AC Treuhand I-dommen (M 126). Af denne præmis fremgår det, at hvis en Tredjepart skal holdes ansvarlig for et bidrag til en overtrædelse af konkurrencereglerne, skal der være en *"... tilstrækkelig konkret og afgørende årsagsforbindelse mellem denne aktivitet og konkurrencebegrænsningen..."*.

Som forklaret ovenfor har Accounts bidrag i nærværende sag været af helt ubetydelig karakter, navnlig i sammenligning med de bidrag, som er blevet fundet straffbare af EU-Domstolene og Kommissionen i tidligere sager om Tredjeparter. Bidraget har i alt væsentligt kun bestået af simpel, administrativ bistand.

Et sådant bidrag kan ikke anses for at have en *"konkret og afgørende årsagsforbindelse"* til den eventuelle konkurrencebegrænsning, som Gentlemanaftalen måtte have indebåret. Bidraget må derimod netop anses for den form for perifere ydelser, som AC Treuhand II-dommen fastslår, at en Tredjepart ikke kan holdes ansvarlig for.

Af alle de samme årsager som anført i afsnit 7.3.2 ovenfor vedrørende kravet om væsentlighed gøres det derfor tilsvarende gældende, at Accounts bidrag til Gentlemanaftalen ikke har en tilstrækkelig konkret og afgørende årsagsforbindelse til en eventuel konkurrencebegrænsning, som Gentlemanaftalen måtte have indebåret.

8 Account bør fritages fra bødestraf eller pålægges en væsentlig lavere bøde end påstået af Styrelsen

8.1 Indledning

Styrelsen har nedlagt påstand om, at Account skal pålægges en civil bøde på ikke under DKK 30 millioner i medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, eventuelt fratrukket et af retten fastsat beløb for formildende omstændigheder.

Som grundlag for bødepåstandens størrelse henviser Styrelsen i første række til retningslinjerne i konkurrencelovens § 23b, stk. 1. Ifølge denne bestemmelse skal der ved bødeudmålingen tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed samt koncernomsætningen hos den relevante virksomhed.

Styrelsen gør herefter gældende, at bøden ud fra principperne i forarbejderne til konkurrencelovens § 23b, stk. 1 skal fastsættes ud fra et grundbeløb på DKK 10 millioner, idet Styrelsen gør gældende, at Accounts påståede overtrædelse skal anses for en alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven. Styrelsen gør videre gældende, at dette beløb skal forøges med 155 % på grund af den påståede overtrædelses varighed og med yderligere DKK 4,5 millioner på grund af Accounts koncernomsætning.

Denne bødepåstand har ingen støtte i dansk retspraksis.

En bøde på DKK 30 millioner til Account ville være den største bøde, der nogensinde er blevet udstedt til en virksomhed for en overtrædelse af konkurrenceloven. Den hidtil største bøde blev i øvrigt vedtaget af virksomheden – dvs. ikke *udmålt* af retten. Den største bøde, som en dansk domstol nogensinde har udmålt til en virksomhed for en overtrædelse af konkurrenceloven, var på DKK 8 millioner og blev udstedt til to af deltagerne i en aftale om ulovlig priskoordinering, hvilket regnes for en af de alvorligste overtrædelser af konkurrenceloven.

Der er ingen holdepunkter for, at Account i nærværende sag skal pålægges en bøde næsten fire gange mere, end danske domstole nogensinde har pålagt for selv de alvorligste overtrædelser af konkurrenceloven. Dette gælder særligt, når:

- der alene er tale om en Tredjeparts facilitering af en overtrædelse
- Accounts rolle alene har bestået i at yde simpel, administrativ bistand
- den angivelige overtrædelse udgør en integreret del af et indkøbssamarbejde, som ifølge HGL har så betydelige konkurrencefremmende virkninger, at det som klart udgangspunkt ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.

Account gør gældende, at selv hvis retten måtte opretholde Afgørelsen, bør Account fritages for bødestraf eller subsidært pålægges en væsentlig lavere bøde end påstået af Styrelsen.

Account gør herunder gældende, at Account bør fritages fra bødestraf, da Account har befundet sig i en undskyldelig vildfarelse om, at Accounts adfærd kunne udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven (se afsnit 8.2).

Account gør subsidært gældende, at selv hvis retten måtte finde, at Account ikke skal fritages fra bøde, bør en eventuel bøde til Account være væsentlig lavere end påstået af Styrelsen (se afsnit 8.3). Dette følger såvel af danske domstoles praksis om bøder i konkurrencesager som af den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning. Der foreligger desuden en række formildende omstændigheder i sagen.

Endelig gør Account mere subsidært gældende, at en eventuel bøde til Account maksimalt kan udgøre et lavere beløb end påstået af Styrelsen (se afsnit 8.4). Account gør herunder gældende, at Styrelsens bødepåstand væsentligt overstiger Accounts betalingsevne, og at Account ikke skal anses for at indgå i samme koncern som ECIT i konkurrenceretlig forstand og derfor højest kan pålægges en bøde svarende til 10 % af Accounts egen årsomsætning.

Det ovenstående vil blive uddybet nedenfor.

8.2 Account bør fritages fra en eventuel bøde eller højest modtage en symbolsk bøde

8.2.1 Det udgør grundlag for strafbortfald eller en symbolsk bøde, hvis en virksomhed ikke med rimelighed kunne forventes at indse, at dens adfærd var i strid med konkurrencereglerne

Account gør gældende, at Account skal opnå strafbortfald for en eventuel bøde, fordi Account ikke med rimelighed kunne forventes at indse, at Accounts adfærd udgjorde en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Østre Landsret har for nylig fastslået, at en sådan vildfarelse udgør grundlag for strafbortfald, i den meget omtalte vejstribe-dom (dom af 2. februar 2024, M 1243).

I sagen havde to virksomheder indgået aftale om at afgive tilbud i fællesskab i forbindelse med et udbud, selvom virksomhederne kunne have afgivet bud hver for sig. Forud for Østre Landsrets dom havde Højesteret fastslået, at aftalen skulle anses for en aftale om ulovlig markedsdeling, som havde til formål at begrænse konkurrencen (se dom optrykt i U.2020.524H, M 1161). Østre Landsret fandt ligeledes, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, og fandt endda, at aftalen skulle anses for en kartelaftale af grov beskaffenhed. Til trods for dette fandt Østre Landsret, at straffen for overtrædelsen skulle bortfalde, herunder navnlig på grund af en undskyldelig retsvildfarelse hos de involverede virksomheder (se M 1258-1259).

Selvom der var tale om en kartelaftale af grov beskaffenhed, fandt Østre Landsret altså, at straffen skulle bortfalde af to årsager: (i) en undskyldelig retsvildfarelse hos de tiltalte om, at deres aftale ikke var i strid med konkurrenceloven/TEUF, og (ii) en lang sagsbehandlingstid.

Landsretten baserer sin vurdering af, at virksomhederne befandt sig i en undskyldelig vildfarelse, på to forhold: At virksomhederne havde indhentet juridisk rådgivning, hvor aftalen ikke var blevet vurderet at være i strid med konkurrencereglerne, og at Sø- og Handelsretten i sin forudgående afgørelse ikke havde fundet det bevist, at aftalen var i strid med konkurrencereglerne. Begge disse forhold må opfattes som udtryk for, at man med rimelighed kunne være i tvivl om, hvorvidt aftalen var i strid med konkurrencereglerne eller ej. Der er således ingen tvivl om, at forudgående advokatrådgivning og/eller en modsat afgørelse i en tidligere instans ikke i sig selv udgør grundlag for strafbortfald.

I samme retning følger det også af Kommissionens praksis, at bøden til en virksomhed for en overtrædelse af konkurrencereglerne kan fastsættes til et symbolsk beløb, hvis virksomheden ud fra den hidtidige praksis ikke kunne forventes at indse, at dens adfærd ville være i strid med konkurrencereglerne. Dette skete eksempelvis netop i AC Treuhand I-sagen, hvor AC Treuhand også kun blev idømt en symbolsk bøde på EUR 1.000 på grund af "*...the novelty of the approach*" (se Kommissionens pressemeddelelse, M 402) – altså fordi det var nyt, at en Tredjepart overhovedet kunne holdes ansvarlig for en overtrædelse af konkurrencereglerne.

8.2.2 Account kunne ikke med rimelighed forventes at indse, at Accounts adfærd ville udgøre en overtrædelse af konkurrencereglerne, og bør derfor opnå strafbortfald

8.2.2.1 Account bør opnå strafbortfald på baggrund af Østre Landsrets dom i vejstribesagen

Account gør gældende, at Account på baggrund af Østre Landsrets ovennævnte dom i vejstribesagen bør opnå strafbortfald for en eventuel bøde i nærværende sag i medfør af straffelovens § 83, jf. § 82, stk. 1, nr. 4.

Begge de forhold, som landsretten lægger vægt på i vejstribedommen som grundlag for at lade straffen bortfalde, gør sig også gældende i nærværende sag.

Account gør således gældende, at Account ikke med rimelighed kunne forventes at indse, at Accounts adfærd i nærværende sag kunne blive anset for ulovlig kartelfacilitering, og derfor har befundet sig i en undskyldelig vildfarelse.

Som forklaret i afsnit 7.3.2.3.3 ovenfor er der ingen eksempler i tidligere praksis på, at virksomheder er blevet straffet for kartelfacilitering på baggrund af adfærd, der på nogen måde kan sammenlignes med Accounts adfærd i nærværende sag. Alle tidligere afgørelser, hvor Tredjeparter er blevet holdt ansvarlige for deres bidrag til overtrædelser af konkurrencereglerne, vedrører tilfælde, hvor de pågældende Tredjeparter har ydet oplagt odiøse og meget væsentlige bidrag til de relevante overtrædelser. Der foreligger ingen eksempler på, at Tredjeparter er blevet straffet for kartelfacilitering på baggrund af bidrag, der i alt væsentligt består af at yde simpel, administrativ bistand til parterne i den relevante aftale. Der vil med andre ord være tale om en så betydelig udvidelse af praksis vedrørende Tredjeparters kartelfacilitering, at det ligesom i AC Treuhand I-sagen vil være nyt, at der rettes en afgørelse mod en virksomhed for en sådan adfærd.

Ligesom i vejstribesagen er nærværende sag også kendetegnet ved en lang sagsbehandlingstid, som ikke kan tilskrives Account.

Account modtog Styrelsens meddelelse om betænkeligheder i nærværende sag den 2. juli 2020. Derefter gik der mere end 3 år, inden Styrelsen traf Afgørelsen (hvilket er mere end tre gange så lang tid som i vejstribesagen), og der vil være gået mere end 4 år, inden der bliver truffet afgørelse om en eventuel bøde til Account. Dertil må forventes at komme yderligere 1-2 år eller derover, inden der er truffet afgørelse i en eventuel ankesag (idet Østre Landsrets dom i vejstribesagen også blev afsagt efter anke fra Københavns Byret).

Denne lange ventetid kan på ingen måde tilskrives Account. Account har overholdt alle frister fastsat af Styrelsen, har samarbejdet fuldt ud med Styrelsen og har ikke foretaget skridt i sagen, der har forhalet behandlingen af denne. Behandlingstiden i sagen bør derfor alene tilskrives Styrelsen.

Da de relevante forhold i nærværende sag fuldt ud er sammenlignelige med forholdene i vejstribesagen, bør Account derfor også på samme måde som virksomhederne i vejstribesagen opnå strafbortfald for en eventuel bøde.

8.2.2.2 Der foreligger ingen relevante forskelle mellem nærværende sag og vejstribesagen, som indebærer, at Account ikke bør opnå strafbortfald

8.2.2.2.1 Indledning

Styrelsen har gjort gældende, at forholdene i vejstribesagen ikke kan sammenlignes med forholdene i nærværende sag, og at Østre Landsrets dom i vejstribesagen derfor ikke kan overføres til nærværende sag og bevirke, at Account skal opnå strafbortfald for en eventuel bøde. Dette bestrides.

Til støtte for sit synspunkt henviser Styrelsen til fire forskelle mellem nærværende sag og vejstribesagen:

- Ifølge Styrelsen følger det klart af loven og af praksis, at Accounts adfærd er i strid med konkurrenceloven, mens dette ikke tidligere var fastslået i forhold til adfærden i vejstribesagen
- Virksomhederne i vejstribesagen havde modtaget forudgående rådgivning af en advokat med speciale i konkurrenceret
- Sø- og Handelsretten og Højesteret nåede frem til to forskellige resultater i vejstribesagen
- Sagshandlingstiden har ifølge Styrelsen ikke været ekstraordinært lang i nærværende sag

Der er imidlertid ingen af disse fire forhold, der i væsentlig grad adskiller vejstribesagen fra nærværende sag, hvilket vil blive forklaret i det følgende.

8.2.2.2.2 Lov og praksis er ikke mere klar ift. Accounts adfærd end i forhold til adfærden i vejstribesagen

Til støtte for, at Accounts adfærd i denne sag - i modsætning til adfærden i vejstribesagen - skulle være klart i strid med konkurrenceloven, henviser Styrelsen til, at det følger klart af lov og praksis, at aftaler om markedsdeling er i strid med konkurrenceloven.

Vejstribesagen vedrørte budkoordinering (se f.eks. Østre Landsrets dom i sagen, M 1252). Det fulgte mildt sagt også klart af lov og praksis på det relevante tidspunkt, at budkoordinering var i strid med konkurrenceloven. Budkoordinering var således forbudt, allerede inden konkurrenceloven overhovedet blev indført, i kraft af den daværende licitationslov.

Det udgør dermed ikke en relevant forskel på de to sager, at det er klart fastslået i lov og praksis, at den pågældende type af overtrædelse er i strid med konkurrenceloven.

Spørgsmålet var derimod i begge sager, om forbuddet mod den pågældende *type* af overtrædelse kunne udstrækkes til at omfatte den konkrete adfærd i sagen.

Her henviser Styrelsen til, at det følger af fast praksis, at en Tredjepart kan holdes medansvarlig for en overtrædelse, mens det ifølge Styrelsen ikke tidligere var blevet fastslået i praksis, at det kunne anses for budkoordinering, når to konkurrenter i et konsortium vælger at afgive fælles bud, selvom de kunne byde hver for sig.

Dette må også anses for ganske overraskende. Det var trods alt Styrelsen selv, der oprindeligt valgte at træffe afgørelse om, at parterne i vejstribsesagen havde overtrådt konkurrenceloven, og i sin afgørelse i sagen henviste Styrelsen til en lang række kilder, der ifølge Styrelsen viste, at det netop udgjorde en overtrædelse af konkurrenceloven, når to parter afgav fælles bud, selvom de kunne byde hver for sig, herunder (se punkt 374- 392 i afgørelse af 24. juni 2015, "Dansk Vejmarkerings Konsortium, M 1282-1286):

- Forarbejderne til selve konkurrenceloven
- HGL
- Styrelsens egen afgørelse af 30. april 2014, "Skive og Omegns Vognmandsforretnings tilbudskoordinering"
 - Styrelsen fremhæver, at en brancheforening i sagen havde afgivet et fælles bud, og at dette ifølge afgørelsen var ulovligt, fordi de deltagende vognmænd kunne byde hver for sig
- Styrelsens egne afgørelser i de såkaldte sko-sager
 - Styrelsens fremhæver, at flere ortopædiske håndskomagere i sagerne havde indgået konsortieaftaler og afgav fælles bud, og at dette ifølge afgørelsen var forbudt, fordi kriteriet om, at konsortiemedlemmerne enkeltvis ikke kunne løfte opgaven, ikke var opfyldt
- Kommissionens afgørelse i Eurotunnel-sagen
 - Styrelsen fremhæver, at det afgørende kriterium for et konsortiesamarbejdes lovlighed ifølge afgørelsen er, om de deltagende virksomheder hver især kan byde på opgaven
- Kommissionens afgørelser i sag 90/446/EOEF, "Konsortium ECR 900", og Kommissionens beslutning af 15. december 1994 i sag 94/895/EF, "International Private Satellite Partners36

- Styrelsen fremhæver, at det i disse afgørelser er gentaget, at det afgørende kriterium for et konsortiesamarbejdes lovlighed er, om deltagerne kan byde enkeltvis

Styrelsen skriver som følger i afgørelsens punkt 393 (M 1286):

"Sammenfattende er retsstillingen for konsortiesamarbejder den, at hvis en virksomhed er i stand til at afgive bud uden at gå sammen med andre i et konsortium, så skal virksomheden selv afgive bud på opgaven. I modsat fald vil et sådant konsortiesamarbejde føre til færre og/eller dyrere bud, hvilket begrænser konkurrencen. Disse konsortiesamarbejder udgør derfor en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler."

Se også afgørelsens punkt 746 og 758 (M 1289-1291), hvor Styrelsen skriver, at det ikke er afgørende for vurderingen af en aftale under konkurrenceloven, hvad man kalder aftalen, men hvad den reelt vedrører, og at konsortieaftalen i sagen reelt vedrørte fastsættelse af priser og opdeling af markeder mellem konkurrerende virksomheder.

På tidspunktet for Styrelsens afgørelse i vejstribesagen var det altså ikke Styrelsens holdning, at dette var en fuldstændig nyskabelse i forhold til praksis, som en virksomhed ikke med rimelighed kunne forudse.

I sin dom i sagen finder Højesteret også blot, at aftalen reelt gik ud på at eliminere konkurrencen mellem deltagerne, og at dette i sig selv medførte, at den havde til formål at begrænse konkurrencen (M 1168). Behandlingen af spørgsmålet om, hvorvidt konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, fylder ca. en side i Højesterets dom.

Som det fremgår af det ovenstående, var det altså i høj grad tidligere fastslået i praksis, at adfærd, der i vidt omfang kunne sammenlignes med den relevante adfærd i vejstribesagen, kunne være i strid med konkurrencereglerne. Det udgør derfor ikke som anført af Styrelsen en relevant forskel mellem vejstribesagen og nærværende sag, at der foreligger praksis, hvor Tredjeparter er blevet holdt medansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne.

Styrelsen har gjort gældende, at det omdiskuterede/uforudsigelige spørgsmål i vejstribesagen var, hvorvidt de relevante virksomheder kunne anses for konkurrenter. Styrelsen har dog ikke på nogen måde underbygget dette. Det fremgår desuden af Styrelsens egne udtalelser fra afgørelsen i vejstribesagen, at det i en lang række afgørelser var fastslået, at det var afgørende for vurderingen af en konsortieaftale, om virksomhederne i konsortiet var konkurrenter/hver især kunne byde på opgaven. Det kan derfor ikke i sig selv have været overraskende for virksomhederne i sagen, at de var i risiko for at blive straffet for en ulovlig adfærd ved at give bud sammen, hvis de blev anset for konkurrenter. Styrelsen har heller ikke henvist til praksis el.lign., der kunne have givet virksomhederne grund til at tro, at de *ikke* ville blive anset for konkurrenter.

Modsat dette forelå der i forhold til Account en række holdepunkter i praksis for, at Accounts adfærd *ikke* var ulovlig. Som forklaret var det

således i mange år udtrykkeligt fastslået i Kommissionens praksis, at Tredjemænd slet ikke kunne straffes for kartelfacilitering. Dette blev ændret med AC Treuhand I-dommen, men denne dom og alle efterfølgende afgørelser vedrørende kartelfacilitering har drejet sig om tilfælde, hvor den relevante Tredjepart har ydet et oplagt odiøst og meget væsentligt bidrag til overtrædelsen.

Den relevante praksis i forhold til nærværende sag viser altså, at Tredjemænd *kan* holdes ansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne (selvom dette ikke var givet, jf. Kommissionens tidlige praksis), men at kun meget væsentlige bidrag til overtrædelser er blevet anset for at udgøre tilstrækkeligt grundlag for dette. Der er derimod ingen eksempler i praksis på, at Tredjemænd er blevet holdt ansvarlige for adfærd svarende til Accounts bidrag til Gentlemanafhtalen i nærværende sag – dvs. at yde simpel, administrativ bistand til de hovedansvarlige i sagen.

Den relevante praksis om ansvar for Tredjeparter gør det derfor om noget mere undskyldeligt, at Account ikke har anset sin adfærd for problematisk i forhold til konkurrencereglerne, end tilfældet var i vejstribesagen.

Styrelsens anbringende om, at beslutningen om strafbortfald i vejstribesagen ikke kan overføres til nærværende sag, fordi lov og praksis var mindre klar i vejstribesagen, må derfor afvises.

8.2.2.2.3 Advokatrådgivningen og Sø- og Handelsrettens dom i vejstribe sagen er ikke afgørende

Det gøres gældende, at advokatrådgivningen og Sø- og Handelsrettens forudgående dom i vejstribesagen ikke udgør relevante forskelle til nærværende sag.

Det fremgår udtrykkeligt af Østre Landsrets dom i vejstribesagen, at den forudgående advokatrådgivning i sagen og Sø- og Handelsrettens dom, hvor adfærden blev fundet lovlig, alene er blevet inddraget i landsrettens vurdering til støtte for, at der forelå en undskyldelig vildfarelse (se M 1258). Dette er også oplagt, da advokatrådgivning - som det også er påpeget af Styrelsen - ikke diskulperer, og da en virksomhed i sagens natur heller ikke kan opnå strafbortfald i en efterfølgende instans, fordi den tidligere instans kom frem til et andet resultat end ankeinstansen.

Det afgørende var derimod, at det ud fra en samlet vurdering blev fundet godtgjort, at de tiltalte i sagen havde befundet sig i en undskyldelig vildfarelse. Account gør gældende, at dette også er godtgjort i nærværende sag

8.2.2.2.4 Sagsbehandlingstiden i nærværende sag er sammenlignelig med sagsbehandlingstiden i vejstribesagen

Styrelsen gør gældende, at sagsbehandlingstiden i nærværende sag ikke har været ekstraordinært lang - i modsætning til vejstribesagen. Til

støtte for dette anfører Styrelsen, at en sagsbehandlingstid på godt tre år er sædvanlig i konkurrencesager.

Sagsbehandlingstiden på tre år, som Styrelsen henviser til, er behandlingstiden hos Styrelsen – altså behandlingstiden fra 2. juli 2020, hvor Styrelsen udstedte en meddelelse om betænkeligheder i sagen, til 25. oktober 2023, hvor Styrelsen traf Afgørelsen (dvs. i alt mere end 39 måneder).

Til sammenligning gik der i vejstribesagen mindre end et år, fra Styrelsen foretog kontrolundersøgelser i sagen (den 19. august 2014 – se afgørelsens punkt 36, M 1279), til Styrelsen traf afgørelse i sagen (den 24. juni 2015). Det fremgår ikke af afgørelsen i sagen, hvornår der blev udstedt en meddelelse om betænkeligheder, men dette er givetvis sket efter kontrolundersøgelsen. Behandlingstiderne hos de efterfølgende instanser var heller ikke usædvanligt lange.

Når sagsbehandlingstiden i vejstribesagen kan anses for at være så lang, at dette kan udgøre grundlag for strafbortfald, gør Account gældende, at det samme så meget desto mere må gøre sig gældende i nærværende sag.

8.3 Praksis viser, at en eventuel bøde til Account bør være langt mindre end påstået af Styrelsen

8.3.1 Bødeniveauet for sammenlignelige eller endda mere alvorlige overtrædelser i dansk praksis ligger langt lavere end Styrelsens bødepåstand i denne sag

8.3.1.1 Der er ingen eksempler i praksis på, at virksomheder er blevet idømt bøder for overtrædelser af konkurrenceloven på niveau med Styrelsens påstand i nærværende sag.

Det er ubestridt mellem parterne, at en eventuel bøde til Account i nærværende sag skal udmåles ud fra de regler, der var gældende på tidspunktet for ophøret af den relevante adfærd, dvs. i 2020. De nye bødeberegningsregler, der er blevet indført ved ændringen af konkurrenceloven den 1. juli 2024, er altså ikke relevante.

Det følger af konkurrenceloven, at bøder for overtrædelser af konkurrenceloven navnlig skal fastsættes ud fra overtrædelsens grovhed og varighed samt virksomhedens koncernomsætning.

Der opstilles i forarbejderne til konkurrenceloven tre kategorier for grovheden af sådanne overtrædelser: Mindre alvorlige overtrædelser, alvorlige overtrædelser og meget alvorlige overtrædelser. For hver af disse kategorier fremgår det af forarbejderne, at der ved fastsættelsen af bøden kan tages udgangspunkt i et grundbeløb med en given størrelse for hver kategori. For mindre alvorlige overtrædelser er dette grundbeløb på op til DKK 4 millioner, for alvorlige overtrædelser er grundbeløbet på DKK 4 til 20 millioner, og for meget alvorlige overtrædelser er grundbeløbet på DKK 20 millioner og derover.

Det fremgår dog også udtrykkeligt af forarbejderne, at disse principper ikke er bindende for domstolene og kan fraviges i både op- og nedadgående retning ud fra de konkrete omstændigheder i den enkelte sag (se f.eks. lovforslag 116 af 9. december 2020, M 777).

Ud fra disse principper har danske domstole i en række sager taget stilling til, hvad bødeniveauet for overtrædelse af konkurrencereglerne bør være. Denne praksis viser, at selv hvis en eventuel bøde til Account ikke bør bortfalde eller være af symbolsk karakter, bør den være væsentlig lavere end påstået af Styrelsen.

Den mest relevante dom i forhold til fastlæggelsen af en eventuel bøde til Account er Sydkystens Automatikdommen fra 2020 (dom af 30. december 2020 fra Retten i Roskilde, M 1189). I denne dom fandt Retten i Roskilde, at to virksomheder havde indgået en ulovlig markedsdelingsaftale i strid med konkurrenceloven (M 1200-1201). Der var således tale om samme type af overtrædelse, som Account ifølge Afgørelsen er medansvarlig for, nemlig en markedsdelingsaftale mellem konkurrenter.

Retten fastsatte straffen for denne overtrædelse til en bøde på DKK 400.000 – altså ca. 1,3 % af den bøde, som Styrelsen har nedlagt påstand om i denne sag. Det fremgår af dommen, at bøden er fastsat på dette niveau ud fra en samlet vurdering af overtrædelsens grovhed og varighed og selskabets omsætning. I forhold til sidstnævnte fremgår det af dommen, at der er taget *hensyn* til omsætningen, men det fremgår ikke, at bøden skulle være nedsat til dette niveau som følge af reglen i konkurrencelovens § 23b, stk. 4 om, at bøden maksimalt kan udgøre 10 % af virksomhedens omsætning. Det fremgår også udtrykkeligt, at bøden ikke er nedsat af hensyn til modtagerens soliditet eller betalingsevne (M 1201).

Retten har således ikke været forhindret i at udmåle en højere bøde end DKK 400.000 ud fra regler om bødeloft el.lign. – retten har valgt at fastsætte bøden til dette beløb.

Til forskel fra nærværende sag vedrørte Sydkystens Automatik-sagen en overtrædelse af begrænset varighed. Selv hvis bøden fra Sydkystens Automatik-sagen forøges med 155 % på grund af varigheden, sådan som Styrelsen har gjort i opgørelsen af sin påstand i denne sag, vil dette dog stadig kun føre til en bøde på DKK 1,02 millioner.

Dommen fra Retten i Roskilde blev efterfølgende opretholdt af Østre Landsret (dom af 22. september 2021, se M 1213). I sin dom udtalte landsretten, at "De udmålte bødestrafte findes passende" (M 1218).

Account gør derfor gældende, at en eventuel bøde til Account i nærværende sag på baggrund af denne praksis som udgangspunkt ikke bør overstige DKK 1,02 millioner (inden der tages højde for de formildende omstændigheder i sagen, jf. afsnit 8.3.3 nedenfor).

Praksis viser endvidere, at der også i sager om andre typer af overtrædelser udmåles langt mindre bøder for de mest alvorlige typer af over-

trædelser af konkurrenceloven, end hvad Styrelsen har nedlagt påstand om i nærværende sag. Der kan herunder henvises til de følgende sager:

- Nivå VVS Teknik (dom af 7. juli 2021 fra Retten i Helsingør, M 1203): Retten udmålte i denne sag en bøde på kun DKK 50.000. Denne dom vedrørte tilbudskoordinering, som regnes for en af de mest alvorlige former for overtrædelser af konkurrenceloven. Retten fandt i overensstemmelse med dette, at der var tale om en "grov" overtrædelse af konkurrenceloven. Retten fandt, at der forelå formildende omstændigheder i sagen. Bøden blev dog ikke nedsat ud fra loftet på 10 % af omsætningen, manglende betalingssevne el.lign.
- CMP Nedrivning (dom af 8. februar 2019 fra Retten i Hillerød, M 1137): Retten udmålte en bøde på DKK 5 millioner for tilbudskoordinering. Retten fandt i sagen, at der hverken forelå skærpende eller formildende omstændigheder.
- Kingo Karlsen (dom af 4. april 2019 fra Retten i Roskilde, M 1145): Retten udmålte en bøde på DKK 4 millioner for tilbudskoordinering, ligeledes uden justering for formildende eller skærpende omstændigheder.
- Jorton (Østre Landsrets dom af 7. januar 2020, M 1173): Landsretten udmålte bøder på hhv. DKK 2 millioner og DKK 3 millioner for tilbudskoordinering. Retten fandt, at et af de omfattede forhold måtte anses for en mindre alvorlig overtrædelse – selvom der som nævnt var tale om tilbudskoordinering - idet forholdet kun vedrørte en enkeltstående budafgivelse af "relativt beskedent økonomisk omfang".
- HMN (dom af 21. april 2020 fra Retten i Glostrup, M 1233): Retten udmålte bøder på DKK 8 millioner til to virksomheder for priskoordinering (også en af de mest alvorlige former for overtrædelser af konkurrencereglerne). Dette var som nævnt den største bøde, en dansk domstol nogensinde har udmålt for en overtrædelse af konkurrenceloven. Retten lagde ved bødefastsættelsen vægt på, at priskoordineringen var sket i forbindelse med en aftale, der havde et gavnligt formål for slutkunderne, og at der var gået seks år fra overtrædelsen til dommen, hvilket ikke kunne tilregnes de tiltalte.

I alle disse domme må overtrædelsens grovhed anses for større end i nærværende sag. Alle disse domme drejer sig således om bøder til virksomheder, der selv har indgået konkurrencebegrænsende aftaler vedrørende deres egne markeder, hvor de er aktive, mens nærværende sag alene drejer sig om en Tredjeparts påståede facilitering af en overtrædelse – endda i form af et yderst begrænset bidrag til den påståede overtrædelse.

I nærværende sag er den eventuelle overtrædelse endvidere begået som led i et indkøbssamarbejde. Denne type af aftale anses som forklaret i afsnit 7.2.3.1 ovenfor som værende så konkurrencefremmende, at

Kommissionen i HGL har fastslået, at de som klart udgangspunkt ikke kan have til formål at begrænse konkurrencen. Selv hvis retten måtte finde, at Gentlemanaftalen til trods for dette *har* til formål at begrænse konkurrencen, bør dette forhold indgå med betydelig vægt ved vurderingen af aftalens grovhed i forbindelse med bødeudmålingen.

Det gøres derfor gældende, at selv hvis Retten måtte finde, at en eventuel bøde til Account skal overstige niveauet fra Sydkystens Automatiksagen, bør en sådan bøde fastsættes på et væsentlig lavere niveau end påstået af Styrelsen – selv inden der tages højde for, at der i nærværende sag foreligger en lang række formildende omstændigheder (se afsnit 8.3.3 nedenfor).

Styrelsen har henvist til, at Falck Danmark A/S indenretligt vedtog en bøde på DKK 30 millioner den 13. december 2019 (se retsbog af 13. december 2019, M 1171), og at Elindco Byggefirma A/S den 3. november 2014 vedtog en bøde på DKK 10 millioner kroner for tilbudskoordinering. Det skal dertil bemærkes, at bøderne i begge disse sager er vedtaget af de relevante virksomheder. De er således ikke udmålt og prøvet ved de danske domstole. De er derfor uden relevans i forhold til danske domstoles praksis om udmåling af bøder i sådanne sager.

8.3.1.2 En eventuel overtrædelse begået af Account i nærværende sag bør anses for mindre alvorlig ud fra Accounts rolle i sagen

Account gør i forlængelse af det ovenstående gældende, at en eventuel overtrædelse begået af Account bør anses for en *mindre alvorlig* overtrædelse af konkurrenceloven – og altså ikke en *alvorlig* overtrædelse som anført af Styrelsen.

Som det fremgår af afgørelserne gennemgået ovenfor, er det at indgå aftaler om markedsdeling, priskoordinering, tilbudskoordinering m.v. således blevet anset for at udgøre alvorlige overtrædelser, når der er tale om aftaler mellem virksomheder, der er aktive på de relevante markeder. I nogle tilfælde er sådanne aftaler endda blevet anset for mindre alvorlige overtrædelser (se f.eks. Jorton-dommen nævnt ovenfor).

Det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, at en overtrædelses grovhed blandt andet skal fastlægges ud fra den enkelte aktørs rolle i overtrædelsen (se lovforslag 172 af 20. februar 1997, M 746):

”For så vidt angår forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v., skal hver enkelt af de deltagende virksomheder vurderes for sig, således at der ved udmålingen af bøden tages hensyn til graden af deltagelse i aftalen og virksomhedens størrelse (omsætning).”

Accounts rolle i nærværende sag må oplagt anses for mindre alvorlig end rollerne hos de virksomheder, der modtog bøder i sagerne nævnt i afsnit 8.3.1.1 ovenfor, herunder da:

- Account er en Tredjepart og alene (angiveligt) har faciliteret og ikke deltaget i aftalen

- Accounts bidrag til den angivelige overtrædelse har været meget perifert og i alt væsentligt har haft karakter af almindelig sekretariatsbistand
- den angivelige konkurrencebegrænsende aftale udgør en integreret del af at konkurrencefremmende indkøbssamarbejde

Når overtrædelserne i de ovennævnte sager er blevet anset for alvorlige (eller endda mindre alvorlige i Jortonsagen), må en eventuel overtrædelse begået af Account derfor anses for mindre alvorlig. En eventuel bøde til Account i sagen bør derfor også være lavere end de bøder, som virksomhederne modtog i de pågældende sager.

Styrelsen har gjort gældende, at selv hvis Accounts rolle i sagen tages i betragtning, må den angivelige overtrædelse stadig anses for alvorlig, da Account ifølge Styrelsen har spillet en aktiv og central rolle i overtrædelserne.

Dette er som forklaret i afsnit 7.3.2.3 ovenfor ikke tilfældet. Styrelsen har kun dokumenteret ganske få konkrete bidrag fra Account til Gentlemanaftalen, og disse bidrag har i alt væsentligt haft karakter af simpel sekretariatsbistand. Dette kan ikke anses for mere alvorligt end selv at deltage i en markedsdeling, hvilket blev anset for at udgøre en mindre alvorlig overtrædelse i Jorton-dommen.

Styrelsen har endvidere anført, at bødeberegningsprincipperne i konkurrencelovens forarbejder er blevet ændret væsentligt efter 1997-konkurrenceloven.

Det fremgår dog ikke af forarbejderne til nogen af de efterfølgende ændringer af konkurrenceloven, at der ved disse ændringer er tilsigtet en fravigelse af dette princip, således at den enkelte aktørs rolle ikke længere har relevans for vurderingen af en overtrædelses grovhed. Der er derfor ikke grundlag for at antage, at dette forhold ikke længere har relevans.

8.3.1.3 Al bødepraksis påberåbt af Account er relevant for sagen

8.3.1.3.1 Indledning

Styrelsen har gjort gældende, at den praksis om bøder for overtrædelser af konkurrenceloven, som er gennemgået i afsnit 8.3.1.1 ovenfor, ikke er relevant for nærværende sag, herunder da:

- en del af afgørelserne til dels vedrører overtrædelser begået forud for 1. marts 2013, hvor der gjaldt andre bødeberegningsprincipper (se afsnit 8.3.1.4)
- bøderne i de omtalte afgørelser er efter fradrag for formildende omstændigheder (se afsnit 8.3.1.5)
- sagerne ikke er sammenlignelige, fordi der er tale om overtrædelser af kortere varighed (se afsnit 8.3.1.6)

Account gør gældende, at ingen af disse forhold bevirker, at afgørelserne er uden relevans for nærværende sag.

8.3.1.4 Al bødepraksis påberåbt af Account er helt eller delvist afgjort efter de nuværende bødeberegningsregler

Styrelsen har anført, at en del af de ovennævnte afgørelser vedr. bødeniveauet for overtrædelser af konkurrenceloven vedrører overtrædelser, hvor en del af den relevante periode ligger forud for 1. marts 2013, hvor bødeberegningsprincipperne var anderledes og mere lempelige end de nuværende.

For det første er der dog *ingen* af de pågældende afgørelser, der vedrører overtrædelser, der *udelukkende* ligger forud for 1. marts 2013.

Alle de pågældende afgørelser har derfor med sikkerhed præjudikatsværdi i forhold til nærværende sag. I de pågældende afgørelser er den del af overtrædelserne, der ligger *efter* 1. marts 2013, således blevet bedømt efter de nye principper, mens den del af overtrædelserne, der ligger *før* 1. marts 2013, er blevet bedømt efter de gamle principper. Afgørelserne kan dermed som minimum tjene til illustration af, hvad en bøde for den del af overtrædelserne, der ligger *efter* den 1. marts 2013, ville ligge på.

For det andet var det også inden 2013 tilfældet, at domstolene ikke var bundet af bødeberegningsprincipperne i konkurrencelovens forarbejder, og at domstolene kunne fravige disse principper i både op- og nedadgående retning. I overensstemmelse med dette fastsætter domstolene i alle disse domme bøden ud fra en samlet vurdering, hvor alle disse omstændigheder tages i betragtning. Se eksempelvis Østre Landsrets dom i Jortonsagen, s. 13-14 (*M 1185-1186*). En tilsvarende fremgangsmåde er blevet anvendt i alle de øvrige sager, som Account har henvist til.

Alle de pågældende domme kan dermed tjene til illustration af det bødeniveau, som danske domstole har fastsat i sager om overtrædelser af konkurrenceloven ud fra en samlet vurdering baseret på alle relevante forhold. Da bøder i sådanne sager også skal fastsættes ud fra en sådan samlet vurdering også efter ændringen af konkurrenceloven i 2013, er alle disse domme derfor også af den årsag relevante for fastsættelsen af en evt. bøde til Account.

For det tredje skal det bemærkes, at HMN-dommen og for Sydkystens Automatik-dommen udelukkende vedrører forhold, der ligger efter 1. marts 2013.

Account fastholder derfor, at de pågældende domme er relevante for fastlæggelsen af en eventuel bøde til Account.

8.3.1.5 Der er ikke grundlag for at antage, at bøderne i sagerne er påberåbt af Account er nedsat væsentligt ud fra formildende omstændigheder

Styrelsen har anført, at bøderne i de sager vedr. bødefastsættelse, som Account henviser til, er efter et eventuelt fradrag for formildende omstændigheder.

Der er dog ikke sket fradrag for formildende omstændigheder i størstedelen af de relevante domme. Dette gælder således for CMP Nedrivning-dommen, HMN-dommen, Kingo Karlsen-dommen, Jorton-dommen og Sydkystens Automatik-dommen.

Det er således alene Nivå VVS Teknik-dommen, hvor relevansen af bødestørrelsen kan være påvirket af, at der er blevet inddraget formildende omstændigheder.

Selv hvis det f.eks. antages, at bøden i denne sag er blevet nedsat med 90 % på grund af formildende omstændigheder, vil dette dog stadig pege på, at bødeniveauet i sådanne sager ligger væsentlig lavere end påstået af Styrelsen i nærværende sag. De involverede virksomheder modtog således bøder på DKK 50.000 i den pågældende sag, og dette ville i givet fald betyde, at virksomhederne i fravær af formildende omstændigheder ville have modtaget en bøde på DKK 500.000.

Det forhold, at bøderne i de omtalte sager er efter fradrag for eventuelle formildende omstændigheder, ændrer derfor ikke på, at de viser et væsentlig lavere bødeniveau end påstået af Styrelsen i nærværende sag.

8.3.1.6 Den relevante bødepraksis viser stadig et væsentlig lavere bødeniveau end påstået af Styrelsen i nærværende sag, selvom der korrigeres for varigheden af overtrædelserne

Styrelsen har anført, at en eventuel bøde til Account skal forøges med 155 % ud fra bødeberegningsprincipperne i konkurrencelovens forarbejder, og at sagerne påberåbt af Account derfor ikke er sammenlignelige, fordi der er tale om overtrædelser af en kortere varighed.

Som omtalt ovenfor er der dog ingen af dommene vedr. bødefastsættelse omtalt ovenfor, hvor domstolene rent faktisk beregner et grundbeløb og derefter forhøjer dette ud fra varigheden af den relevante overtrædelse. Varigheden af de relevante overtrædelser er indgået i den samlede vurdering, som domstolene har foretaget bødefastsættelsen ud fra. Det er derfor langt fra givet, at bøderne i de relevante sager ville være blevet forøget med 155 %, hvis de havde haft en varighed på 15,5 år, sådan som Styrelsen lægger op til.

Account bestrider ikke, at varigheden af de relevante overtrædelser har en vis relevans for værdien af de pågældende domme ift. nærværende sag. Selv hvis der korrigeres meget konservativt for dette forhold, ændrer dette dog ikke på, at de pågældende domme stadig viser et meget lavere bødeniveau end påstået af Styrelsen. Hvis bødeniveauerne i samtlige domme forøges med 155 % (hvilket vil være yderst konservativt, da der allerede er taget højde for overtrædelsernes varighed i afgørelserne), vil bøderne i samtlige sager således stadig ligge væsentlig lavere end i nærværende sag. Som forklaret ovenfor ville dette eksempel-

vis føre til en bøde på ca. DKK 1 million i Sydkystens Automatik-sagen, som er den mest relevante sag ift. nærværende sag.

Styrelsen har anført, at det er misvisende at korrigere på denne måde, da varigheden af en overtrædelse ifølge forarbejderne til konkurrence-loven skal indregnes, inden der tages højde for eventuelle formildende omstændigheder. Som forklaret ovenfor er det dog alene Nivå VVS Teknik-dommen, hvor denne betragtning har relevans, da der ikke er sket reduktion for formildende omstændigheder i nogen af de andre domme.

Det fastholdes derfor, at disse domme viser et væsentlig lavere bødeniveau end påstået af Styrelsen i nærværende sag, selv når der tages højde for forskellen på varigheden af de respektive overtrædelser.

8.3.2 De hovedansvarlige i sagen har modtaget yderst begrænsede bøder, og Styrelsens bødepåstand er derfor i strid med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning

Det gøres gældende, at en eventuel bøde til Account bør være væsentlig lavere end Styrelsens bødepåstand som følge af den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning.

Styrelsen har i forhold til alle de hovedansvarlige i sagen (diskotekerne) valgt at lukke sagen med udenretlige bødeforlæg. I alt 20 virksomheder har vedtaget udenretlige bødeforlæg i sagen. Den største af bøderne til disse 20 virksomheder været på DKK 278.000 til virksomheden Skum ApS (se bødevedtagelsen i sagen, E 655). De øvrige bøder har ligget under dette beløb, og den mindste af bøderne har været på DKK 28.000 til virksomheden Buddy Holly, Skagen ApS (se bødevedtagelsen i sagen, E 657).

Det fremgår af pressemeddelelsen fra KFST vedrørende disse bødevedtagelser (E 1297), at størrelsen på bøderne skyldes reglen i konkurrence-lovens § 23 b, stk. 4, ifølge hvilken en bøde for overtrædelse af konkurrenceloven maksimalt kan udgøre 10 % af koncernomsætningen i det foregående regnskabsår for den relevante virksomhed.

Anvendelsen af dette bødeloft har ført til, at bøderne til disse 20 virksomheder har været særdeles lempelige. Alle 20 bøder blev således vedtaget i november og december 2021. Loftet er derfor opgjort ud fra virksomhedernes årsregnskaber for 2020. Da alle 20 virksomheder er aktive inden for restaurationsbranchen, har denne periode i sagens natur været præget af usædvanligt lav omsætning, da restauranter og diskoteker i størstedelen af 2020 har været helt eller delvist nedlukket på grund af COVID-19. Når bøderne til disse virksomheder er blevet reduceret til 10 % af virksomhedernes omsætning for dette regnskabsår, har virksomhederne dermed modtaget væsentlig lavere bøder, end hvis omsætningen for et repræsentativt regnskabsår var blevet anvendt. Dette er ikke bestridt af Styrelsen.

Hvis Styrelsen ikke havde ønsket at udstede ekstraordinært lave bøder til disse 20 virksomheder, kunne Styrelsen have valgt at anvende en

anden regnskabsperiode end corona-året 2020 ved opgørelsen af virksomhedernes omsætning.

Dette følger af § 1, stk. 2 i Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 1286 af 26. november 2019 om beregning af omsætning i konkurrenceloven ("omsætningsbekendtgørelsen", M 723). Denne bekendtgørelse er udstedt i medfør af konkurrencelovens § 7, stk. 6 og § 12, stk. 4 og fastlægger principper for opgørelse af virksomheders omsætning til brug for konkurrenceloven. § 1, stk. 2 i bekendtgørelsen fastslår, at hvis der foreligger "ekstraordinære omstændigheder", kan en virksomheds omsætning opgøres ud fra en anden periode end det seneste regnskabsår (M 724):

"Stk. 2. En deltagende virksomheds omsætning, jf. konkurrencelovens § 12, stk. 1, opgøres på grundlag af det senest reviderede årsregnskab, jf. dog §§ 6-8, for en 12-måneders periode. Under ekstraordinære omstændigheder kan andet regnskabsmateriale eller anden regnskabsperiode anvendes."

Coronanedlukningen må oplagt anses for "ekstraordinære omstændigheder", særligt i forhold til virksomheder inden for restaurations- og natklubsbranchen. I medfør af denne bestemmelse kunne Styrelsen derfor oplagt have valgt at anvende en anden regnskabsperiode end 2020.

Når Styrelsen har valgt ikke at gøre dette, må dette reelt opfattes som udtryk for, at Styrelsen har udstedt symbolske bøder til disse virksomheder og/eller reduceret bøderne kraftigt ud fra formildende omstændigheder. Det fremgår således af bødeforlæggene, at de 20 virksomheder ifølge Styrelsen har begået meget alvorlige eller som minimum alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne. Ifølge de bødeberegningsprincipper, som Styrelsen selv angiver at følge, skulle disse virksomheder derfor som udgangspunkt modtage bøder fastsat ud fra et grundbeløb på minimum DKK 4 millioner. Når Styrelsen kunne have fastsat bøder på dette niveau ved at vælge et andet referenceår, men i stedet har valgt at fastsætte bøderne til mellem 7 % og 0,7 % af dette grundbeløb, må Styrelsen derfor have vurderet, at der forelå et grundlag for at reducere bødernes størrelse meget kraftigt i forhold til udgangspunktet.

Det følger af den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, at når Styrelsen således har udstedt symbolske og/eller kraftigt reducerede bøder til 20 ud af 21 af de involverede virksomheder i sagen, er Styrelsen er forpligtet til at gøre det samme i forhold til Account, hvis ikke der foreligger en saglig begrundelse for det modsatte.

Styrelsen er en offentlig myndighed og er derfor underlagt almindelige forvaltningsretlige principper, herunder den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning. Det følger af denne grundsætning, at hvis forholdene i forskellige sager i det væsentlige er ens, skal sagerne behandles ens. Der skal således foreligge en saglig begrundelse, hvis en myndighed skal nå til to forskellige resultater i to forskellige sager.

Dette er eksempelvis fastslået i Vestre Landsrets dom af 15. oktober 2007 i sag B1138-05, Poul Henning Jensen mod Eltra amba (M 1125). I

denne sag fandt landsretten, at en jordejer var berettiget til ekspropriationserstatning beregnet efter samme principper som de øvrige berørte jordejere i forbindelse med et kabellægningsprojekt, når ikke der forelå en saglig begrundelse for det modsatte. Se i samme retning Østre Landsrets dom i sag U.2008.70Ø (M 1129), hvor landsretten opretholdt en tidligere dom fra Færøernes Ret om, at når der forelå en fast praksis hos en myndighed, kunne denne praksis ikke fraviges til skade for en borger uden en saglig begrundelse. Se også Højesterets dom i sag U.2000.1969H (M 1121), hvor et påbud blev anset for ugyldigt, fordi forholdet uden saglig begrundelse var blevet bedømt anderledes end i tilsvarende sager.

Der foreligger i nærværende sag ingen saglig begrundelse for, at Styrelsen kan træffe en mindre lempelig afgørelse i sagen i forhold til Account end i forhold til de øvrige 20 involverede virksomheder i sagen. Tværtimod er de øvrige 20 virksomheder hovedansvarlige for overtrædelser, hvorimod Account alene (angiveligt) har faciliteret overtrædelser.

Når Styrelsen har udstedt symbolske og/eller kraftigt reducerede bøder til de 20 øvrige involverede virksomheder i sagen – og dermed etableret en fast praksis om dette – følger det derfor af den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, at Styrelsen ikke kan fravige denne praksis til skade for Account.

8.3.3 En eventuel bøde til Account bør reduceres væsentligt på grund af formildende omstændigheder

8.3.3.1 Indledning

Hvis retten måtte finde, at Account skal pålægges en bøde som påstået af Styrelsen, foreligger der en lang række formildende omstændigheder, som taler for, at en eventuel bøde til Account som følge af overtrædelser bør reduceres væsentligt.

Disse omstændigheder vil blive gennemgået i det følgende.

8.3.3.2 Omstændighed 1: Undskyldelig uvidenhed

Som forklaret i afsnit 8.2.2 ovenfor foreligger der ingen tidligere afgørelser, hvor Tredjeparter er blevet holdt ansvarlige for at have ydet bidrag til overtrædelser af konkurrencereglerne, hvor bidraget på nogen måde kan sammenlignes med Accounts bidrag til NOX og Gentlemanaftalen i nærværende sag.

Allerede derfor bør en eventuel bøde til Account reduceres betydeligt. Som forklaret i afsnit 8.2 ovenfor har virksomheder i tidligere sager opnået strafforfald eller modtaget symbolske bøder, når de ud fra den hidtidige praksis ikke med rimelighed kunne forventes at indse, at deres adfærd ville være i strid med de relevante regler. Ligesom i AC Treuhand I-sagen og vejstribsesagen vil det være en nyskabelse, hvis en virksomhed kan sanktioneres for en rolle af den art, som Account har spillet i nærværende sag. Dette bør derfor som minimum tillægges

vægt som en betydelig formildende omstændighed ved bødeudmålingen.

I overensstemmelse med dette anerkender Styrelsen også i Afgørelsens punkt 3 (E 20), at der ikke foreligger fast dansk praksis om bødeudmålingen i tilfælde som nærværende sag. Dette viser, at det ikke kan anses for påregneligt for Account, at denne adfærd ville kunne føre til en bøde.

Det ovenstående understøttes af straffelovens § 82, stk. 4, som også foreskriver, at det skal indgå som en formildende omstændighed ved straffastsættelse, at gerningsmanden har handlet i undskyldelig uvidenhed om de relevante retsregler.

Styrelsen gør gældende, at Account ikke har befundet sig i en undskyldelig uvidenhed, der skal indgå som formildende omstændighed ved udmålingen af en eventuel bøde. Til støtte for dette henviser Styrelsen til følgende:

- At der foreligger retspraksis, som fastslår, at markedsdelingsaftaler kan udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven, og at Tredjeparter kan holdes medansvarlige for sådanne overtrædelser
- At Account har ydet et aktivt og centralt bidrag til den angivelige overtrædelse i nærværende sag
- At der lå særlige omstændigheder til grund for den symbolske bøde i AC Treuhand I-sagen
- At fraværet af bødepraksis om sanktionering for kartelfacilitering i Danmark ikke er relevant som formildende omstændighed

I forhold til Styrelsens anbringende om, at der foreligger retspraksis, henviser Account til afsnit 7.3.2.3.3 ovenfor. Som det fremgår af dette afsnit, foreligger der ikke retspraksis, der viser, at Accounts adfærd i sagen kunne forventes at udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven.

I forhold til anbringendet om, at Account har ydet et aktivt og centralt bidrag, henvises til afsnit 7.3.2.3 ovenfor, hvor Account har forklaret, at dette ikke var tilfældet.

I forhold til anbringendet om, at der lå særlige omstændigheder til grund for den symbolske bøde i AC Treuhand I-sagen, gøres det gældende, at disse omstændigheder også foreligger i nærværende sag. AC Treuhand modtog en symbolsk bøde, fordi det til en vis grad var nyt, at en virksomhed blev holdt ansvarlig for at have spillet den relevante form for rolle i en overtrædelse ("... addressing a decision to an undertaking and/or association of undertakings having a role of this kind in a cartel is to a certain extent a novelty"⁴⁰). Det vil tilsvarende være nyt (som minimum "to a certain extent"), hvis en virksomhed bliver holdt ansvarlig for den form for rolle, som Account har spillet i forhold til Gentlemanaftalen.

I forholdet til anbringendet om fraværet af bødepraksis i Danmark skal det bemærkes, at når der ikke foreligger bødepraksis om sanktionering af Tredjeparter i Danmark, skyldes dette i sagens natur, at der slet ikke foreligger praksis om sanktionering af Tredjeparter i Danmark. Det er dette fravær af relevant praksis, der understøtter, at Account har befundet sig i en undskyldelig uvidenhed om en eventuel overtrædelse.

Det fastholdes derfor, at det skal indgå som formildende omstændighed ved udmålingen af en eventuel bøde, at Account har befundet sig i en undskyldelig vildfarelse om ulovligheden af den relevante adfærd.

8.3.3.3 Omstændighed 2: Passiv rolle

Som forklaret har Account spillet en yderst begrænset rolle i sagen, idet Account alene har ydet simpel, administrativ bistand til NOX.

Account må derfor anses for at have spillet en passiv rolle i forhold til Gentlemanaftalen, herunder også da Account ikke har taget initiativ til aftalen, gjort tiltag for at udvide dennes anvendelsesområde eller på anden måde tilskyndet eller forstærket den eventuelle overtrædelse. Dette skal ifølge konkurrencelovens § 23b, stk. 3(1) anses for en formildende omstændighed.

8.3.3.4 Omstændighed 3: Aktiv medvirken til sagens efterforskning

Account har fra starten medvirket fuldt ud til Styrelsens efterforskning af sagen. Account har besvaret alle spørgsmål fra Styrelsen og stillet alt materiale til rådighed for Styrelsen, som Styrelsen har anset for at have relevans for efterforskningen.

Account har således medvirket til sagens opklaring, hvilket ifølge konkurrencelovens § 23b, stk. 3(4) skal anses for en formildende omstændighed.

8.3.3.5 Omstændighed 4: Gentlemanaftalen er ikke blevet efterlevet

Gentlemanaftalen, som nærværende sag drejer sig om, er i praksis ikke blevet efterlevet.

Dette gælder i sagens natur for det første for Account selv. Account driver ikke virksomhed på det marked, som aftalen vedrører, og har derfor i sagens natur ikke efterlevet aftalen.

Aftalen er dog heller ikke i praksis blevet efterlevet af medlemmerne i NOX. Der har således været en lang række af byer, hvor der samtidig har ligget flere diskoteker ejet af NOX-medlemmer. Gentlemanaftalen har således ikke forhindret medlemmer af NOX i at åbne diskoteker i de samme byer. Omvendt foreligger der ingen eksempler i sagen på, at diskoteker/NOX-medlemmer er blevet forhindret i at åbne et diskotek som følge af Gentlemanaftalen.

Hverken Account selv eller NOX-medlemmerne har således i praksis efterlevet Gentlemanaftalen. Dette skal ifølge konkurrencelovens § 23b, stk. 1(2) anses for en formildende omstændighed.

Styrelsen bestrider, at Gentlemanaftalen ikke er blevet efterlevet. Styrelsen har dog ikke fremlagt nogen form for dokumentation eller fremført nogen form for argumentation til støtte for, at Gentlemanaftalen skulle være blevet efterlevet.

Det fastholdes derfor, at det skal indgå som formildende omstændighed ved udmålingen af en eventuel bøde, at Gentlemanaftalen ikke er blevet efterlevet.

8.3.3.6 Omstændighed 5: Ingen vinding for Account

Da Account ikke har været aktiv på det marked, som Gentlemanaftalen vedrører, har Account ikke opnået nogen vinding som følge af Gentlemanaftalen. Den eventuelle begrænsning af konkurrencen på diskoteksmarkedet, som Gentlemanaftalen har medført, er således på ingen måde kommet Account til gode.

Account har endvidere aldrig modtaget betaling for at bidrage til Gentlemanaftalen. Account har modtaget en månedlig betaling på ca. DKK 5-10.000 fra NOX for sin generelle administrative bistand, og det har på ingen måde været forudsat i aftalen mellem Account og NOX, at Account til gengæld for denne betaling skulle bidrage til Gentlemanaftalen. Account har endvidere ubestridt aldrig modtaget betaling for Flemming Snefrups og Ivan Nielsens arbejde i Arbejdsgruppen.

Account har dermed ikke haft nogen økonomisk vinding som følge af Gentlemanaftalen - eller i hvert fald højst en yderst begrænset vinding, selv hvis NOX' betalinger til Account for generel administrativ bistand anses for en sådan vinding. Dette bør også anses for en formildende omstændighed.

8.3.3.7 Omstændighed 6: Lang sagsbehandlingstid

Account modtog Styrelsens meddelelse om betænkeligheder i nærværende sag den 2. juli 2020. Derefter gik der mere end 3 år, inden Styrelsen traf Afgørelsen, og der er på nuværende tidspunkt gået næsten 4 år og må forventes at gå yderligere 1-2 år, inden der er truffet endelig afgørelse om en eventuel bøde til Account (inklusive ankebehandling).

Denne lange sagsbehandlingstid kan på ingen måde tilskrives Account. Account har overholdt alle frister fastsat af Styrelsen, har samarbejdet fuldt ud med Styrelsen og har ikke foretaget skridt i sagen, der har forhalet behandlingen af denne. Behandlingstiden i sagen bør derfor alene tilskrives Styrelsen.

Denne lange sagsbehandlingstid bør ligeledes indgå som en formildende omstændighed i sagen, jf. også straffelovens § 82, stk. 2. Dette understøttes også af den ovennævnte dom i vejstribe-sagen, hvor der bl.a. på baggrund af en lang sagsbehandlingstid blev givet strafbortfald, selvom

Styrelsens sagsbehandlingstid i den sag var mindre end en tredjedel af Styrelsens sagsbehandlingstid i nærværende sag.

8.4 En eventuel bøde til Account kan under alle omstændigheder maksimalt udgøre et lavere beløb end påstået af Styrelsen

8.4.1 En eventuel bøde til Account bør maksimalt svare til Accounts betalingsevne

Account gør gældende, at en eventuel bøde til Account skal nedsættes på grund af manglende betalingsevne.

Det er fastslået i praksis, at bøder for overtrædelse af konkurrenceloven kan blive nedsat på grund af manglende betalingsevne hos bødemodtageren. Dette er eksempelvis sket i sagen mod Landsforeningen af privatdrevne campingpladser i Danmark, DK-CAMP, i sagen mod Team DS og i sagen mod Fredensborg VVS-Teknik.

Det fremgår ligeledes af forslaget til den seneste ændring af konkurrenceloven, at der i dag er mulighed for at nedsætte en bøde til en virksomhed på grund af manglende betalingsevne ud fra principperne i straffelovens § 51, stk. 3 (se lovforslag 121 af 28. februar 2024, M 800):

“Efter en konkret vurdering vil der i overensstemmelse med hidtidig praksis og med inspiration fra straffelovens § 51, stk. 3, undtagelsesvis kunne tages hensyn til en virksomheds m.v. betalingsevne ved fastsættelse af en civil bøde...” (vores understregning)

Det fremgår af samme lovforslag, at virksomheden skal fremlægge “... tilstrækkelig og troværdig dokumentation for den manglende betalingsevne, f.eks. i form af en revisorerklæring eller lignende fornøden og uafhængig dokumentation” (se M 800), for at der kan ske bødenedsættelse på baggrund af manglende betalingsevne.

Account har på denne baggrund indhentet en revisorerklæring fra Martinsen Statsautoriseret Revisionspartnerselskab vedrørende Accounts betalingsevne (se E 835).

I erklæringen giver Martinsen Statsautoriseret Revisionspartnerselskab deres vurdering af, hvor stort et beløb Account vil være i stand til at betale og fortsat have evnen til at fortsætte sin drift. Erklæringen er afgivet med en høj grad af sikkerhed og specifikt til brug for vurderingen af, om betingelserne for bødenedsættelse som følge af manglende betalingsevne som beskrevet i forarbejderne til konkurrencelovens § 23b er opfyldte. Erklæringen er desuden afgivet under overholdelse af kravene til uafhængighed og andre etiske krav i International Ethics Standards Board for Accountants’ internationale retningslinjer for revisorers etiske adfærd og under overholdelse af de tilsvarende etiske krav gældende i Danmark (se E 836).

Martinsen Statsautoriseret Revisionspartnerselskab opgør i erklæringen Accounts betalingsevne og konkluderer på den baggrund som følger (se E 836):

"Det er vores opfattelse, at den opgjorte betalingsevne på 3.869.915 kr. svarer til, hvad ECIT Account A/S er i stand til at betale og fortsat have evnen til at fortsætte driften i en alt andet lige situation."

Det er således dokumenteret, at Account ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis en eventuel bøde til Account overstiger DKK 3.869.915. Dokumentation opfylder kravene som beskrevet i konkurrencelovens forarbejder, idet der er tale om en troværdig og uafhængig revisorerklæring.

Account gør derfor det gældende, at en eventuel bøde under alle omstændigheder bør nedsættes til højst DKK 3.869.915.

8.4.2 Account udgør ikke en økonomisk enhed med resten af ECIT-gruppen, og en eventuel bøde bør derfor være væsentlig lavere end påstået af Styrelsen

8.4.2.1 Indledning

Styrelsen har beregnet sin bødepåstand under den forudsætning, at Account indgår i en koncern med ECIT i konkurrencelovens forstand.

Styrelsen gør på denne baggrund gældende, at en eventuel bøde til Account bør forhøjes med DKK 4,5 millioner ud fra koncernomsætningen i ECIT. Styrelsen gør desuden gældende, at en eventuel bøde til Account ikke skal nedsættes som følge af reglen i konkurrencelovens § 23 b, stk. 4 om, at bøden højst kan udgøre 10 % af virksomhedens koncernomsætning.

Som uddybet nedenfor gør Account gældende, at Account ikke indgår i en koncern med ECIT i konkurrencelovens forstand (se afsnit 8.4.2). En eventuel bøde til Account kan derfor ikke udgøre mere end 10 % af Accounts egen årsomsætning (se afsnit 8.4.2.5.1), og der er ikke grundlag for at forøge en eventuel bøde til Account på baggrund af Accounts egen årsomsætning (se afsnit 8.4.2.5.2).

8.4.2.2 Konkurrencelovens koncernbegreb skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis

8.4.2.2.1 Indledning

Det fremgår af en lang række af retskilder, at koncernbegrebet i konkurrenceloven skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis.

Dette følger således for det første af det forhold, at konkurrenceloven i sin helhed ifølge konkurrencelovens forarbejder og ifølge fast praksis skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten, herunder Domstolens praksis (se afsnit 8.4.2.2.2).

Det samme følger for det andet af konkurrencelovens øvrige bestemmelser. Ud over i § 23 b anvendes koncernbegrebet i en række sammenhænge i konkurrenceloven, og i alle disse sammenhænge skal kon-

cernbegrebet utvivlsomt fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis. Det samme må derfor være tilfældet i forhold til konkurrencelovens § 23 b (se afsnit 8.4.2.2.3).

Endelig følger det samme for det tredje af ECN+-direktivet (direktiv 2019/1, M 681). Reglerne i konkurrenceloven om civile bøder implementerer dette direktiv, og det følger af direktivet, at bøder i nationale konkurrencesager skal udmåles ud fra det EU-retlige koncernbegreb (se afsnit 8.4.2.2.4).

Account gør på den baggrund gældende, at konkurrencelovens koncernbegreb skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis, herunder også konkurrencelovens § 23 b. Dette vil blive uddybet i det følgende.

8.4.2.2.2 Konkurrenceloven skal i sin helhed fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis

Det følger af forarbejderne til konkurrenceloven, at konkurrenceloven i sin helhed skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis (se M 735-736):

”Der foreslås - i lighed med Konkurrencelovsudvalgets lovudkast - indført et generelt forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, samordnet praksis mellem virksomheder samt vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder... Bestemmelsen ligger således på linie med artikel 85 i EF-Traktaten, og Europa-Kommissionens og EF-Domstolens praksis vil derfor være vejledende ved fortolkningen af denne bestemmelse”

Det samme følger af fast praksis.

Styrelsen har gjort gældende, at kun dele af konkurrenceloven skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis, og at dette ikke gør sig gældende for konkurrencelovens § 23 b. Styrelsen gør i den forbindelse gældende, at citatet ovenfor kun vedrører konkurrencelovens § 6 og derfor kun er relevant for denne bestemmelse.

Det fremgår imidlertid af en lang række kilder, at citatet er udtryk for et generelt princip, der finder anvendelse på konkurrenceloven i sin helhed.

Fra litteraturen kan eksempelvis henvises til ”Konkurrenceretten” af Christian Bergqvist, hvor der udtales som følger om fortolkningen af konkurrenceloven (se M 1313):

”Praksis fra EU-Kommissionen og fællesskabsdomstolene er umiddelbart anvendelig i dansk praksis og normerer retshåndhævelsen direkte.”

Fra Styrelsens egen praksis kan f.eks. henvises til Styrelsens afgørelse i Witt Hvidevarer-sagen, hvor Styrelsen udtaler som følger (se M 1266):

"Dansk konkurrenceret fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten. Dansk konkurrenceret er da også på linie med EU-retten for så vidt angår hindring af parallelhandel."

Styrelsen har også udgivet flere vejledninger om konkurrencereglerne, hvor det udtales, at disse generelt fortolkes i overensstemmelse med EU-retten. I Styrelsens egen vejledning om konkurrenceloven fra 2019 skriver Styrelsen eksempelvis som følger (se M 804):

"EU-traktatens artikel 101 og 102 indeholder et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og et forbud mod misbrug af dominerende stilling. Forbuddene svarer til konkurrencelovens forbud i § 6 og § 11, og de danske konkurrenceregler fortolkes i overensstemmelse med EU-traktaten og praksis fra EU-Domstolen." (vores understregning)

Styrelsen har gjort gældende, at koncernbegrebet i konkurrencelovens § 23 b alene skal fortolkes ud fra omsætningsbekendtgørelsen. Styrelsen har dog så sent som i juni 2023 selv udgivet en vejledning, der specifikt vedrører omsætningsbekendtgørelsen. I denne vejledning udtaler Styrelsen udtrykkeligt, at omsætningsbekendtgørelsens regler skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis (se M 812):

"Omsætningen efter konkurrenceloven beregnes som overvejende hovedregel efter de samme regler som i fusionsforordningen, og de danske regler fortolkes i overensstemmelse med Kommissionens jurisdiktionsmeddelelse samt praksis fra Kommissionen og Den Europæiske Unions Domstol (Retten og Domstolen). Der gælder dog særlige danske regler for beregning af visse finansielle virksomheders omsætning." (vores understregning)

Det fremgår af det ovenstående, at både konkurrenceloven generelt og omsætningsbekendtgørelsens regler specifikt skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis. Koncernbegrebet i konkurrenceloven skal derfor også fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis, herunder konkurrencelovens § 23 b.

8.4.2.2.3 Konkurrencelovens øvrige bestemmelser viser, at konkurrencelovens koncernbegreb skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis om økonomisk enhed

Begrebet "koncern" anvendes flere andre steder i konkurrenceloven end i § 23 b om civile bøder, herunder navnlig i § 5 om koncerninterne aftaler og i § 23 h om ansøgninger vedr. straflempelse. I § 23 a anvendes begrebet "økonomisk enhed" endvidere direkte.

Alle andre steder i konkurrenceloven end § 23 b, hvor koncernbegrebet anvendes, følger det direkte af forarbejderne til konkurrenceloven og/eller bestemmelseernes ordlyd, at begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis.

Det fremgår af forarbejderne til § 5, at "*Bestemmelsen forudsættes administreret i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten for så vidt angår koncernforhold*" (se M 739).

Af forarbejderne til § 23 h fremgår det ligeledes, at koncernbegrebet skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis (se M 789):

"Bestemmelsen skal ligesom efter gældende ret fortolkes ud fra det konkurrenceretlige koncernbegreb og bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997 om aftaler m.v. inden for samme virksomhed eller koncern. Fortolkningen af denne bestemmelse vil ligeledes ske på baggrund af EU-konkurrenceretten." (vores understregning)

I § 23 a om moderselskabsansvar fremgår det som nævnt direkte af bestemmelsens ordlyd, at Domstolens praksis vedr. koncernforhold skal anvendes.

Når det i alle andre sammenhænge end lige netop i § 23 b fremgår udtrykkeligt, at konkurrencelovens koncernbegreb skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis, må begrebet forstås på samme måde i § 23 b. Det kan således ikke lægges til grund, at lovgiver har ønsket at tillægge ordet "koncern" forskellige betydninger i hhv. § 5, § 23 b og § 23 h, hvis ikke det fremgår udtrykkeligt af lov eller forarbejder, at dette er tilfældet.

Hvis § 23 b blev fortolket på denne måde, ville dette endvidere føre til højest uhensigtsmæssige resultater, hvor en virksomhed i nogle sammenhænge ville blive behandlet som en del af en koncern og i andre sammenhænge *ikke* blev behandlet som en del af en koncern inden for rammerne af samme konkurrencesag.

En sådan fortolkning ville eksempelvis indebære, at en aftale mellem en virksomhed og dens søsterselskab kunne blive anset for at være i strid med konkurrenceloven, fordi virksomheden ikke blev anset for en del af samme koncern som søsterselskabet i forhold til § 5 (fortolket efter Domstolens praksis) og derfor ikke kunne nyde godt af fritagelsen for koncerninterne aftaler. Ved udmålingen af bøde til virksomheden efter § 23 b (fortolket efter omsætningsbekendtgørelsen) *kunne* virksomheden så til gengæld blive anset for en del af samme koncern som søsterselskabet og dermed blive pålagt en langt større bøde, end hvis den ikke indgik i koncernen. Samtidig ville moderselskabet ikke kunne hæfte for bøden efter § 23 a (fortolket efter Domstolens praksis), da virksomheden *ikke* ville blive anset for en del af moderselskabets koncern efter denne bestemmelse.

Resultatet ville dermed blive, at virksomheden ville blive anset for at have overtrådt konkurrenceloven, fordi den ikke var en del af en koncern, men blev straffet som en del af en koncern, men dog hæftede selvstændigt, som om den ikke var en del af en koncern. En sådan total mangel på konsistens i behandlingen af virksomheder inden for samme lov kan ikke i fravær af udtrykkelige holdepunkter anses for tilsigtet.

Styrelsens fortolkning, hvor begrebet "koncern" har forskellige betydninger i konkurrencelovens forskellige bestemmelser, må derfor afvises, og koncernbegrebet må i stedet fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis i hele konkurrenceloven.

8.4.2.2.4 Det fremgår af ECN+-direktivet, at det EU-retlige virksomhedsbegreb skal anvendes ved implementering af direktivet

Bestemmelserne om civile bøder i konkurrenceloven implementerer ubestridt ECN+-direktivet.

Det fremgår af præamblen til dette direktiv, at der skal kunne pålægges administrative bøder af de nationale konkurrencemyndigheder og/eller bøder i ikkestrafferetlige retssager efter anmodning herom (f.eks. civile bøder som i nærværende sag). Det fremgår i den forbindelse også af præamblen, at når der pålægges sådanne bøder, skal bøderne fastsættes i forhold til de berørte virksomheders eller virksomhedssammenslutningers omsætning på verdensplan (se betragtning 42 og 43 i præambelen, M 688).

Det fremgår endvidere af præamblen, at begrebet "virksomhed" i denne forbindelse bør forstås i overensstemmelse med Domstolens praksis – dvs. som en økonomisk enhed (se betragtning 46 i præambelen, M 689).

Det fremgår således af præamblen, at bøder skal beregnes på baggrund af *virksomhedens* omsætning, og at *virksomhed* skal forstås i overensstemmelse med Domstolens praksis – dvs. som en økonomisk enhed. Formålet med dette er ifølge præamblen bl.a. at sikre en ensartet anvendelse af konkurrencereglerne i medlemsstaterne.

Se også artikel 13, stk. 5 i selve direktivet (M 700), der fastslår, at medlemsstaterne skal sikre, at virksomhedsbegrebet anvendes i forbindelse med pålæggelse af bøder til modervirksomheder.

Account gør derfor gældende, at det følger af ECN+-direktivet, at begrebet "økonomisk enhed" skal anvendes ved opgørelsen af koncernomsætning i forbindelse med udmåling af bøder efter konkurrenceloven.

8.4.2.3 Ifølge Domstolens praksis skal et moderselskab udøve bestemmende indflydelse over sit datterselskab for at indgå i samme koncern som denne

Som forklaret ovenfor skal konkurrencelovens koncernbegreb fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis om, hvornår to (eller flere) virksomheder udgør en økonomisk enhed.

Domstolen har fastslået, at et moder- og et datterselskab skal anses for at indgå i samme økonomiske enhed, hvis moderselskabet udøver bestemmende indflydelse på datterselskabet. Dette anses for at være tilfældet, hvis datterselskabet ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet. Dette fremgår eksempelvis af Rettens dom i sag T-64/06, "FL Schmidt" (se præmis 28, M 943):

"... the conduct of a subsidiary may be imputed to the parent company in particular where, although having a separate legal personality, that sub-

subsidiary does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company, having regard in particular to the economic, organisational and legal links between those two legal entities. The fact that a parent company and its subsidiary constitute a single undertaking within the meaning of Article 81 EC enables the Commission to address a decision imposing fines to the parent company, without having to establish the personal involvement of the latter in the infringement..." (vores understregning, henvisninger udeladt)

Hvis et moderselskab har en ejerandel på 100 % i datterselskabet, gælder der en afkræftelig formodning for, at moderselskabet faktisk udøver bestemmende indflydelse over datterselskabet og dermed udgør en økonomisk enhed med dette (se f.eks. præmis 29 i samme dom, M 943).

Hvis moderselskabet derimod har en ejerandel på mindre end 100 % af datterselskabet, gælder der ikke en sådan formodning – heller ikke selvom moderselskabet er majoritetssejer i datterselskabet. I så fald skal det påvises, at datterselskabet ikke rent faktisk bestemmer sin adfærd på markedet frit, men i stedet følger moderselskabets instrukser.

Dette fremgår således også af FL Schmidt-dommen. I denne dom havde det relevante moderselskab i en del af overtrædelsesperioden en ejerandel på 60 % i datterselskabet. Retten fandt, at under sådanne omstændigheder kunne moder- og datterselskabet kun anses for en del af samme økonomiske enhed, hvis det konkret kunne påvises, at moderselskabet rent faktisk havde udøvet bestemmende indflydelse over datterselskabet i perioden (se dommens præmis 36-39, M 944):

"The applicant affirms that it was not in sole control of Trioplast Wittenheim during 1991, as it had only a 60% shareholding. Since it did not hold 100% of the equity in its subsidiary, it cannot be presumed that it actually exercised control. Since the company holding the remaining 40% of the shares had significant interests in that subsidiary and Trioplast Wittenheim had to be run in the interests of all of its shareholders, it cannot be assumed that the applicant and Trioplast Wittenheim constituted an economic unit during that period.

...

The applicant rightly observes, however, that the exercise of such control cannot be presumed since, with a 40% shareholding, the former owner was also able to exercise influence over the conduct of Trioplast Wittenheim. In those circumstances, it was for the Commission to show (i) that Trioplast Wittenheim did not determine its commercial conduct independently and (ii) that that lack of independence, supposing it to be established, was explained by the decisive influence unilaterally exerted by the applicant over its subsidiary." (vores understregning)

Det er i denne forbindelse som klart udgangspunkt ikke tilstrækkeligt, at moderselskabet kan udøve bestemmende indflydelse – moderselskabet skal rent faktisk have udøvet en sådan indflydelse. Dette fremgår

eksempelvis udtrykkeligt af Rettens dom i sag T-76/08, "El du Pont" (se præmis 60, M 930):

"In order to be able to impute the conduct of a subsidiary to a parent company, the Commission cannot merely find that the parent company is in a position to exercise decisive influence over the conduct of its subsidiary, but must also check whether that influence was actually exercised." (henvisninger udeladt)

Den bestemmende indflydelse skal vedrøre datterselskabets adfærd på markedet (jf. citatet ovenfor). Retten opsummerede de relevante adfærdselementer som følger i LG Electronics-dommen (se præmis 37-38, M 988):

" Thus, the Court of Justice has stipulated that, in order to determine whether a parent company exercises a decisive influence over its subsidiary's conduct on the market, account must be taken of all the relevant factors relating to the economic, organisational and legal links which tie the subsidiary to the parent company, which may vary from case to case and cannot therefore be set out in an exhaustive list..."

Moreover, in the case-law, the analysis of the existence of a single economic entity among a number of companies forming part of a group has involved consideration of the question whether the parent company had influenced the pricing policy of its subsidiary, production and distribution activities, sales objectives, gross margins, sales costs, cash-flow, stocks and marketing..." (vores understregning, henvisninger udeladt)

I den ovennævnte FL Schmidt-dom fremhævede Retten, at navnlig datterselskabets daglige drift er afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet udøver en bestemmende indflydelse over datterselskabet (se dommens præmis 45-46, M 945):

" Finally and above all, the Court notes that the Commission does not dispute that the day-to-day management of the subsidiary was among the responsibilities of the subsidiary's managing director. The applicant has explained that Mr L., a representative of the Saint-Gobain group, had retained the post of managing director throughout 1991.

In those circumstances, the Commission has not established to the required legal standard that the applicant exercised actual control over Trioplast Wittenheim throughout the year 1991. The second plea must therefore be accepted in so far as it concerns the imputability of the infringement to the applicant for the period from 31 December 1990 to 31 December 1991."

Det følger således af Domstolens praksis, at hvis et moderselskab ejer mindre end 100 % af kapitalen i et datterselskab, kan moderselskabet og datterselskabet kun anses for en økonomisk enhed, hvis moderselskabet i praksis udøver bestemmende indflydelse over datterselskabets adfærd på markedet, herunder navnlig i forhold til datterselskabets daglige drift.

Styrelsen har gjort gældende, at alle økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem moder- og datterselskabet skal inddrages ved vurderingen af, om moderselskabet faktisk udøver afgørende indflydelse på datterselskabet. Styrelsen gør på den baggrund gældende, at det ikke er et krav, at moderselskabet er involveret i datterselskabets daglige drift, for at der kan foreligge afgørende indflydelse. Styrelsen henviser til støtte for dette navnlig til Rettens dom i sag T-104/13, Toshiba mod Kommissionen (M 997), og til Rettens dom i sag T-827/14, Deutsche Telekom (M 1019).

Account bestrider ikke, at der skal tages højde for alle økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem moder- og datterselskabet.

Det fremgår dog utvetydigt af samtlige sager vedr. spørgsmålet, at det afgørende kriterium for afgørende indflydelse er, om datterselskabet ikke selvstændigt fastlægger sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet. Dette fremgår også af de sager, som Styrelsen har citeret ift. spørgsmålet om økonomisk enhed, herunder Toshiba-sagen.

Det fremgår ligeledes utvetydigt af praksis, at konkurrencemyndigheden for at påvise en økonomisk enhed mellem to selskaber har bevisbyrden for, at moderselskabet ikke blot kunne udøve afgørende indflydelse, men også faktisk *udøvede* afgørende indflydelse på datterselskabet. Dette fremgår eksempelvis af den ovennævnte Toshiba-dom:

“Det skal ligeledes bemærkes, at for at kunne pålægge et moderselskab ansvaret for et datterselskabs adfærd, kan Kommissionen ikke indskrænke sig til at fastslå, at moderselskabet var i stand til at udøve en afgørende indflydelse på sit datterselskabs adfærd, men den skal ligeledes undersøge, om denne indflydelse faktisk er blevet udøvet... Det påhviler principielt Kommissionen at påvise, at der har foreligget en sådan afgørende indflydelse, på grundlag af alle de faktiske omstændigheder”. (vores understregning, praksishenvisninger udeladt)

Selvom der skal tages hensyn til alle økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem moder- og datterselskabet, betyder dette således ikke, at hvis der foreligger sådanne forbindelser, udgør de to selskaber en økonomisk enhed. Det skal påvises, at disse forbindelser indebærer, at moderselskabet ikke blot kan udøve afgørende indflydelse på datterselskabet, men også rent faktisk udøver en sådan indflydelse – og det er konkurrencemyndigheden, der har bevisbyrden for dette.

Styrelsen har gjort gældende, at det endda kan være tilstrækkeligt til at opfylde kriteriet om afgørende indflydelse, at moderselskabet kan udøve denne indflydelse.

Styrelsen har dog kun citeret et eksempel på en sag, hvor afgørende indflydelse er udledt alene af selve moderselskabets beføjelser, nemlig den ovennævnte Toshiba-sag. I denne sag var der tale om, at to moderselskaber besad en veto i forhold til en lang række væsentlige forhold i datterselskabet, herunder bl.a. datterselskabets driftsplan og budget.

Retten konkluderede, at når moderselskaberne besad en sådan vetoet, skulle de nødvendigvis komme til enighed om disse forhold, og derfor kunne det udledes, at de faktisk traf beslutninger om disse forhold i datterselskabet – også selvom beslutningen var ikke at udøve vetoet (se dommens præmis 111-112, M 1003).

I Domstolens senere opretholdelse af dommen bekræfter Domstolen denne forståelse – at når et moderselskab har en sådan vetoet, må den nødvendigvis få forelagt beslutninger om de relevante forhold, og selv hvis den derefter vælger ikke at nedlægge veto, har den effektivt stadig truffet beslutning om det pågældende forhold (se dommens præmis 73, M 1016). Domstolen konkluderede også i sagen, at det fulgte af aftalerne mellem moderselskaberne, at disse skulle kontrollere datterselskabet i fællesskab, og at det på den baggrund med rimelighed kunne konkluderes, at de faktisk udøvede en sådan kontrol (se dommens præmis 51, M 1013).

Det gøres derfor gældende, at ECIT og Account kun kan anses for en økonomisk enhed, hvis Styrelsen kan påvise, at Account ikke selvstændigt fastlægger sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra ECIT. Det er i den forbindelse ikke tilstrækkeligt, at ECIT *kan* udøve en sådan indflydelse, medmindre Styrelsen kan påvise, at ECIT's beføjelser i sig selv fører til, at ECIT faktisk *udøver* en sådan indflydelse.

8.4.2.4 ECIT har ikke udøvet bestemmende indflydelse over Account

8.4.2.4.1 ECIT kan ikke udøve bestemmende indflydelse over Account

ECIT investerede i Account i 2018. ECIT opnåede ved investeringen en ejerandel på 60 % og har efterfølgende opkøbt yderligere andele i Account, således at ECIT i dag ejer 70 % af Account. De resterende 30 % ejes af partnerne i Account.

I forbindelse med ECIT's investering i Account i 2018 blev der indgået en ejeraftale mellem ECIT og minoritetsaktionærerne i Account (dvs. partnerne i Account). Ejeraftalen er blevet revideret flere gange efterfølgende.

Ejeraftalen er udformet i overensstemmelse med ECIT's særlige investeringskoncept, som indebærer, at selvom ECIT bliver majoritetsejer i en virksomhed, holder ECIT armslængde til den daglige drift i selskabet, der i stedet overlades til de lokale ejere i selskabet (se nærmere om dette i afsnit 8.4.2.4.2 nedenfor). Ejeraftalen indeholder derfor bestemmelser, som indebærer, at ECIT ikke *kan* udøve bestemmende indflydelse over Accounts adfærd på markedet og navnlig Accounts daglige drift.

Det fremgår således af punkt 5.3 i ejeraftalen, at aktionærerne skal holde armslængde til selskabets drift (se E 677):

"Aksjonærene skal holde «armlengdes avstand» til Selskapets drift og vil således ikke medvirke til å gjennomføre beslutninger som reduserer eller

begrenser Selskapets lønnsomme vækst, med mindre det er flertall i Selskapets styre for en slik beslutning."

Enhver beslutning, der kan reducere Accounts lønnsomme vækst, kan således kun træffes, hvis der er flertal for dette i Accounts egen bestyrelse. Dette må anses for at omfatte enhver beslutning, der vedrører Accounts adfærd på markedet og daglige drift.

Ifølge ejeraftalens punkt 4.1 (E 675) består bestyrelsen i Account af fire medlemmer. ECIT har ret til at udpege to af disse medlemmer, herunder formanden, og minoritetsaktionærerne i Account har ret til at udpege de resterende to.

Det fremgår af samme punkt, at formandens stemme er afgørende i tilfælde af stemmelighed. ECIT kunne dermed principielt træffe beslutninger vedrørende Accounts adfærd på markedet og daglige drift til trods for det ovennævnte punkt 5.3. ECIT har dog i praksis aldrig udpeget mere end ét ud af fire af medlemmerne i Accounts bestyrelse. Som det fremgår af punkt 4.2 i ejeraftalen (E 675), består bestyrelsen i Account på nuværende tidspunkt af formand Klaus Jensen, Ivan Nielsen, Jesper Tving Therkildsen og Martin Brøgger. Af disse er kun Klaus Jensen udpeget af ECIT, mens de tre øvrige er udpeget af Account. Bestyrelsen i Account har haft denne sammensætning lige siden ECIT's investering i 2018.

De ovennævnte bestemmelser har indgået i ejeraftalen lige siden investeringen i 2018 (se den oprindelige ejeraftale s. 3-4, E 589-590). I den oprindelige ejeraftale var kravet om armslængde endda strengere, således at ECIT kun kunne træffe beslutninger med betydning for Accounts lønnsomme vækst, hvis der var $\frac{3}{4}$ flertal for dette i bestyrelsen.

ECIT har derfor på intet tidspunkt haft et flertal i bestyrelsen og har derfor i kraft af kravet om armslængde i ejeraftalen på intet tidspunkt kunnet træffe beslutninger vedrørende Accounts adfærd på markedet.

Det gøres derfor gældende, at ECIT på intet tidspunkt har haft mulighed for at udøve bestemmende indflydelse på Accounts adfærd på markedet. Allerede derfor kan Account og ECIT ikke anses for at udgøre en økonomisk enhed som defineret i Domstolens praksis.

8.4.2.4.2 ECIT har i praksis ikke udøvet bestemmende indflydelse over Account

8.4.2.4.2.1 ECIT har som led i sin investeringsstrategi holdt armslængde til Account

Det er en meget central del af ECIT's investeringsstrategi, at ECIT holder armslængde til den daglige drift i de selskaber, som ECIT investerer i. Den daglige drift i disse selskaber overlades i stedet til den daglige ledelse i selskaberne, som typisk udgøres af de tidligere majoritetsejere – altså i dette tilfælde partnerne i Account.

Baggrunden for dette er, at ECIT i stort omfang investerer i ejerdrevne virksomheder, hvor de tidligere ejeres kompetencer og goodwill er afgørende for selskabernes succes. Det er derfor afgørende for ECIT at sikre, at de tidligere ejere fortsat er motiverede til at drive virksomhederne efter investeringen, da ECIT ellers vil risikere at miste værdien af sine investeringer.

Til dokumentation for, at ECIT har et sådant investeringskoncept, henviser vi for det første til udformningen af ejeraftalen i Account. Som forklaret i afsnit 8.4.2.4.1 ovenfor tillægger denne minoritetsaktionærerne (dvs. de tidligere majoritetsejere af Account og den nuværende ledelse af virksomheden) en langt større indflydelse, end hvad deres ejerandel på 30 % ville berettige dem til ud fra de almindelige selskabsretlige regler. Dette viser i sig selv, at driften af virksomheden i høj grad ønskes overladt til minoritetsaktionærerne.

For det andet henviser vi til artikel fra det norske tidsskrift Finansavisen fra 4. september 2019 (dvs. inden nærværende sag blev indledt) med titlen "Puster Azets i nakken" (E 607). I denne artikel beskriver Peter Lauring, CEO i ECIT, investeringskonceptet hos ECIT som følger (se E 608):

"For Ecit har det vært helt avgjørende å få gründerne i alle selskapene til å bli med videre i Ecit-systemet. De fleste oppkjøbene er blitt gjort med en kombinasjon av cash og Ecit-aksjer. I dag er 60 prosent av eierne driftsaksjonærer i Ecit, mens de resterende 40 er passive og finansielle eiere.

I styrene i datterselskapene setter der alltid to fra de gamle selskapene og en til to fra Ecit. Ønskes det tatt beslutninger som går på tvers av innstillingen til en lokal daglig leder så kreves det tre fjerdedels flertall. Vi har tiltro til at entreprenørerne tar de rette beslutningene for selskapet, og har derfor lokal styringsrett selv om man er med i et større konsern. Dessuten vil vi ikke ha interne konflikter og må derfor være rimelig enige når det tas viktige avgjørelser." (vores understregning)

Det er altså en central del af ECIT's eksterne kommunikation og ECIT's investeringsstrategi, at der er "lokal styringsret" i ECIT's datterselskaber, fordi det er afgørende for ECIT at fastholde de lokale ejere og undgå intern splid.

Dette er også blevet udtalt af Peter Lauring i flere efterfølgende interviews. I et afsnit af podcasten Aksjekaffe fra 22. november 2022 (dvs. inden Afgørelsen blev truffet) udtalte Peter Lauring eksempelvis som følger:

"Vi har gennemført 130 opkøb... Det er i virkeligheden, at du møder 130 selskaber, som gør... de samme ting på 130 forskellige måder. Vores tilgang har været til det fra dag et, at vi egentlig siger: "Kom ind... bliv kendt med dem, du skal til at arbejde sammen med". Det vil egentlig sige, det starter med as is, og så har vi en speciel aktionæraftale, som gør, at den, der sælger til os, vi kan ikke fortælle dem, at de [skal] gøre sådan og sådan..."

... i det lange løb, så vil de fleste af os træffe rationelle valg. Det er det, der egentlig styrer, at vi tør sige til folk, når de kommer ind af døren: "Ved du hvad, du gør det, du synes er klogt. Vi har en forventning om, at du driver din bedrift dygtigt, leverer kvalitet, har en fornuftig økonomi, men om du gør det på vores måde eller en anden måde, det styrer du selv..."

Vi har en grundlæggende holdning, der hedder, at vi tvinger ikke folk til at tage driftsbeslutninger, fordi hvis du tvinger en entreprenør til at gøre noget, som man grundlæggende ikke tror på – og jeg er selv entreprenør – hvis folk tvinger mig til det, så går jeg... Vi kommer aldrig derhen, at vi siger: "Ved du hvad, vi har juridisk flertal, så vi bestemmer, kære entreprenører", for så vet jeg, at så er motivationen og drivkraften og styrken væk, og det er præcis det, jeg vil have..." (vores understregning)

I et interview fra lederstof.dk fra 14 februar 2024 (E 789) beskriver Peter Lauring investeringskonceptet på samme måde (se E 799):

"Opkøbte firmaer får lov at bestemme selv

Da han i stedet stiftede ECIT og begyndte at købe firmaer op på samlebånd, satte han sig for at være en anden slags leder, end det han havde oplevet i Vismas bestyrelse. Typisk køber ECIT omkring halvdelen af aktierne, og lader de oprindelige ejere forblive i firmaet som medejere. Og for Peter Lauring er det helt afgørende, at de oprindelige ejere får masser af frihedsgrader og aldrig bliver banket i en bestemt retning.

»Vi tvinger ikke folk til at gøre noget mod deres vilje i forhold til, hvordan forretningen skal drives efter opkøbet. Vi kan sagtens skændes og diskutere og være superuenige, men vi finder altid en løsning, og det er aldrig kommet dertil, at vi skal stemme om tingene,« siger Peter Lauring."

I overensstemmelse med dette blev den lokale selvbestemmelse i daterselskaberne præsenteret for Account som en central del af ECIT's investeringskoncept forud for ECIT's investering i Account. Dette fremgår eksempelvis af korrespondance mellem Peter Lauring og partnerne i Account fra august 2017 (E 575).

I denne korrespondance skriver Ivan Nielsen fra Account indledningsvis, at Account ikke påregner at sælge til ECIT, da de har en god forretning og frihed til selv at styre virksomheden (se E 577):

"Jeg tænker at vi skulle sætte vores snakke på standby – vi tænker ikke lige salg pt som vi også har meddelt til Visma

...

Det betyder ikke at vi ikke kan mødes – men lige nu har vi det godt – tjener gode penge og er "frie" – så hvad kan man mere ønske sig...

I sin besvarelse af denne mail fremhæver Peter Lauring fra ECIT, at den lokale selvbestemmelse netop er en central del af ECIT's investeringskoncept (se E 576):

"Desuden er det sikkert, at forretningsmæssigt kommer vi længere sammen, og uden at "friheden" tages fra Jer. At bevare entreprenørånden (dvs bestemmelsesret i egen virksomhed) er et af de væsentligste elementer i vor model. Vi er desuden tættere på mere klart at få defineret en Exit-vej, der reelt er en fortsættelse. (Exit som middel, ikke som mål.)"

Netop denne udprægede selvbestemmelse var udslagsgivende for Accounts beslutning om alligevel at sælge en del af virksomheden til ECIT. Dette fremgår eksempelvis af mail af 20. september 2017 fra Martin Brøgger (partner i Account) til Peter Lauring fra ECIT (E 579), hvor Martin Brøgger fremhæver, at Account tænker investeringen som et partnerskab og ikke et salg, og at der derfor kun vil være et match mellem parterne, hvis ECIT's indstilling er tilsvarende.

Både fra Accounts og fra ECIT's side var det derfor en meget væsentlig forudsætning for ECIT's investering, at driften i Account fortsat skulle varetages af den lokale ledelse i Account uden indblanding fra ECIT. Dette fremgår eksempelvis af et manuskript for et orienteringsmøde for medarbejderne i Account kort efter investeringen (E 585), hvor Account beskrev konsekvenserne af ECIT's investering som følger:

"Samtlige fire partnere i Account ApS fortsætter ufortrødent det daglige arbejde med et ejerskab på hver 10% af Account ApS, og den daglige drift og ledelse vil være upåvirket af dette samarbejde."

Efter investeringen har ECIT også i praksis holdt armslængde til driften i Account, sådan som det var forudsat ved investeringen.

Især i den første periode frem til ca. 2022 har der i det hele taget været stærkt begrænset kommunikation mellem Account og ECIT.

Der har været afholdt bestyrelsesmøder, hvor Klaus Jensen fra ECIT har deltaget. Antallet af disse bestyrelsesmøder har dog været begrænset, og der blev eksempelvis ikke afholdt nogen bestyrelsesmøder i 2021 eller 2022. Drøftelserne mellem Account og ECIT på bestyrelsesmøderne har endvidere i alt væsentligt været af orienterende karakter, hvor Account har givet ECIT opdateringer om driften og bedt om sparring og evt. bistand fra ECIT.

Dette fremgår eksempelvis af referater af bestyrelsesmøder den 22. marts 2018 og 4. april 2018 (E 597 og E 599). Dialogen på disse møder har primært bestået af orientering fra Account til ECIT, og ingen af dokumenterne indeholder eksempler på, at der er blevet truffet beslutninger om driften i Account på møderne, herunder at ECIT har gjort dette.

Ud over disse møder har der været afholdt jævnlige orienteringsmøder, hvor de lokale ledere i ECIT's danske datterselskaber har givet korte opdateringer om status for deres virksomheder. Heller ikke på disse møder er der blevet truffet beslutninger om driften i datterselskaberne, herunder af ECIT. Ud over dette har dialogen alene bestået af sjældne ad hoc-drøftelser samt årlige forsamlinger for hele ECIT-gruppen, som primært har været af social karakter.

Baggrunden for denne stærkt begrænsede dialog mellem ECIT og Account er blandt andet, at ECIT i en stor del af den relevante periode kun har haft ganske få medarbejdere. Ved investeringen i 2018 var der således kun 9 medarbejdere (svarende til 7 fuldtidsstillinger, da flere kun var ansat på deltid) til at forvalte ECIT's investeringer i de 50 virksomheder, som ECIT på daværende tidspunkt havde investeret i. Siden er organisationen vokset, men stadig ikke til et niveau, hvor det på nogen måde er muligt for ECIT at styre driften i sine nu mere end 100 datterselskaber.

ECIT har på intet tidspunkt siden investeringen givet instrukser til Account om Accounts adfærd på markedet – hverken i forbindelse med bestyrelsesmøderne eller i andre sammenhænge. Account har desuden kun i meget få tilfælde bedt ECIT om godkendelse af sine beslutninger, og det har alene drejet sig om større dispositioner såsom oprettelse af datterselskaber og erhvervelse af fast ejendom – dvs. forhold, der netop ikke har karakter af daglig drift, men derimod er af ekstraordinær karakter.

ECIT har således ikke udøvet bestemmende indflydelse over Account. Det har været en klar forudsætning for ECIT's investering i Account, at Account skulle bevare sin selvbestemmelse og fortsat skulle styre den daglige drift, og denne forudsætning er fuldt ud blevet efterlevet. I lange perioder har der således knap været kontakt mellem ECIT og Account.

Det gøres på denne baggrund gældende, at Styrelsen ikke har påvist, at ECIT i praksis har udøvet bestemmende indflydelse over Account. Også af denne årsag kan ECIT og Account ikke anses for at udgøre en økonomisk enhed efter Domstolens praksis.

8.4.2.4.2.2 Styrelsen har ikke påvist, at Account i det væsentlige følger instrukser fra ECIT

Styrelsen har som nævnt gjort gældende, at en række elementer ifølge praksis kan pege på afgørende indflydelse mellem et moder- og et datterselskab, herunder:

- Organisatoriske forbindelser mellem moder- og datterselskabet
- Kontraktuelle rettigheder og forpligtelser, herunder medbestemmelsesret og godkendelse
- Informationsflow
- Branding og præsentation udadtil

Styrelsen har endvidere gjort gældende, at en række konkrete forhold i sagen (navnlig inden for disse kategorier) efter Styrelsens opfattelse peger på, at ECIT udøver afgørende indflydelse på Account.

Det gøres dog gældende, at ingen af disse forhold påviser, at Account i det væsentlige følger instrukser fra ECIT og ikke selvstændigt fastlægger sin adfærd på markedet.

Organisatoriske forbindelser

Styrelsen har henvist til Rettens dom i sag T-112/05, Akzo (M 855), til støtte for, at det peger i retning af afgørende indflydelse, hvis moderselskabet besidder majoriteten af ejerandelene eller øvrige rettigheder i datterselskabet.

De præmisser i Akzo-dommen, som Styrelsen har henvist til, vedrører dog den situation, hvor et moderselskab besidder en ejerandel på 100 % i datterselskabet. Allerede derfor er henvisningen uden relevans i denne sag.

Styrelsen har endvidere fremhævet, at ECIT besidder en ejerandel på 70 % i Account og har en option på de resterende 30 %.

I relation til ECIT's besiddelse af en ejerandel på 70 % er dette alene relevant i forhold til ECIT's *mulighed* for at udøve afgørende indflydelse over Account, men påviser ikke, at ECIT faktisk *udøver* afgørende indflydelse.

Optionen kan endvidere ikke frit udnyttes af ECIT inden 2030 og er derfor uden relevans i perioden, som nærværende sag vedrører.

Styrelsen har endvidere henvist til Rettens dom i sag T-399/09, HSE (M 949), og den ovennævnte Deutsche Telekom-dom (M 1019) til støtte for, at det peger i retning af afgørende indflydelse, hvis moderselskabet er repræsenteret i datterselskabets ledelsesorganer.

I begge disse domme blev udpegelse af repræsentanter i datterselskabets ledelsesorganer dog blot tillagt betydning som et blandt flere relevante forhold, herunder selvom moderselskabet i begge tilfælde udpegede majoriteten i disse organer (se præmis 74 i HSE-dommen, M 962, og præmis 496 i Deutsche Telekom-dommen, M 1049).

Styrelsen har endvidere ikke på nogen måde påvist, at ECIT's ret til at udpege repræsentanter i Accounts bestyrelse har medført, at Account ikke selvstændigt fastlægger sin adfærd på markedet. Det er som forklaret ikke tilstrækkeligt, at retten giver ECIT *mulighed* for dette.

De organisatoriske forbindelser mellem ECIT og Account påviser derfor ikke, at ECIT udøver afgørende indflydelse over Account.

Kontraktuelle rettigheder og forpligtelser

Styrelsen har igen henvist til den ovennævnte Akzo-dom til støtte for, at det peger i retning af afgørende indflydelse, hvis moderselskabet har medbestemmelsesret eller ret til godkendelse i forhold til datterselskabet.

Som forklaret ovenfor drejede denne dom sig dog om en situation, hvor moderselskabet ejede 100 % af datterselskabet, og dommen er derfor af begrænset relevans i forhold til nærværende sag. Der var endvidere tale om, at moderselskabet obligatorisk skulle godkende en række væsentlige beslutninger.

Styrelsen har ikke på nogen måde påvist, at ECIT er tillagt rettigheder, som medfører, at Account ikke selvstændigt fastlægger sin adfærd på markedet. ECIT's kontraktuelle rettigheder m.v. påviser derfor heller ikke, at ECIT har udøvet afgørende indflydelse på Account.

Branding og præsentation udadtil

Styrelsen har henvist til HSE-dommen, Deutsche Telekom-dommen og Knauf Gips-dommen (C-407/08, M 877) til støtte for, at det kan indgå i vurderingen af afgørende indflydelse, hvis moder- og datterselskabet anvender samme brand og/eller præsenterer sig som en del af samme koncern over for omverden.

Det fremgår dog også af alle tre domme, at fælles brand/præsentation kun kan indgå som et indicium og ikke i sig selv kan påvise udøvelse af afgørende indflydelse.

Styrelsen har ikke på nogen måde påvist, at anvendelsen af fælles brand i Account og ECIT medfører, at Account ikke selvstændigt fastlægger sin adfærd på markedet. Den fælles branding for selskaberne indebærer derfor ikke, at ECIT har udøvet afgørende indflydelse på Account.

Informationsflow fra datterselskabet til moderselskabet

Styrelsen har henvist til Minoan Lines-dommen (T-66/9, M 815) og den ovennævnte Deutsche Telekom-dom (M 1019) til støtte for, at det peger i retning af afgørende indflydelse, når der er et flow af information fra datterselskabet til moderselskabet om f.eks. datterselskabets kommercielle strategi el.lign.

Det fremgår dog igen af bl.a. sidstnævnte dom, at dette kun kan indgå som et indicium og ikke i sig selv kan påvise udøvelse af afgørende indflydelse (se præmis 293-294, M 1033).

Styrelsen har ikke på nogen måde påvist, at informationsflowet fra Account til ECIT medfører, at Account ikke selvstændigt fastlægger sin adfærd på markedet. Informationsflowet indebærer derfor ikke, at ECIT har udøvet afgørende indflydelse på Account.

--o0o--

Samlet set har Styrelsen altså påpeget en række forhold i sagen, der isoleret set kan udgøre indicier for afgørende indflydelse ifølge praksis. Det fremgår dog også af praksis, at hvis afgørende indflydelse skal påvises ud fra indicier, skal der være tale om et "*body of consistent evidence*".

Styrelsen har reelt blot oplistet en række faktorer, der falder inden for de kategorier af indicier, som ifølge praksis kan påvise afgørende indflydelse. Styrelsen har dog ikke på nogen måde redegjort for, hvordan eller hvorfor disse indicier indebærer, at ECIT nødvendigvis må udøve afgørende indflydelse på Account, eller at Account ikke kan bestemme sin markedsadfærd selvstændigt.

Da det imidlertid utvivlsomt *er* et krav ifølge praksis, at der skal påvises en faktisk udøvelse af afgørende indflydelse (direkte eller indirekte), har Styrelsen dermed ikke løftet sin bevisbyrde for, at Account og ECIT udgør en økonomisk enhed.

8.4.2.5 En eventuel bøde til Account skal være væsentlig lavere end påstået af styrelsen, fordi ECIT og Account ikke udgør en økonomisk enhed

8.4.2.5.1 Account kan ikke pålægges en højere bøde end 10 % af Accounts årsomsætning

Det følger af konkurrencelovens § 23 b, stk. 4, at en bøde for overtrædelse af konkurrenceloven ikke kan overstige 10 % af koncernomsætningen i det foregående regnskabsår for den virksomhed, der modtager bøden.

Da Account ikke udgør en økonomisk enhed med ECIT og derfor ikke skal anses for at indgå i samme koncern som ECIT, gør Account gældende, at Accounts koncernomsætning i denne forbindelse alene skal opgøres som Accounts egen omsætning.

Accounts omsætning udgjorde i 2023 ubestridt DKK 36,57 millioner (se E 819). Det følger derfor direkte af konkurrencelovens § 23 b, stk. 4, at en eventuel bøde til Account under ingen omstændigheder kan overstige DKK 3,657 millioner svarende til 10 % af Accounts årsomsætning i 2023.

8.4.2.5.2 Der er ikke grundlag for at forhøje en eventuel bøde til Account på grundlag af Accounts omsætning

Styrelsen gør som nævnt gældende, at en eventuel bøde til Account skal forøges med DKK 4,5 millioner. Styrelsen lægger i den forbindelse til grund, at Account har en koncernomsætning på ca. DKK 2 milliarder kroner.

Account har dog alene en koncernomsætning på DKK 36,57 millioner, idet Account ikke udgør en økonomisk enhed med ECIT og derfor ikke skal anses for at indgå i samme koncern som ECIT. Account gør derfor gældende, at der ikke er grundlag for at forøge en eventuel bøde til Account på grundlag af Accounts omsætning.

Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet:

2. SAGENS GENSTAND OG TEMA

Denne sag angår prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023, hvorved Konkurrencerådet fandt, at ECIT Account har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1 (MS, s. 30), ved at have været medansvarlig for at etablere og opretholde en ulovlig markedsdeling mellem en række selvstændige diskoteker, barer, natklubber mv. (herefter "Diskotekerne") via deres fælles kædeselskab, NOX Network ApS (herefter "NOX") (bilag A (E, s. 15)).

Den ulovlige markedsdeling gik ud på, at Diskotekerne i NOX ikke måtte åbne filialer i hinandens byer, kommuner eller inden for en nærmere bestemt radius. Markedsdelingen kom i stand på et møde mellem Diskotekerne og ECIT Account den 13. juli 2004 (Kædekoncept udvalgsmødet) og var gældende helt frem til den 24. marts 2020.

Markedsdelingen bestod først af en mundtlig aftale, som senere blev nedfældet skriftligt i en "gentlemanaftale". Kort tid efter blev markedsdelingen på NOX-bestyrelsens initiativ en integreret del af et aftalegrundlag, som bl.a. indeholdt vilkårene for medlemskab i NOX (herefter "Aftalegrundlaget") (bilag 2 (E, s. 377)).

Sagerne mod Diskotekerne og NOX blev afsluttet administrativt i november og december 2021, idet Diskotekerne og NOX vedtog udenretlige bødeforlæg. I den forbindelse erkendte både Diskotekerne og NOX at have overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3, ved at have foretaget en geografisk markedsdeling på markedet for diskoteksydelser i Danmark, jf. eksempelvis bødeforlægget til NOX af 3. november 2021 (bilag 23 (E, s. 653)).

ECIT Account var allerede forud for etableringen af markedsdelingen rådgiver for Diskotekerne, og ledelsesmedlemmer i ECIT Account besad i perioden juli 2004 til 2016 også flere centrale poster i NOX-bestyrelsen, herunder posten som bestyrelsesformand. ECIT Account deltog og bidrog aktivt i møderne, hvor markedsdelingen blev indgået, drøftet, tilpasset og forlænget. Derudover forestod ECIT Account konciperingen af vilkåret om markedsdeling og efterfølgende ændringer hertil i Aftalegrundlaget.

Konkurrencerådet fastslog derfor i afgørelsen, at ECIT Account er medansvarlig for overtrædelsen af konkurrencelovens § 6 i medfør af de i retspraksis fastsatte betingelser herfor, og at ECIT Account i øvrigt havde en fremtrædende rolle i overtrædelsen, idet ECIT Accounts bidrag var af aktiv og central karakter.

Efter styrelsens opfattelse skal ECIT Account endvidere i medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, og § 24 pålægges en civil bøde for sin deltagelse i overtrædelsen.

3. DE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

3.1 Relevante aktører i sagen

I sagsmaterialet omtales en række aktører, som var involveret i markedsdelingen. Om de relevante aktører i sagen henvises til rådsafgørelsens afsnit 3.2 (bilag A (E, s. 24)). I det følgende knyttes alene nogle få bemærkninger til ECIT Accounts forhold til Diskotekerne og NOX.

Frem til 1997 var Diskotekerne en del af Crazy Daisy-koncernen, hvorefter Diskotekerne blev til selvstændige diskoteker. ECIT Account blev også stiftet i kølvandet på opsplitningen af Crazy Daisy-koncernen i 1997 af to tidligere ansatte i Crazy Daisys regnskabsafdeling, Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen, og den tidligere ejer af Crazy Daisy-koncernen, Carsten Mikkelsen. ECIT Account var fra sin stiftelse – og er fortsat – totaladministrator for en stor del af NOX' medlemmer samt NOX, og bistår med ydelser såsom administration, bogføring og udarbejdelse af regnskaber mv. ECIT Account indgår i en koncern (herefter "ECIT-koncernen"), og moderselskabet er det norske selskab ECIT AS.

Ivan Nielsen var administrerende direktør i ECIT Account fra stiftelsen og frem til 4. september 2018. Siden 31. januar 2018 har Ivan Nielsen været bestyrelsesmedlem i ECIT Account, ligesom han fortsat er reel medejer af ECIT Account. Flemming Sneftrup var medejer af ECIT Account frem til 30. november 2018 og har sidenhen ikke haft nogen relation til ECIT Account.

NOX er et kædesamarbejde mellem en række selvstændige diskoteker, som bistår med bl.a. fælles indkøb, uddannelse og lignende. Diskotekerne er primært beliggende i mindre danske byer i Jylland samt enkelte på Fyn og Sjælland. Langt størstedelen af de oprindelige medlemmer udsprang af Crazy Daisy-koncernen. NOX blev som koncept etableret i juli 2004 og sidenhen formelt stiftet som anpartsselskab den 9. marts 2005. Ved stiftelsen bestod ejerkredsen af en række af Diskotekerne og ECIT Account. Flemming Sneftrup var bestyrelsesformand for NOX fra etableringen i juli 2004 og frem til december 2013, og Ivan Nielsen overtog herefter formandsposten indtil januar 2016. Ivan Nielsen var desuden fast medlem af og kontaktperson for NOX' leverandørudvalg siden etableringen. Hanne Nielsen, sekretær i ECIT Account, var siden etableringen referent og sekretær for NOX-bestyrelsen sammen med NOX' daværende direktør og bestyrelsesmedlem, Michael Schrøder. ECIT Accounts medarbejdere anvendte deres kontaktoplysninger fra ECIT Account i deres arbejde for NOX, jf. f.eks. bilag 21 (E, s. 458), ligesom Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen blev angivet som repræsentanter fra ECIT Account i mødereferatet fra mastermind-mødet den 26. oktober 2024, som er skrevet på ECIT Accounts brevpapir, jf. bilag 8 (E, s. 401) samt afsnit 3.2 nedenfor.

ECIT Account solgte sin anpart tilbage til NOX den 15. november 2017.

3.2 Den omhandlede adfærd

De centrale faktiske omstændigheder i forhold til overtrædelsen af konkurrencelovens § 6 i form af markedsdelingen kan efter styrelsens opfattelse opsummeres som følger:

- Kædekoncept udvalgsrådet den 13. juli 2004 (bilag 5 (E, s. 387)): Ivan Nielsen fra ECIT Account deltog sammen med en række af Diskotekerne, og det blev besluttet, at NOX skulle oprettes. Markedsdelingen blev aftalt, og Ivan Nielsen fik til opgave at lave et oplæg til den skriftlige formulering af markedsdelingsaftalen (den såkaldte "gentleman-aftale"), hvorefter det ikke var tilladt at åbne et diskotek inden for en radius af 20 kilometer af et andet NOX-medlem, og man skulle spørge pågældende NOX-medlem om lov, såfremt man ville åbne et diskotek mellem 20 til 30 kilometer derfra.
- Konstituerende bestyrelsesmøde i NOX den 27. september 2004 ("Party on") (bilag 6 (E, s. 397)): Bestyrelsen i NOX holdt konstituerende bestyrelsesmøde, og Flemming Sneftrup fra ECIT Account blev valgt som bestyrelsesformand samt kasserer/revisor. Hanne Nielsen fra ECIT Account blev valgt til at varetage rollen som sekretær og referent på vegne af NOX' direktør, Michael Schrøder, når møderne blev afholdt i Vejle. Ivan Nielsen deltog også i mødet. Markedsdelingsvilkåret blev drøftet, og Flemming Sneftrup fik ansvaret for Aftalegrundlaget, herunder udarbejdelse af vilkåret om markedsdeling, hvor *"Henrik Larsens forslag lægges til grund. Afstand, konkurrencesituation, særlige forhold."* Ivan Nielsen blev også valgt til leverandørudvalget.
- Mastermind-mødet i NOX den 26. oktober 2004 (bilag 8 (E, s. 401)): Aftalegrundlaget inklusive vilkåret om markedsdeling blev drøftet, herunder hvorvidt NOX-bestyrelsen skulle inddrages i håndhævelsen heraf. Ivan Nielsen, Flemming Sneftrup og Hanne Nielsen fra ECIT Account deltog i mødet, ligesom mødereferatet er skrevet på ECIT Accounts daværende brevpapir. Både Flemming Sneftrups og Ivan Niensens kontaktoplysninger fra ECIT Account var angivet i tilfælde af, at NOX-medlemmerne skulle have kontakt til dem i kraft af deres roller som bestyrelsesformand henholdsvis medlem af leverandørudvalget. Aftalegrundlaget var vedhæftet mødereferatet med bemærkning om, at Diskotekerne skulle sende Aftalegrundlaget retur i underskrevet form til Hanne Nielsen senest den 1. november 2004.
- Aftalegrundlaget pr. 1. november 2004 (bilag 2 (E, s. 378)): Aftalegrundlaget indeholdt bl.a. vilkår om, at alle medlemmer skulle være kunder hos ECIT Account samt vilkåret om markedsdeling. Markedsdelingsvilkåret blev ligeledes præciseret i forhold til "gentleman-aftalen", idet vilkåret nu bestemte, (i) at Diskotekerne ikke måtte åbne i hinandens byer/kommuner, (ii) minimum 20 kilometer fra hinanden, og (iii) at København var undtaget, idet en Diskoteksejer dog havde en klausul på et område på 5 kilometers radius fra Nørregade. Derudover fremgik det af Aftalegrundlaget, at overtrædelse af vilkårene ville medføre en skriftlig advarsel og dernæst eksklusion fra NOX ved gentagende overtrædelse.
- Møde mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen den 19. april 2005 (bilag F (E, s. 411)): Markedsdelingen og dens rækkevidde

blev diskuteret, herunder markedsføring i andre Diskotekers område via radio. Det blev bl.a. bemærket, at "Det er forkert at lægge begrænsninger på. Brug sund fornuft og overhold gentlemen aftalen. Snak om det." Ivan Nielsen og Hanne Nielsen fra ECIT Account deltog i mødet.

- Møde mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen den 31. marts 2009 (bilag 18 (E, s. 419)): Markedsdelingen og dens rækkevidde blev igen diskuteret, herunder konkret markedsføring i andre Diskotekers områder via plakater samt den geografiske skillelinje mellem områder. Af mødereferatet fremgår, at Diskotekerne klart anså det for at være i strid med vilkåret om markedsdeling at hænge plakater op i hinandens byer samt at hente kunder fra andre NOX-medlemmers byer. I et konkret tilfælde var en bus med diskotekskunder fra Kolding til Århus blevet aflyst som følge af markedsdelingsaftalen. Ivan Nielsen deltog i diskussionen og følgende fremgår af mødereferatet om Ivan Nielsens bemærkninger: "Fest i Herning – plakater i Horsens – Ivan siger, at man kontakter folkene i Horsens for accept. Alternativet er, at festen alligevel holdes i Herning bare ikke i et NOXhus." På mødet deltog Flemming Sneftrup og Hanne Nielsen fra ECIT Account også.
- Møde mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen den 9. juni 2009 (bilag G (E, s. 427)): På mødet drøftede Diskotekerne og NOX-bestyrelsen muligheden for at optage eksempelvis caféer mv. i NOX, idet man således ville kunne styre byerne bedre. Derudover bemærkede NOX-bestyrelsen, at man skulle kontakte NOX-bestyrelsen ved ejerskifte eller ændring i ejerkredsen, åbningstider eller koncept, hvorefter NOX-bestyrelsen ville vurdere, om der stadig var grundlag for medlemskab, idet NOX-bestyrelsen ikke ønskede, at der pludselig var ejere af Diskotekerne, som ikke havde noget med organisationen at gøre. På mødet deltog Ivan Nielsen og Hanne Nielsen fra ECIT Account.
- Revidering af Aftalegrundlaget forud for bestyrelsesmødet i december måned 2013: Forud for et bestyrelsesmøde i december 2013 blev Aftalegrundlaget revideret. Revideringen medførte tilføjelser til markedsdelingsvilkåret, jf. svarskriftets punkt 59 (E, s. 158f) og bilag 2 (E, s. 379f). På styrelsens kontrolundersøgelse hos ECIT Account fandt styrelsen en word-version af Aftalegrundlaget dateret den 28. november 2013 på Ivan Nielsens computer (bilag I (E, s. 461f)). Hanne Nielsen fra ECIT Account var forfatter af dokumentet, jf. dokumentegenskaberne (bilag I (E, s. 463)). Det bemærkes, at ECIT Account som svar på styrelsens opfordring (1) har anført, at Ivan Nielsen blot var i besiddelse af denne version af Aftalegrundlaget, fordi Ivan Nielsen ofte printede dokumenter for NOX' direktør, Michael Schrøder, som havde kontor i samme bygning som ECIT Account. ECIT Account har ikke dokumenteret dette i sit svar på opfordringen, jf. nærmere afsnit 5 nedenfor. Det følger også af en mail af 21. november 2013 fra Michael Schrøder, at det var vigtigt, at Ivan Nielsen deltog i bestyrelsesmødet i december 2013, fordi Aftale-

grundlaget skulle færdiggøres og godkendes (bilag 21 (E, s. 457)).

- Bestyrelsesmøde i NOX den 2. december 2013 (bilag H (E, s. 465)): På mødet blev det reviderede Aftalegrundlag færdiggjort og godkendt af NOX-bestyrelsen, ligesom det blev aftalt, at Michael Schrøder og Ivan Nielsen skulle præsentere det reviderede Aftalegrundlag på det næstkommende møde mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen. Flemming Sneftrup var trådt tilbage som bestyrelsesformand, og Ivan Nielsen trådte ind i bestyrelsen i stedet.
- Bestyrelsesmøde i NOX den 25. januar 2016 og efterfølgende mailkorrespondance (bilag J (E, s. 475)): På mødet blev det drøftet, at det fortsat var nødvendigt at have markedsdelingsaftalen, og at Diskotekerne skulle orienteres herom ("*MS [Michael Schrøder] tager ansvar for at forklare NOX Power, at gentleman aftalen fortsat er nødvendig at have.*") Selv om Aftalegrundlaget blev revideret, forblev vilkåret om markedsdeling enslydende, jf. bilag 2, side 5 (E, s. 381). Ivan Nielsen deltog i mødet, men bemærkede, at han ville træde ud af bestyrelsen, men fortsætte sit arbejde i leverandørudvalget og bistå med NOX' økonomi. Den 26. januar 2016 sendte NOX' direktør, Michael Schrøder, mødereferat samt det reviderede Aftalegrundlag ud til NOX-bestyrelsen, heriblandt Ivan Nielsen. Af mailen fremgår det også, at det reviderede Aftalegrundlag ville blive præsenteret for Diskotekerne på næstkommende møde, jf. bilag J (E, s. 477).
- Møde mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen den 2. februar 2016: Af mødeindkaldelsen til mødet fremgår det, at NOX-bestyrelsen fortsat fandt markedsdelingen nødvendig, jf. bilag O (E, s. 473). På mødet blev tilføjelserne til Aftalegrundlaget samt muligheden for optagelse og udelukkelse af medlemmer drøftet, og Diskotekerne underskrev det reviderede Aftalegrundlag, inden mødet var afsluttet, jf. bilag 22 (E, s. 480). Ivan Nielsen deltog i mødet, men bemærkede, at han ville træde ud af bestyrelsen "*for at gøre plads til endnu en diskomand M/K*". Ivan Nielsen ville fortsætte sit arbejde i leverandørudvalget, ligesom ECIT Account ville fortsætte med at levere sine rådgivningsydelser.
- Fremsendelse af Aftalegrundlaget til nye ejere den 3. april 2019 (bilag M (E, s. 513)): Både Ivan Nielsen og Hanne Nielsen var involveret i fremsendelsen af Aftalegrundlaget til de nye ejere af et af Diskotekerne den 3. april 2019. Aftalegrundlaget indeholdt fortsat vilkåret om markedsdeling.
- Markedsdelingsvilkåret slettes den 24. marts 2020 (bilag 2, side 7ff (E, s. 383ff)): Markedsdelingsvilkåret blev skrevet ud af Aftalegrundlaget, efter at styrelsen havde foretaget kontrolundersøgelser hos ECIT Account, NOX og en række af Diskotekerne.

Det bemærkes, at der er tale om en meget lang overtrædelsesperiode på 15,5 år, og at ovenstående alene udgør nedslagspunkter. For en udførlig

gennemgang af sagens faktiske omstændigheder henvises derfor til rådsafgørelsens afsnit 3 (E, s. 23ff) og svarskriftets afsnit 2 (E, s. 151ff)

4. ANBRINGENDER

4.1 Frifindelsespåstanden

Til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand gøres det overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets afgørelse om, at ECIT Account har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, ved at have været medansvarlig for at etablere og opretholde en ulovlig markedsdeling mellem Diskotekerne via deres fælles kædeselskab NOX. Der henvises overordnet til rådsafgørelsen (bilag A (E, s. 15)). I det følgende behandles (i) forholdet om, at markedsdelingen mellem Diskotekerne havde til formål at begrænse konkurrencen (afsnit 4.1.1 nedenfor) og (ii), at ECIT Account er medansvarlig for denne overtrædelse af konkurrencereglerne (afsnit 4.1.2).

4.1.1 Markedsdelingen havde til formål at begrænse konkurrencen

Markedsdelingen mellem Diskotekerne havde utvivlsomt til formål at begrænse konkurrencen, idet Diskotekerne gennem markedsdelingen hver især blev tildelt et eksklusivt geografisk område, hvor de havde eneret til at udbyde deres diskoteksydelser uden at møde konkurrence fra hinanden. Konkurrencerådet vurderede videre i afgørelsen, at selv om markedsdelingen indgik i en bredere økonomisk sammenhæng (NOX-samarbejdet), er der ikke tale om en accessorisk begrænsning, som var objektivt nødvendig for at gennemføre NOX-samarbejdet, herunder indkøbs- og uddannelsesaktiviteterne. Der henvises nærmere til rådsafgørelsens afsnit 4.3.3 (bilag A (E, s. 85ff)), duplikkens afsnit 1.5 (E, s. 248ff), og processkrift A, afsnit 2.3 (E, s. 333ff).

ECIT Account gør gældende, at markedsdelingen ikke kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen, idet den udgjorde en integreret del af et i øvrigt lovligt indkøbssamarbejde (NOX) med henvisning til Kommissionens horisontale retningslinjer¹ (MS, s. 9) og Konkurrenceankenævnets afgørelse i Botex-sagen (MS, s. 599) som støtte herfor.

Styrelsen er uenig i, at parternes i øvrigt lovlige indkøbssamarbejde medfører, at der ikke er tale om en ulovlig markedsdeling.

For det første følger det direkte af bl.a. punkt 277 og 288 i de horisontale retningslinjer (MS, s. 17 og s. 19), at indkøbssamarbejder kan begrænse konkurrencen på afsætningsmarkedet eller -markederne, herunder i form af en markedsdeling. Det følger endvidere af punkt 283, at et indkøbssamarbejde, som bidrager til konkurrenceproblemer på afsætningsmarkedet, skal vurderes sammen med formålsovertrædelsen på afsætningsmarkedet. Indkøbs- og uddannelsesaktiviteterne i NOX-samarbejdet kan således ikke medføre, at markedsdelingen på afsætningsmarkedet for diskoteksydelser ikke udgør en formålsovertrædelse.

For det andet er markedsdelingen i nærværende sag i strid med hele formålet bag retningslinjernes kapitel om indkøbssamarbejder. Formålet med et indkøbssamarbejde er at opnå en vis køberstyrke over for leverandører, som de enkelte medlemmer ellers ikke ville kunne opnå, hvis de handlede hver for sig, hvorfor indkøbssamarbejder ofte vil føre til lavere priser, større udvalg eller produkter af bedre kvalitet til gavn for forbrugerne, jf. punkt 278 i de horisontale retningslinjer (MS, s. 17).

En opdeling på afsætningsmarkedet blandt konkurrenter vil imidlertid ikke ske for at understøtte dette formål, idet en markedsdeling (f.eks. på markedet for diskoteksydelser) hverken er nødvendig for eller har en relation til gennemførelsen af et indkøbssamarbejde, som det der forelå i NOX. En markedsdeling på afsætningsmarkedet vil ultimativt medføre, at forbrugerne betaler en højere pris, har et mindre udvalg af produkter og/eller har adgang til produkter af lavere kvalitet.

Konkurrenter, der har et ønske om at indgå en ulovlig markedsdelingsaftale, kan ikke blot nedfælde en sådan aftale i en bredere aftale om et indkøbssamarbejde, uden at denne konkurrencebegrænsning i øvrigt har nogen relation til eller sammenhæng med indkøbssamarbejdet, for derved at omgå, at markedsdelingen bliver karakteriseret som en formålsovertrædelse. Det vil ultimativt være resultatet af ECIT Accounts argumentation. De horisontale retningslinjer skal fortolkes i overensstemmelse med traktaten, og retningslinjernes formål er dermed at sikre effektiviteten af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler – ikke at udvande forbuddet, jf. punkt 1 i Kommissionens horisontale retningslinjer.

For det tredje kan overtrædelser, der har til formål at begrænse konkurrencen, ikke udgøre accessoriske begrænsninger til et ellers lovligt samarbejde, jf. Domstolens Store Afdelings dom af 21. december 2023, European Superleague, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 183ff (MS, s. 283f).

Selv hvis formålsovertrædelser kunne udgøre accessoriske begrænsninger, opfylder markedsdelingen i nærværende sag ikke betingelserne for at udgøre en accessorisk begrænsning til det ellers lovlige NOX-samarbejde, idet begrænsningen ikke er objektivt nødvendig for at gennemføre samarbejdet eller står i rimeligt forhold til formålene med samarbejdet, jf. punkt 34 i Kommissionens horisontale retningslinjer. Markedsdelingen har desuden ikke haft nogen forbindelse til fælles indkøbs- eller uddannelsesaktiviteter i NOX.

For det fjerde henviser styrelsen til Østre Landsrets dom af 12. marts 2021, trykt i UfR 2021, side 2449 Ø (HMN Naturgas I/S m.fl.), hvor parterne i forbindelse med indgåelse af en lovlig vertikal underleverandøraftale samtidig havde indgået en horisontal aftale om priskoordinering, hvor parterne var konkurrenter. Østre Landsret fandt, at der ikke skulle foretages en samlet vurdering af den horisontale og den vertikale aftale og konkluderede, at den horisontale prisaftale havde til formål at begrænse konkurrencen, uanset eventuelle konkurrencefremmende virkninger af den vertikale aftale (MS, s. 500f).

Slutteligt bemærkes det, at Botex-sagen, som ECIT Account henviser til, er under fornyet behandling i styrelsen.

4.1.2 ECIT Accounts medansvar for markedsdelingen

ECIT Account er medansvarlig for markedsdelingen, som havde til formål at begrænse konkurrencen, jf. afsnit 4.1.1 ovenfor. Konkurrencerådets vurdering i afgørelsen bygger bl.a. på, at ECIT Account var med til at etablere og opretholde markedsdelingen, herunder ved gennem sin ledende rolle i NOX-bestyrelsen at have udformet "gentleman-aftalen" samt vilkåret om markedsdeling i Aftalegrundlaget og ved at have deltaget aktivt i møder, hvor markedsdelingen blev drøftet. ECIT Account havde med sit bidrag en aktiv og central rolle i markedsdelingen, og ECIT Account havde endvidere fuldt kendskab til og hensigt om at bidrage til den.

4.1.2.1 Kartelfacilitatorer ifalder ansvar på lige fod med øvrige karteldeltagere

Retsgrundlaget for kartelfacilitatorers (med)ansvar er behandlet udføreligt i rådsafgørelsens afsnit 4.3.2.2, hvortil henvises (E, s. 69ff).

Der er enighed mellem parterne om, at der gælder tre kumulative betingelser for, at en virksomhed har deltaget i en konkurrencebegrænsende aftale mv., og at virksomheden på den baggrund kan ifalde ansvar for den samlede overtrædelse:

- i. Virksomhedens egen adfærd skal udgøre et bidrag til det fælles mål, deltagerne som helhed har forfulgt.
- ii. Virksomheden skal have haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med det samme mål for øje, eller virksomheden skal med rimelighed have kunnet forudse det og været indstillet på at løbe den dermed forbundene risiko.
- iii. Virksomheden skal have haft til hensigt ved denne adfærd at bidrage til det fælles mål, deltagerne som helhed har forfulgt.

Parterne er derimod uenige om, hvorvidt der gælder et særligt krav om, at bidraget (betingelse (i)) skal have været *væsentligt* for virksomheder, der ikke er aktive på markedet, hvor konkurrencebegrænsningen er foregået (kartelfacilitatorer), for at sådanne virksomheder kan ifalde ansvar for overtrædelsen. Efter styrelsens opfattelse gælder der ikke et sådant væsentlighedskrav. Uanset om der måtte gælde et væsentlighedskrav, har ECIT Account imidlertid efter styrelsens opfattelse konkret ydet et så aktivt og centralt bidrag til markedsdelingen på diskoteksmarkedet, at en sådan væsentlighedsbetingelse også er opfyldt, jf. nærmere afsnit 4.1.2.2 nedenfor.

Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at en virksomhed kan ifalde et medansvar for en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, såfremt betingelserne om (i) bidrag, (ii) hensigt og (iii) kendskab er opfyldt, jf. f.eks. Domstolens dom af 22. oktober 2015,

AC-Treuhand II, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 30 (MS, s. 218) (herefter "AC-Treuhand II"), hvorefter følger:

"Når det som i den foreliggende sag drejer sig om aftaler og samordnet praksis med konkurrencebegrænsende formål, fremgår det af Domstolens praksis, at Kommissionen, for at kunne fastslå, at en virksomhed har deltaget i en overtrædelse, og at den er ansvarlig for alle de forskellige forhold, overtrædelsen omfatter, skal godtgøre, at virksomheden har haft til hensigt ved sin egen adfærd at bidrage til de fælles mål, deltagerne som helhed har forfulgt, og at den har haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed har kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko." (vores understregning)

EU-Domstolen opstiller ikke et krav om, at bidraget skal have været væsentligt. Der kan i den forbindelse ligeledes henvises til Rettens dom af 10. november 2017, Icap, T-180/15, EU:T:2017:7952 (herefter "Icap"), og Rettens dom af 8. juli 2008, AC-Treuhand I, T-99/04, EU:T:2008:2563 (herefter "AC-Treuhand I").

Det fremgår videre af praksis, at en virksomhed, der agerer som facilitator for virksomheder, der er aktive på samme marked, men som ikke selv er aktiv på samme marked som disse virksomheder, ligeledes kan pålægges et ansvar for overtrædelsen – på lige fod med øvrige karteldeltagere, jf. AC-Treuhand II, præmis 33-35 (MS, s. 219), Icap, præmis 97 og 103 (MS, s. 240 og s. 241), AC-Treuhand I, præmis 128 (MS, s. 121), og Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. september 2015, Lely, sag nr. KL-3-2014, s. 13f (MS, s. 597f). I alle disse domme henvises der i øvrigt også til retspraksis, som omhandler karteldeltagere, der er aktive på det relevante marked.

Derudover indebærer en virksomheds passive deltagelse i en overtrædelse, uden at virksomheden klart tager afstand herfra, en medvirken, som er ansvarspådragende i henhold til artikel 101 TEUF, jf. Domstolens dom af 21. januar 2016, Eturas, C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 28 (MS, s. 234), AC-Treuhand II, præmis 31 (MS, s. 218f), og AC-Treuhand I, præmis 129-130 (MS, s. 121f). En virksomheds blotte deltagelse i et møde med konkurrencebegrænsende karakter kan efter omstændighederne ligeledes anses for tilstrækkeligt til at fastslå virksomhedens stillende godkendelse af et ulovligt initiativ eller for en tilslutning til mødets resultat, medmindre virksomheden har taget klar afstand over for de øvrige deltagende virksomheders formål med mødet, jf. f.eks. Domstolens dom af 7. februar 2013, Slovenska Sporitel, C-68/12, EU:C:2013:71, præmis 27 (MS, s. 180), og Domstolens dom af 4. juni 2009, T-Mobile, C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 62 (MS, s. 166).

ECIT Account anfører, at EU-Domstolen i AC-Treuhand II, præmis 37-39, Icap, præmis 171, og AC-Treuhand I, præmis 136 og 154, angiveligt skulle have taget stilling til, at bidraget for kartelfacilitatorers vedkommende skal have en vis væsentlighed. Styrelsen bestrider ikke, at EU-Domstolen i de konkrete præmisser anvender formuleringer såsom "[ikke] kun perifere ydelser", "ikke uvæsentlig støtte" og "væsentligt bidrag" ved beskrivelsen af de pågældende virksomheders konkrete bidrag og

rolle i den konkrete overtrædelse. Disse formuleringer rummer imidlertid for det første indholdsmæssigt ikke det samme. For det andet er de efter styrelsens opfattelse alene anvendt under hensyn til, at virksomhedens konkrete rolle i og bidrag til overtrædelsen skulle tillægges betydning i forbindelse med bødeudmålingen. Grovheden af virksomhedens overtrædelse og dens varighed danner nemlig grundlaget for fastlæggelse af bødens størrelse, jf. f.eks. AC-Treuhand II, præmis 68 og 69 (MS, s. 224).

Det følger da også direkte af AC-Treuhand I, præmis 132 (MS, s. 123), at:

”Følgelig er den omstændighed, at en virksomhed ikke har deltaget i alle elementer, der udgør et kartel, eller at den har spillet en mindre rolle i de aspekter, som den har deltaget i, dog ikke relevant for at fastslå, at den er skyldig i en overtrædelse. Selv om den begrænsede betydning af den berørte virksomheds deltagelse i givet fald således ikke kan anfægte virksomhedens individuelle ansvar for den samlede overtrædelse, kan den dog påvirke bedømmelsen af rækkevidden og grovheden af overtrædelsen, og derved bødens størrelse [...]”

Opsummerende gælder der efter styrelsens opfattelse ikke et særligt væsentlighedskrav for en kartelfacilitators bidrag til en konkurrencebegrænsning. Kartelfacilitatorers bidrag skal vurderes på samme måde som øvrige karteldeltageres bidrag. Som det fremgår ovenfor, kan selv et passivt bidrag være tilstrækkeligt for, at en virksomhed kan blive fundet medansvarlig for en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, og artikel 101, stk. 1, TEUF. Dette medansvar kan strækkes til hele kartellets omfang, såfremt betingelserne om (i) bidrag, (ii) kendskab og (iii) hensigt er opfyldt. Er alle tre betingelser opfyldt for hele overtrædelsesperioden, kan en virksomhed således være medansvarlig for hele kartellet i hele overtrædelsesperioden, jf. f.eks. præmis 30 i AC-Treuhand II (MS, s. 218).

Det er endvidere styrelsens vurdering, at bidragets karakter kan have betydning for vurderingen af, om betingelserne om (ii) kendskab og (iii) hensigt er opfyldt. En virksomhed, der indtager en aktiv og central rolle i overtrædelsen, vil således i højere grad være bevidst om det formål, den bidrager til, jf. AC-Treuhand II, præmis 38-39 (MS, s. 219f), AC-Treuhand I, præmis 156 (MS, s. 127), og Kommissionens beslutning af 10. december 2003, Organic Peroxides, COMP/E-2/37.857, punkt 102 og 349 (beslutningen, der lå til grund for AC-Treuhand I) (herefter ”Organic Peroxides”) (MS, s. 381 og s. 391f).

4.1.2.2 Betingelse (i): ECIT Account har ydet et aktivt og centralt bidrag til markedsdelingen

Styrelsen gør gældende, at ECIT Account har ydet et aktivt og centralt bidrag til Diskotekernes markedsdeling, og at betingelse (i) for at kunne statuere (med)ansvar for overtrædelsen derfor er opfyldt. Betingelsen er opfyldt, uanset om der gælder et væsentlighedskrav eller ej. Der henvises overordnet til rådsafgørelsens afsnit 4.3.2.5.1 (E, s. 78ff).

Sagens materiale viser, at der i overtrædelsesperioden mellem den 13. juli 2004 og den 24. marts 2020 var en tæt forbindelse mellem ECIT Account og NOX, som gav ECIT Account mulighed for at påvirke Diskotekernes adfærd i forhold til markedsdelingen. ECIT Account har således f.eks. deltaget i og aktivt bidraget under møderne, hvor markedsdelingen er blevet indgået, drøftet, tilpasset og forlænget. Derudover forestod ECIT Account konciperingen af vilkåret om markedsdeling og efterfølgende ændringer hertil i Aftalegrundlaget. Om de mest centrale momenter som Konkurrencerådet har lagt vægt på i sin afgørelse, henviser styrelsen til afsnit 3.2 ovenfor med yderligere henvisninger.

En markedsdeling kræver som udgangspunkt ikke gentagende bekræftelseshandlinger, hvis kartellet er stabilt, og karteldeltagerne efterlever kartelaftalen. Dette var tilfældet i denne sag, hvor der alene blev foretaget mindre justeringer af markedsdelingsaftalen undervejs, som Diskotekerne ellers var enige om og indrettede sig efter. Det er derfor også helt naturligt, at de centrale handlinger, herunder drøftelse, etablering og koncipering af vilkåret om markedsdelingen, tidsmæssigt kan placeres i starten af overtrædelsesperioden. Det er derfor helt uden betydning, om der foreligger dokumentation for ECIT Accounts bidrag til markedsdelingen i slutningen af overtrædelsesperioden eller ej.

Det forhold, at en markedsdeling har en lang varighed, medfører heller ikke, at der skal føres bevis for, at aftalen løbende er blevet nævnt mv., idet en aftale er gældende, indtil den opsiges eller ophører. Diskotekerne har konkret været bundet af Aftalegrundlaget, indtil de enten har meldt sig ud af NOX, eller indtil markedsdelingsvilkåret blev skrevet ud af Aftalegrundlaget, da hverken Aftalegrundlaget eller vilkåret om markedsdeling havde en ophørsdato.

Det skal i forlængelse heraf bemærkes, at ECIT Account efter det oplyste ikke på noget tidspunkt har taget afstand fra markedsdelingen over for Diskotekerne. Som det fremgår af afsnit 4.1.2.1 ovenfor, følger det af fast retspraksis, at en virksomheds blotte deltagelse i et møde med konkurrencebegrænsende karakter efter omstændighederne kan anses for tilstrækkeligt til at fastslå virksomhedens stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ eller for en tilslutning til mødets resultat, medmindre virksomheden har taget klar afstand over for de øvrige deltagende virksomheders formål med mødet. Et sådant ansvar kan endvidere være ved efter en aftales formelle ophør, når overtrædelsen er fortsat som tidligere aftalt og de deltagende virksomheder ikke aktivt har taget afstand herfra, jf. Østre Landsrets dom af 19. maj 2023 i sagsnr. BS-46875/2021-OLR (Konkurrencerådet mod AFA JCDecaux A/S og Clear Channel Danmark A/S) (MS, s. 514).

Til sammenligning har ECIT Account haft en langt større rolle i overtrædelsen end mange af Diskotekerne, som alene har underskrevet Aftalegrundlaget og eventuelt deltaget i møder i NOX-regi.

ECIT Accounts henvisning til Domstolens dom af 18. januar 2024, C-128/21, Lietuvos notarų rūmai, EU:C:2024:49 (MS, s. 296) kan i øvrigt ikke føre til, at ECIT Account ikke er medansvarlig for overtrædelsen i

nærværende sag, idet ECIT Account er fundet selvstændigt ansvarlig. Der henvises herom nærmere til afsnit 2.2. i processkrift A (E, s. 330ff).

4.1.2.3 Betingelse (ii): ECIT Account havde kendskab til markedsdelingen

Efter styrelsens opfattelse er der endvidere ikke nogen tvivl om, at ECIT Account havde fuldt kendskab til markedsdelingen, og at betingelse (ii) for at kunne statuere (med)ansvar for overtrædelsen derfor er opfyldt, jf. rådsafgørelsens punkt 319-320 (E, s. 83).

Styrelsen bemærker, at der utvivlsomt er tale om en aftale om en markedsdeling mellem Diskotekerne, som ECIT Account har konciperet. Denne skriftlige aftale om markedsdeling blev integreret i Aftalegrundlaget og var gældende igennem hele overtrædelsesperioden, ligesom der løbende blev taget stilling til markedsdelingen på møder og ved revideringer af Aftalegrundlaget, som ECIT Account deltog i henholdsvis bidrog til.

4.1.2.4 Betingelse (iii): ECIT Account havde til hensigt at bidrage til markedsdelingen

Endelig havde ECIT Account til hensigt at bidrage til markedsdelingen, hvorfor den sidste betingelse (iii) for at kunne statuere (med)ansvar også er opfyldt, jf. rådsafgørelsens punkt 321-330 (E, s. 83ff), svarskriftets afsnit 3.5 (E, s. 171ff) og duplikkens afsnit 1.4 (E, s. 247 f). Konkurrencerådet har navnlig lagt vægt på ECIT Accounts aktive og centrale bidrag til markedsdelingen, jf. afsnit 4.1.2.2 ovenfor.

ECIT Accounts hensigt er løbende kommet til udtryk gennem overtrædelsens periode. Sagens materiale viser således, at ECIT har tilsluttet sig overtrædelsen i hele perioden, herunder ved at udforme Aftalegrundlaget og forestå revisioner heraf samt ved at deltage i bestyrelsesmøder i NOX og i møder mellem Diskotekerne og NOX-bestyrelsen, hvor markedsdelingen var et omdrejningspunkt.

ECIT Account gør gældende, at ECIT Account ikke havde til hensigt at bidrage til markedsdelingen. Ifølge ECIT Account havde ECIT Account alene til hensigt at yde bistand til legitime og anerkendelsesværdige formål i forbindelse med NOX, ligesom ECIT Account var i undskyldelig uvidenhed om adfærdens ulovlige karakter.

Det skal herom for det første påpeges, at ECIT Account allerede fremkom med de samme indsigelser i sit høringssvar, og at Konkurrencerådet allerede har inddraget ECIT Accounts bemærkninger i sin analyse og vurdering af betingelsen, jf. rådsafgørelsens punkt 136-140 (E, s. 55f) og punkt 318-330 (E, s. 83ff).

For det andet ydede ECIT Account, som det allerede fremgår af afsnit 4.1.2.2 ovenfor, et aktivt og centralt bidrag til markedsdelingens etablering og vedvarende opretholdelse, hvorfor det efter styrelsens opfattelse kan lægges til grund, at ECIT Account havde til hensigt at bidrage hertil. Til sammenligning følger det af fast retspraksis, at selv passiv deltagelse i form af mødedeltagelse uden offentlig afstandtagen til over-

trædelsen eller kontakt til myndighederne kan medføre, at betingelsen om hensigt er opfyldt, jf. afsnit 4.1.2.1 og 4.1.2.2 ovenfor.

Styrelsen bestrider for det tredje ikke, at ECIT Account også forfulgte et formål om at yde administrativ bistand til NOX. Det er imidlertid uden betydning for, om markedsdelingen havde til formål at begrænse konkurrencen, at parterne også forfulgte et andet lovligt formål, jf. Domstolens dom af 20. november 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 21 (MS, s. 137f). Markedsdelingen var under alle omstændigheder ikke objektivt nødvendig for at gennemføre NOX-samarbejdet, jf. afsnit 4.1.1 ovenfor.

For det fjerde påhviler det professionelle parter at sikre sig, at til enhver tid gældende ret overholdes, jf. f.eks. AC-Treuhand II, præmis 42 (MS, s. 220). Angivelig uvidenhed om adfærdens ulovlige karakter medfører således ikke, at ECIT Account kan undgå medansvar for overtrædelsen.

Endelig er en virksomhed for det femte ikke fritaget for ansvar for overtrædelse af konkurrencereglerne, blot fordi den pågældende virksomhed har foretaget en retlig urigtig kvalificering af sin adfærd som følge af forudgående advokatrådgivning, jf. f.eks. Domstolens dom af 8. juli 2013, Schenker, C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 38-43 (MS, s. 191f) og Højesterets dom af 27. november 2019 trykt i UfR 2020, side 524 H (MS, s. 492). Selv i et tilfælde, hvor en virksomhed har modtaget konkurrenceretlig advokatrådgivning, ændrer det således ikke på, at virksomheden objektivt set har haft til hensigt at bidrage til det fælles mål. I øvrigt modtog NOX først advokatrådgivning i marts 2017, dvs. ca. 13 år efter, at ECIT Account konciperede markedsdelingsaftalen og integrerede den i Aftalegrundlaget (bilag 13 (E, s. 571)). Advokatrådgivningen vedrørte desuden ikke konkurrenceretlige forhold.

4.2 Bødepåstanden

Til støtte for den nedlagte påstand om en civil bøde til ECIT Account på ikke under 30 mio. kr. (eventuelt fratrullet et af retten fastsat beløb for formildende omstændigheder) gøres det overordnet gældende, at ECIT Account har overtrådt forbuddet mod at indgå konkurrencebegrænsende aftaler mv. i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. afsnit 4.1 ovenfor.

4.2.1 Den retlige ramme for bødepålæg og -udmåling

Om den retlige ramme for bødepålæg- og udmåling henvises overordnet til svarskriftets afsnit 4.1 (E, s. 175ff).

I medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1 (MS, s. 709), kan en virksomhed pålægges en civil bøde for forsætlig eller uagtsom overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Udmåling af bødestørrelsen for overtrædelser af konkurrencereglerne skal foretages efter reglerne i konkurrencelovens § 23 b (MS, s. 721), samt de specielle bemærkninger til bestemmelsen som indeholder retningslinjer for bødeudmålingen, jf. Folketingstidende 2020-21, tillæg A, L 116 som fremsat, side 117ff (MS, s. 784ff). Bestemmelsen fastslår, at

der skal tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed, samt til virksomhedens samlede globale koncernomsætning i det regnskabsår, der går forud for rettens afgørelse. Derudover skal bøderne være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

Dernæst skal der tages hensyn til skærpende henholdsvis formildende omstændigheder, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 2 og stk. 3.

Endelig fremgår det af konkurrencelovens § 23 b, stk. 4, at en civil bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne maksimalt kan udgøre 10 pct. af den overtrædende virksomheds samlede koncernomsætning på verdensplan i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen om at pålægge bøden.

Konkurrencelovens § 24, stk. 3 (MS, s. 718), medfører, at forhandlingsprincippet ikke gælder for spørgsmålet om pålæggelse af civile bøder for overtrædelse af konkurrencelovens regler, herunder konkurrencelovens § 6. Retten kan derfor pålægge en virksomhed både en højere og en lavere bøde end det, som styrelsen påstår, jf. Folketingstidende 2020-2021, tillæg A, L 116 af 9. februar 2021 som fremsat, side 138, v.sp. (MS, s. 794).

4.2.2 ECIT Account har forsætligt eller groft uagtsomt overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6

Som beskrevet ovenfor, er det en betingelse for sanktionering i henhold til konkurrencelovens § 23, stk. 1, at den pågældende virksomhed kan tilregnes overtrædelsen som forsætlig eller uagtsom. Inden ændringen af konkurrenceloven den 4. marts 2021, og dermed på tidspunktet for ECIT Accounts overtrædelse af konkurrencereglerne, gjaldt der i konkurrencelovens § 23 imidlertid et krav om, at den pågældende virksomhed kunne tilregnes overtrædelsen som forsætlig eller groft uagtsom. Styrelsen gør gældende, at ECIT Account forsætligt eller groft uagtsomt har bidraget til at etablere og opretholde markedsdelingen mellem Diskotekerne, som udgør overtrædelsen af konkurrencelovens § 6 i nærværende sag. Styrelsen henviser i det hele taget til afsnit 4.1 ovenfor.

4.2.3 Udmålingen af bøden til ECIT Account

Styrelsen gør gældende, at en bøde på ikke under 30 mio. kr. til ECIT Account er passende ud fra en samlet vurdering af de i konkurrencelovens § 23 b fastsatte kriterier for bødens størrelse.

Det bemærkes, at der i dette beløb ikke er taget højde for betydningen af eventuelle formildende omstændigheder.

Derudover kan Sø- og Handelsretten efter omstændighederne lade det indgå i bødeberegningen, at ECIT Account medvirkede til markedsdelingen uden at være aktiv på det marked, der var berørt af den konkurrencebegrænsende adfærd.

Det bemærkes for en ordens skyld, at der siden styrelsens nedlæggelse af bødepåstanden med svarskriftet af 9. februar 2024 er sket en ændring af bødeberegningsprincipperne ved ændringen af konkurrenceloven, der trådte i kraft den 1. juli 2024. Styrelsen har vurderet, at denne lovændring ikke giver anledning til ændring af bødepåstanden, idet en bøde efter de nye bødeberegningsprincipper må forventes at overstige den nuværende bødepåstand væsentligt, bl.a. henset til den relevante omsætning og overtrædelsens lange varighed, jf. nærmere afsnit 3.1 i processkrift A (E, s. 335f).

For en uddybende gennemgang af styrelsens udmåling af bøden til ECIT Account henvises til svarskriftets afsnit 4.1 (E, s. 175ff), duplikkens afsnit 2.1 (E, s. 250ff) og afsnit 3 i processkrift A (E, s. 335ff). Styrelsen har i det følgende alene oplistet de mest centrale forhold vedrørende beregningen af bødepåstanden.

Det er styrelsens vurdering, at bødens grundbeløb skal fastsættes til 10 mio. kr. Styrelsen har i den forbindelse lagt vægt på følgende forhold, jf. nærmere rådsafgørelsens punkt 317-330 (E, s. 83ff):

- Overtrædelsen består i en horisontal geografisk markedsdeling, hvilket efter fast praksis anses for at udgøre en *alvorlig* overtrædelse af konkurrenceloven.
- ECIT Account havde en aktiv og central rolle i markedsdelingens etablering og opretholdelsen heraf.
- ECIT Account havde fuldt kendskab til markedsdelingen og en hensigt om at bidrage til den.
- ECIT Account havde skrevet ind i Aftalegrundlaget, at medlemmerne af NOX tillige skulle være kunder hos ECIT Account. ECIT Account har derfor løbende modtaget honorar for sine ydelser til NOX og Diskotekerne. Vilåret blev først skrevet ud ved revideringen i 2013.

For så vidt angår overtrædelsens varighed, fandt ECIT Accounts overtrædelse sted i perioden fra den 13. juli 2004 til den 24. marts 2020 og havde dermed en varighed på ca. 15,5 år. Grundbeløbet på 10 mio. kr. skal derfor forhøjes med 155 pct., således at bøden herefter fastsættes til 25,5 mio. kr.

Det følger yderligere af lovforarbejderne, at der ved alvorlige og meget alvorlige overtrædelser skal tages hensyn til virksomhedens omsætning, idet bøderne i disse tilfælde skal indebære en væsentlig omkostning for virksomheden mv. relativt til dens omsætning. Årsagen hertil er, at bøder for den samme type overtrædelse skal virke økonomisk ensartet for store og små virksomheder, jf. Folketingstidende 2020-2021, tillæg A, L 116 af 9. februar 2021 som fremsat, side 118, v.sp. nederst-h.sp. øverst (MS, s. 785). I den forbindelse skal der tages hensyn til den pågældende virksomheds samlede koncernomsætning på verdensplan i det regnskabsår, der går forud for rettens afgørelse.

ECIT Account er en del af ECIT-koncernen med det norske moderselskab ECIT AS, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 4.2.4. ECIT-koncernens samlede globale omsætning udgjorde i 2023 3,438 mia. norske kr., jf. bilag 70 (E, s. 810), hvilket svarer til ca. 2,2 mia. danske kr.

Under hensyn til, at bøden for alvorlige overtrædelser skal indebære en væsentlig omkostning for virksomheden relativt til dens globale koncernomsætning, er det styrelsens vurdering, at bøden skal forhøjes med et tillæg på 4,5 mio. kr., således at bøden fastsættes til 30 mio. kr.

Styrelsen anerkender, at der kan foreligge formildende omstændigheder, der kan begrunde en eventuel nedsættelse af bødens størrelse. Styrelsen gør samtidig gældende, at ECIT Account ikke har dokumenteret, at der skulle foreligge formildende omstændigheder, jf. nærmere herom i duplikkens afsnit 2.2 (E, s. 255ff).

Bødeloftet er ifølge styrelsen ikke relevant i nærværende sag, idet den samlede globale koncernomsætning i 2023 udgjorde ca. 2,2 mia. kr., og bødeloftet derfor vil være på 220 mio. kr., hvilket væsentligt overstiger bødepåstanden.

4.2.4 Ved udmålingen af bøden skal der tages hensyn til ECIT-koncernens omsætning

ECIT Account gør gældende, at der ved hensyntagen til virksomhedens omsætning og ved beregningen af bødeloftet, jf. afsnit 4.2.3, ikke skal tages hensyn til ECIT-koncernens omsætning, men alene til ECIT Accounts egen omsætning. ECIT Account begrundet dette med, at koncernbegrebet i konkurrenceloven ifølge ECIT Account skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis om begrebet "økonomisk enhed", og at ECIT Account angiveligt ikke er en del af samme økonomiske enhed som moderselskabet ECIT AS. På den baggrund er det ECIT Accounts vurdering, at der ikke er grundlag for at forøge en eventuel bøde på baggrund af virksomhedens omsætning, og at en eventuel bøde som følge af bødeloftet maksimalt kan fastsættes til 3,6 mio. kr., idet det alene er ECIT Accounts egen omsætning på 36,57 mio. kr., der skal tages hensyn til.

Det er styrelsen uenig i.

For det første fremgår det af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 23 b, at det er reglerne i omsætningsbekendtgørelsen, som finder anvendelse ved beregningen af en virksomheds omsætning, herunder koncernomsætning:

"Ved fastlæggelsen af en virksomheds omsætning skal der tages udgangspunkt i de regler, der gælder ved beregningen af omsætning, jf. bekendtgørelse nr. 1286 af 26. november 2019. Det er den globale koncernomsætning, der skal tages hensyn til, og ikke kun omsætningen i den virksomhed, der har begået overtrædelser." (vores understregning)

For det andet har det ikke været lovgivers intention, at begrebet "økonomisk enhed" skal lægges til grund for bødeudmålingen i Danmark.

Anvendelsen af civile bøder i konkurrencesager, herunder konkurrencelovens § 23 b om bødeudmåling, blev indført ved implementeringen af ECN+-direktivet ved ændringen til konkurrenceloven af 4. marts 2021. Det følger hverken af ECN+-direktivet eller af forarbejderne til konkurrencelovens § 23 b, at begrebet "økonomisk enhed" skal lægges til grund for bødeudmålingen.

Til sammenligning blev konkurrencelovens § 23 a om moderselskabsansvar også indført ved denne lovændring, og det fremgår udtrykkeligt af de specielle bemærkninger til denne bestemmelse, at begrebet "økonomisk enhed" – i overensstemmelse med EU-praksis – er afgørende, idet moderselskabets ansvar i sådanne sager er et fuldt ud afledt ansvar, jf. Folketingstidende 2020-2021, tillæg A, L 116 af 9. februar 2021 som fremsat, side 115 (MS, s. 782). Nærværende sag drejer sig ikke om at pålægge ECIT AS et afledt ansvar for ECIT Accounts adfærd, og det er således heller ikke afgørende, om ECIT AS har udøvet afgørende indflydelse på ECIT Account, som er en betingelse for at et moderselskab kan holdes ansvarlig for datterselskabets konkurrencelovsovertrædelser.

Det er endvidere misvisende, når ECIT Account til støtte for sit anbringende om, at koncernbegrebet skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis om begrebet "økonomisk enhed" henviser til, at konkurrenceloven i sin helhed skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis og til de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 5 om koncerninterne aftaler. ECIT Accounts henvisninger vedrører specifikt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mv. og fritagelse af koncerninterne aftaler mod dette forbud (konkurrencelovens kapitel 2) – ikke sanktioner for overtrædelser (konkurrencelovens kapitel 8).

Koncernbegrebet i omsætningsbekendtgørelsen, som finder anvendelse i nærværende sag, er indholdsmæssigt ikke det samme som begrebet "økonomisk enhed". Koncernomsætningen omfatter en virksomheds tilknyttede virksomheder, jf. omsætningsbekendtgørelsens § 2, stk. 1 (MS, s. 724). Tilknyttede virksomheder forstås bl.a. som virksomheder, der besidder mere end halvdelen af kapitalen i den pågældende virksomhed eller som kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne af ledelsesorganet i den pågældende virksomhed, jf. omsætningsbekendtgørelsens § 3, nr. 1 (MS, s. 724). Det vil sige et moderselskab. Det samme gør sig gældende for eventuelle datter- og søsterselskaber, jf. omsætningsbekendtgørelsens § 3, nr. 1 og nr. 2.

ECIT AS, det norske moderselskab, besidder 70 pct. af ejerandelene i ECIT Account, ligesom ECIT AS har udpeget halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne i ECIT Account, herunder bestyrelsesformanden hvis stemme er afgørende ved stemmelighed, jf. nærmere nedenfor i afsnit 4.2.4.2. ECIT Account er en del af ECIT-koncernen, og det er således ECIT AS' koncernomsætning på globalt plan, der er relevant for bødeberegningen, herunder for bødeloftet på 10 pct., som også beskrevet i svarskriftets afsnit 4.1.2 (E, s. 175f) og duplikkens afsnit 2.3 (E, s. 258ff).

Selv hvis retten måtte komme frem til, at det er afgørende for opgørelsen af den relevante omsætning og bodeloftet, om ECIT Account og ECIT AS er en del af samme økonomiske enhed, gøres det gældende, at ECIT Account og ECIT AS er en del af samme økonomiske enhed, jf. nærmere i det følgende.

4.2.4.1 Bevisbyrden for udøvelse af afgørende indflydelse

Parterne er enige om, at det afgørende for, om virksomheder indgår i samme økonomiske enhed er, om moderselskabet udøver afgørende indflydelse på datterselskabet.

Der gælder i den forbindelse en formodningsregel om, at et moderselskab udøver afgørende indflydelse, når moderselskabet ejer hele eller størstedelen af kapitalen i datterselskabet eller besidder alle de stemmerettigheder, der er knyttet til dets datterselskabs aktier, jf. f.eks. Domstolens dom af 27. januar 2021, Goldman Sachs, C-595/18 P, præmis og 35-36 (MS, s. 1061)¹⁰, Rettens dom af 17. maj 2011, Elf Aquitaine, T-299/08, EU:T:2011:217, præmis 54-57 (MS, s. 901f)¹¹, og de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 23 a, stk. 1 (Folketingstidende 2020-2021, tillæg A, L 116 af 9. februar 2021 som fremsat, side 115, v.sp.-h.sp. (MS, s. 782)).

Parterne er endvidere enige om, at såfremt formodningsreglen ikke er opfyldt, så er moderselskabet og datterselskabet en del af samme økonomiske enhed, såfremt (i) moderselskabet kan udøve afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd på markedet, og (ii) moderselskabet faktisk udøver afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd på markedet, jf. f.eks. Rettens dom af 9. september 2015, Toshiba, T-104/13, EU:T:2015:610, præmis 95 (MS, s. 1000).

Parterne ser endelig også umiddelbart ud til at være enige om, at det faktum, at et moderselskab *kan* udøve afgørende indflydelse (betingelse (i)), kan være tilstrækkeligt til at opfylde betingelse (ii) om faktisk udøvet indflydelse. Parterne ser dog ud til at være uenige om, hvor meget der konkret skal til for, at denne betingelse kan anses for at være opfyldt.

ECIT Account gør således gældende, at det "*med tilstrækkelig sikkerhed [skal kunne] udledes af moderselskabets beføjelser over for datterselskabet, at moderselskabet som følge af disse beføjelser nødvendigvis faktisk udøver sådan en indflydelse*", jf. processkrift 1, side 44 (E, s. 314).

Styrelsen er uenig i ECIT Accounts udlægning. I det følgende vil styrelsen opsummere de centrale forhold, der efter fast retspraksis kan lægges vægt på i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger afgørende indflydelse. Det er i den forbindelse væsentligt at bemærke, at alle økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem selskaberne skal inddrages i vurderingen, jf. Rettens dom af 9. september 2015, Toshiba, T-104/13, EU:T:2015:610, præmis 93 (MS, s. 999f).

Organisatoriske forbindelser mellem moder- og datterselskabet:

Forhold, som f.eks. at moderselskabet besidder rettigheder, der vedrører udpegelse eller tilbagekaldelse af den øverste ledelse i datterselskabet, eller at moderselskabet er repræsenteret i datterselskabets ledende organer, kan udgøre stærke indicier for afgørende indflydelse, jf. f.eks. Rettens dom af 9. september 2015, Toshiba, T-104/13, EU:T:2015:610, præmis 107 (MS, s. 1002), og Rettens dom af 13. december 2013, HSE, T-399/09, EU:T:2013:647, præmis 38 og 93 (MS, s. 956 og s. 965f).

Sidstnævnte gør sig særligt gældende, såfremt den eller de pågældende personer tillige besidder betydningsfulde stillinger i moderselskabet. Årsagen hertil er, at sådanne personer kan sikre sig, at datterselskabets markedspolitiske linje er i overensstemmelse med de retningslinjer, som moderselskabets ledelsesorganer har fastlagt. Det behøver ikke at være ved at gennemtvinge beslutninger i datterselskabets ledende organer. Det er tilstrækkeligt, at det sker via forretningsmæssige forbindelser mellem moderselskabet og datterselskabet, herunder f.eks. via vidensdeling, dialog og tilsyn, jf. Kommissionens beslutning af 15. oktober 2014, Slovak Telekom, AT.39523, punkt 1292, litra c, som opretholdt af Retten i sin dom af 13. december 2018, Deutsche Telekom, T-827/14, præmis 232-238 (MS, s. 1023f), Rettens dom af 13. december 2013, HSE, T-399/09, EU:T:2013:647, præmis 93 (MS, s. 965f), og Rettens dom af 12. juli 2011, Fuji Electric, T-132/07, EU:T:2011:344, præmis 184 (MS, s. 910f).

Der er i den forbindelse ikke et krav om, at flere personer er involveret for at etablere kontrol fra moderselskabet over dets datterselskab. Det er tilstrækkeligt, at blot én person besidder en ledende stilling i både moder- og datterselskabet, jf. Domstolens dom af 18. januar 2017, Toshiba, C-623/15 P, EU:C:2017:21, præmis 76 (MS, s. 1016).

Det er heller ikke et krav, at der faktisk udøves tilsyn, instrukser eller lignende, idet et moderselskab kan udøve afgørende indflydelse på sine datterselskaber uden at benytte en tilsynsret og uden konkret at give instrukser eller anvisninger, jf. Rettens dom af 9. september 2015, Toshiba, T-104/13, EU:T:2015:610, præmis 121 (MS, s. 1005).

Kontraktuelle rettigheder og forpligtelser, herunder medbestemmelsesret:

Efter fast retspraksis kan der endvidere lægges vægt på, om udøvelse af afgørende indflydelse kan udledes af kontraktuelle rettigheder og forpligtelser, jf. f.eks. Domstolens dom af 18. januar 2017, Toshiba, C-623/15 P, EU:C:2017:21, præmis 51 (MS, s. 1013), Rettens dom af 12. juli 2011, Fuji Electric, T-132/07, EU:T:2011:344, præmis 193 (MS, s. 912), og Rettens dom af 11. december 2003, Minoan Lines, T-66/99, EU:T:2003:337, præmis 110 (MS, s. 820).

Informationsflow:

Det følger videre af praksis, at informationsflow, herunder f.eks. moderselskabets monitorering af finansielle data, kan anses for en indikation på udøvelse af afgørende indflydelse, jf. Kommissionens beslutning af 15. oktober 2014, Slovak Telekom, AT.39523, punkt 1265 (MS, s.

1104), som opretholdt af Retten i sin dom af 13. december 2018, Deutsche Telekom, T-827/14, EU:T:2018:930, præmis 244-247 (MS, s. 1025). Informationsflow i forening med eksempelvis adgangen til dialog via repræsentation i datterselskabet kan endvidere være tilstrækkeligt til at dokumentere udøvelse af afgørende indflydelse, jf. Rettens dom af 13. december 2013, HSE, T-399/09, EU:T:2013:647, præmis 99 (MS, s. 966f).

Branding og præsentation udadtil (indicium):

Endelig er det et indicium, hvis datterselskabet og moderselskabet til omverdenen præsenterer sig selv som en del af samme koncern, jf. Rettens dom af 13. december 2012, HSE, T-399/09, EU:T:2013:647, præmis 36 (MS, s. 956), herunder f.eks. som følge af anvendelse af samme branding og logo, jf. Rettens dom af 13. december 2018, Deutsche Telekom, T-827/14, præmis 433-434 (MS, s. 1039) med henvisning til Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014, Slovak Telekom, AT.39523, punkt 1429 (MS, s. 1114f).

4.2.4.2 ECIT Account og ECIT AS udgør en økonomisk enhed, idet ECIT AS udøver afgørende indflydelse på ECIT Account

Efter styrelsens opfattelse dokumenterer en lang række forhold samlet set, at ECIT AS – i overensstemmelse med de i retspraksis statuerede indicier, jf. lige ovenfor – udøver afgørende indflydelse over ECIT Account. Styrelsen har i støttebilag A udarbejdet en oversigt over de mest centrale forhold, som bl.a. omfatter:

- ECIT AS har aktiemajoriteten (70 pct.) i ECIT Account og kan derfor selvstændigt træffe beslutninger på generalforsamlingen,
- ECIT AS har udpeget to ud af fire bestyrelsesmedlemmer i ECIT Account, herunder formanden, som har den afgørende stemme ved stemmelighed og er tagningsberettiget,
- ECIT Account skal følge ECIT-koncernens retningslinjer og standarder samt strategi,
- ECIT Account har en lang række pligter og rettigheder i forhold til ECIT AS, som følger af ejer-aftalen (bilag 59 (E, s. 673)), herunder skal ECIT Account f.eks. deltage i en fælles cash pool og kan ikke stifte gæld uden accept fra ECIT AS,
- ECIT AS er med til at godkende ECIT Accounts budget efter eventuelle justeringer,
- ECIT AS modtager information om ECIT Accounts økonomi mv. – både i kraft af ECIT AS' bestyrelsesposter i ECIT Account og i kraft af koncernrevision, og
- ECIT Account præsenteres som en del af ECIT-koncernen udadtil – både i regnskab og på hjemmeside mv., herunder ved brug af samme logo.

Selv om forholdene, som påviser ECIT AS' udøvelse af afgørende indflydelse, er behandlet særskilt i støttebilaget, skal det for god ordens skyld bemærkes, at styrelsen – i overensstemmelse med praksis – har foretaget en samlet vurdering af alle forholdene og beviserne i sagen.

Det bemærkes i øvrigt, at ECIT Account i det væsentligste ikke har efterkommet styrelsens opfordring (3), jf. nærmere afsnit 5 nedenfor.

4.2.5 ECIT Accounts øvrige indsigelser mod bødepåstanden

4.2.5.1 Bøden bør ikke nedsættes som følge af angiveligt manglende betalingssevne

ECIT Account gør gældende, at bøden skal nedsættes til 1,75-1,9 mio. kr., hvilket ifølge ECIT Account vil svare til ECIT Accounts maksimale betalingsevne. Styrelsen er uenig i, at bøden skal nedsættes som følge af ECIT Accounts angivelige manglende betalingsevne, jf. nærmere afsnit 3.3.2 i processkrift A (E, s. 339ff).

Her skal det bemærkes, at der kun rent undtagelsesvist kan lægges vægt på en virksomheds manglende betalingsevne, såfremt virksomheden har tilvejebragt tilstrækkelig og troværdig dokumentation, f.eks. i form af revisorerklæring eller lignende fornøden og uafhængig dokumentation, jf. princippet i straffelovens § 51, stk. 3. Endvidere bemærkes det, at ECIT Accounts moderselskab, ECIT AS, i 2023 havde en global koncernomsætning på ca. 2,2 mia. danske kr., jf. afsnit 4.2.3 ovenfor. Såfremt retten måtte pålægge ECIT Account en bøde på mere end 1,9 mio. kr., vil det således alene være et spørgsmål om, hvorvidt der er en betalingsvilje og ikke et spørgsmål om betalingsevne.

Selv hvis retten måtte finde, at ECIT Account har en manglende betalingsevne, betyder det imidlertid ikke, at bøden skal nedsættes. ECIT Account vil i så fald blot skulle betale den del af bøden, som ECIT Account har betalingsevne til. Dette beløb må efter styrelsens opfattelse være markant større end 1,75-1,9 mio. kr. og end 3.869.915 kr. som anført i Martinsen Statsautoriseret Revisionspartnerselskabs erklæring (bilag 104 (E, s. 835)), jf. lige nedenfor.

For det første fremgår det af ECIT Accounts årsrapporter for årene 2020-2023, at ECIT Accounts ejere hvert år valgte at udlodde så godt som eller hele det tilgængelige overskud som udbytte til ejerne (mellem ca. 5,2 mio. kr. og 6,6 mio. kr.) (bilag 82-85 (E, s. 635, s. 667, s. 701 og s.781)).

Dette på trods af, at ECIT Account allerede blev bekendt med konkurrencesagen den 3. marts 2020, hvor ECIT Account var omfattet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelse, ligesom ECIT Account modtog meddelelse om betænkeligheder den 2. juli 2020, jf. rådsafgørelsens punkt 23-24 (E, s. 23f).

Det fremgår i den forbindelse også af ECIT Accounts årsrapporter for årene 2021-2022, at selskabet er genstand for en undersøgelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om mulig medvirken til overtrædelse

af konkurrencelovens § 6, og at det er usikkert, om undersøgelsen resulterer i et krav mod selskabet, herunder hvad kravets økonomiske størrelse i givet fald bliver (bilag 83 og 84 (E, s. 671 og s. 707)). I de pågældende år valgte ECIT Account alligevel at udlodde henholdsvis ca. 6,4 mio. kr. og 5,9 mio. kr. i udbytte til ejerne (bilag 83 og 84 (E, s. 667. og s. 701)).

Af ECIT Accounts årsrapport for 2023, som blev aflagt efter Konkurrencerådet traf afgørelse i sagen den 25. oktober 2023, fremgår mere konkret, at ECIT Account af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er kendt skyldig i overtrædelsen, og at styrelsen har varslet at ville *"nedlægge en bødepåstand på et ikke uvæsentligt millionbeløb"*. ECIT Accounts ledelse og advokat vurderede på daværende tidspunkt, at bøden vil blive 0-5 mio. kr., men ledelsen besluttede alene at afsætte 1 mio. kr. til dækning af sagen og udlodde 5,2 mio. kr. i udbytte til ejerne (bilag 85 (E, s. 781 og s. 788)).

Det fremgår videre for det andet af ECIT Accounts årsrapport for 2023, at selskabet pr. 31. december 2023 havde en likvid beholdning på 9 mio. kr., jf. bilag 85 (E, s. 782).

For det tredje oplyses det i Martinsen Statsautoriseret Revisionspartnerselskabs erklæring, at ECIT Accounts betalingsevne for en overtrædelse af konkurrencereglerne i hvert fald svarer til 3.869.915 kr., når det lægges til grund, at ECIT Account *"fortsat [skal] have evnen til at fortsætte driften i en alt andet lige situation"*, jf. bilag 104 (E, s. 835). Hertil bemærkes, at en civil bøde som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne skal have en afskrækkende virkning, jf. ovenfor i afsnit 4.2.1. Lovgiver har således ikke lagt op til, at virksomheden skal kunne fortsætte sin drift *"i en alt andet lige situation"*, dvs. i en kontrafaktisk situation, som hvis den ikke havde overtrådt konkurrencereglerne. Tværtimod skal den civile bøde kunne mærkes.

I erklæringen forholder Martinsen Statsautoriseret Revisionspartnerselskab sig i øvrigt ikke til, (i) at ECIT Account i årene 2020-2023 valgte at udlodde hele det tilgængelige overskud som udbytte til ejerne, selv om ECIT Account på det tidspunkt var bekendt med konkurrencesagen, (ii) at ECIT Account er datterselskab i ECIT-koncernen, hvis samlede globale omsætning i 2023 udgjorde ca. 2,2 mia. kr., jf. afsnit 4.2.3 ovenfor, samt (iii) hvorvidt ECIT Account har adgang til ekstern finansiering i forbindelse med betaling af en evt. bøde, f.eks. via udvidelse af sin kreditramme.

4.2.5.2 Styrelsens beregning af bødepåstanden er ikke i strid med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning

ECIT Account anfører også, at styrelsens bødeberegning er i strid med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, idet Diskotekernes bødevedtagelser i 2021 er udmålt ud fra deres omsætning i 2020, mens en eventuel bøde til ECIT Account efter styrelsens opfattelse skal udmåles på baggrund af koncernomsætningen i det seneste regnskabsår forud for rettens afgørelse. Ifølge ECIT Account er dette udtryk for en lempeligere behandling af Diskotekerne, idet 2020 var kendetegnet ved lange

perioder med nedlukninger grundet COVID-19, hvor Diskotekerne således ikke kunne generere omsætning.

Styrelsen er ikke enig i, at der er sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, og at dette kan føre til, at bøden skal nedsættes i forhold til ECIT Account, jf. nærmere processkrift A, afsnit 3.2 (E, s. 336ff).

Styrelsens beregning – både af Diskotekernes bøder og af ECIT Accounts evt. bøde – er foretaget i overensstemmelse med hovedreglen i konkurrencelovens § 23 b, herunder med stk. 1 om det relevante regnskabsår (MS, s. 721), og omsætningsbekendtgørelsens bestemmelser (MS, s. 724f). Styrelsen behandlede ikke Diskotekerne på en særlig måde ved f.eks. at anvende undtagelsen i omsætningsbekendtgørelsen om brug af andet regnskabsår. Der foreligger heller ikke ekstraordinære omstændigheder i forhold til ECIT Account, som kan begrunde en fravigelse af hovedreglen i konkurrencelovens § 23 b, stk. 1, 2. punkt. Styrelsens fremgangsmåde er derfor helt i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Det havde i øvrigt ikke gjort en nævneværdig forskel, om bødepåstanden var beregnet ud fra ECIT Accounts omsætning i eksempelvis 2020 eller 2023, idet ECIT Accounts omsætning var upåvirket af COVID-19, jf. skemaet på side 36 i processkrift 1 (E, s. 306).

4.2.5.3 Bødeniveauet i praksis

ECIT Account gør videre gældende, at bødeniveauet for sammenlignelige og mere alvorlige overtrædelser i dansk praksis ligger langt lavere end styrelsens bødepåstand i nærværende sag.

Det er overordnet styrelsens synspunkt, at bødens størrelse i nærværende sag er udmålt til det korrekte niveau, jf. nærmere duplikkens afsnit 2.1.3 (E, s. 252ff). Bøden er således beregnet i overensstemmelse med bødeberegningsprincipperne i konkurrencelovens § 23 b og forarbejderne hertil. Flere af de domme, som ECIT Account henviser til i skriftvekslingen, angår overtrædelser, hvoraf en stor del er begået forud for lovændringen den 1. marts 2013, hvorefter lovgiver ønskede at skærpe sanktioneringen væsentligt, jf. Folketingstidende 2012-2013, tillæg A, L 41 af 26. oktober 2012 som fremsat, side 4 og side 9, v.sp. (MS, s. 762 og s. 767). I bøderne i de omtalte sager skete der også et fradrag af formildende omstændigheder, hvorimod bødepåstanden i nærværende sag er beregnet før fradrag af eventuelt formildende omstændigheder (som stadig ikke er dokumenteret).

Bødepåstanden skal også ses i lyset af overtrædelsens meget lange varighed på ca. 15,5 år, hvilket medfører et tillæg på 155 pct. Foruden den i duplikkens afsnit 2.1.3 refererede praksis (E, s. 252ff), henviser styrelsen også til Hugo Boss Nordic ApS' henholdsvis Axel Kaufmann ApS' bødevedtagelser for alvorlige overtrædelser af konkurrenceloven af væsentligt kortere varighed end nærværende sag, jf. National Enhed for Særlig Kriminalitets bødeforlæg af 19. august 2024 i sag nr. SØK-91250-00002-21 på 12 mio. kr. og bødeforlæg af 24. maj 2024 i sag nr. SØK-91250-00002-21 på 6 mio. kr. (MS, s. 1305f og s. 1309f).

4.2.5.4 Særligt om Vejstribesagen og nærværende sag

ECIT Account gør endelig gældende, at ECIT Account helt skal fritages for bøde som følge af, at nærværende sag er sammenlignelig med Vejstribesagen, alternativt at ECIT Account alene bør pålægges en symbolsk bøde, som det var tilfældet i Kommissionens beslutning af 10. december 2003, Organic Peroxides, jf. afgørelsens punkt 454 (MS, s. 396f).

For det første er styrelsen uenig i ECIT Accounts udlægning af Vejstribesagens betydning for nærværende sag og henviser til sine uddybende bemærkninger herom i duplikkens afsnit 2.1.2 (E, s. 251f) og proceskrift A, afsnit 3.3.1 (E, s. 338f).

Her skal det bemærkes, at ECIT Account ikke, modsat parterne i Vejstribesagen, var i en undskyldelig retsvildfarelse om, at markedsdelingen i sagen ikke var i strid med konkurrenceloven.

Det følger således klart af konkurrenceloven og af retspraksis, at aftaler mv. om markedsdeling udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne, samt at en virksomhed kan blive medansvarlig for en konkurrencebegrænsende aftale mv., selv om virksomheden ikke er aktiv på det relevante marked (kartelfacilitering), jf. afsnit 4.1.1 og 4.1.2.1 ovenfor. I den materielle del af Vejstribesagen derimod angik den mest omdiskuterede vurdering – både ved Konkurrenceankenævnet, Sø- og Handelsretten og Højesteret – ikke spørgsmålet om, hvorvidt den udøvede adfærd (konkret budkoordinering) er i strid med konkurrenceloven, men i stedet hvorvidt de to virksomheder var konkurrenter (konkurrentanalysen). Det blev endelig afgjort ved Højesterets dom.

Endvidere havde parterne i Vejstribesagen forud for overtrædelsen modtaget rådgivning fra to advokater med speciale i konkurrenceret om adfærdens lovlighed i henhold til konkurrencereglerne. I nærværende sag modtog ECIT Account ikke rådgivning om adfærdens lovlighed i henhold til konkurrencereglerne. Som det allerede fremgår af afsnit 4.1.2.4 ovenfor, fik NOX i marts 2017 (dvs. ca. 13 år efter, at ECIT Account bistod Diskotekerne med at etablere markedsdelingen og løbende var aktivt involveret i dens opretholdelse og håndhævelse) en advokat til at opdatere NOX' vedtægter, som i den forbindelse modtog Aftalegrundlaget indeholdende markedsdelingsvilkåret (bilag 13 (E, s. 571)). Advokatrådgivningen havde således ikke nogen betydning for ECIT Accounts adfærd i nærværende sag.

Styrelsen er for det andet uenig i, at ECIT Account alene skal pålægges en symbolsk bøde, på samme måde som Kommissionen gjorde til kartelfacilitatoren i Organic Peroxides. Kommissionen pålagde alene en symbolsk bøde til kartelfacilitatoren, idet der var tale om en praksisændring hos Kommissionen, og idet der på tidspunktet for AC-Treuhand's adfærd ikke forelå retspraksis om kartelfacilitatorer, jf. punkt 454 i afgørelsen (MS, s. 396f). Retten stadfæstede denne bøde i AC-Treuhand I. Sidenhen har EU-Domstolen afsagt domme i AC-Treuhand II og Icap, som også vedrørte kartelfacilitatorer. I nærværende sag foreligger der således fast retspraksis for, at virksomheder, der ikke er aktive på det

relevante marked, kan ifalde (med)ansvar for konkurrencebegrænsende aftaler mv., jf. i nærmere afsnit 4.1.2.1 ovenfor.

5. ECIT ACCOUNTS MANGLENDE BESVARELSE AF OPFORDRINGER

Styrelsen har under skriftvekslingen fremsat flere processuelle opfordringer, hvoraf en del efter styrelsens opfattelse fortsat ikke er besvaret eller ikke besvaret fyldestgørende. Det drejer sig konkret om opfordring (1), opfordring (3) og opfordring (4), som behandles hver for sig nedenfor i afsnit 5.1-5.3.

5.1 Styrelsens opfordring (1)

Under kontrolundersøgelsen hos ECIT Account den 24. marts 2020 fandt styrelsen en word-version af Aftalegrundlaget, dateret 28. november 2013, på Ivan Nielsens computer. Word-versionen af Aftalegrundlaget er således dateret få dage før bestyrelsesmødet i NOX den 2. december 2013, hvor det nye Aftalegrundlag, inkl. markedsdelingsvilkåret, blev præsenteret, jf. afsnit 3.2 ovenfor. Det fremgår endvidere af dokumentoplysningerne, at det er Hanne Nielsen, der var forfatter til versionen af Aftalegrundlaget, som blev fundet på Ivan Nielsens computer, jf. bilag I (E, s. 463).

ECIT Account anfører, at word-versionen af Aftalegrundlaget alene lå på Ivan Nielsens computer, fordi direktøren for NOX, Michael Schrøder, via mail ofte spurgte ECIT Account om hjælp til at printe diverse dokumenter, idet NOX og ECIT Account var placeret i samme bygning, jf. stævningen, side 27 (E, s. 129).

Styrelsen opfordrede (1) derfor ECIT Account til at fremlægge mailkorrespondance dateret på eller omkring den 28. november 2013, hvori Michael Schrøder beder Ivan Nielsen om at printe Aftalegrundlaget. Til besvarelsen heraf har ECIT Account fremlagt bilag 30 til 32 (E, s. 467, s. 469 og s. 471), som er tre mails fra Michael Schrøder til Hanne Nielsen fra ECIT Account, hvor Michael Schrøder beder Hanne Nielsen om at printe dokumenter, herunder bl.a. underskrevne eksemplarer af Aftalegrundlaget og en præsentation om Aftalegrundlaget. Imidlertid er der tale om mails, der er tilgået Hanne Nielsen og ikke Ivan Nielsen, hvorfor de fremlagte mails ikke giver nogen forklaring på, at Aftalegrundlaget blev fundet på Ivan Nielsens computer, og at Hanne Nielsen stod som forfatter af den pågældende version. De fremlagte mails blev endvidere sendt i perioden mellem den 10. december 2013 og den 6. januar 2014, dvs. to uger og mere senere end word-versionen af Aftalegrundlaget er dateret. ECIT Account har således fortsat ikke dokumenteret, at Aftalegrundlaget kun lå på Ivan Nielsens computer, fordi Ivan Nielsen bistod Michael Schrøder med print af Aftalegrundlaget.

5.2 Styrelsens opfordring (3.1)-(3.5)

Styrelsen fremsatte endvidere med duplikken opfordring (3) angående fremlæggelse af relevante oplysninger til brug for styrelsens vurdering af, om ECIT AS har afgørende indflydelse over ECIT Account, jf. punkt

130 i duplikken (E, s. 265). Trods angivelsen af specifikke dokumenter afviste ECIT Account i det væsentligste opfordringen med bemærkning om, at det ikke var muligt at fastlægge opfordringens indhold, og at opfordringen var uproportionel. I processkrift A opdelte styrelsen derfor opfordringen i opfordring (3.1)-(3.5) (E, s. 345 og s. 347f).

Opfordring (3.2) er besvaret ved, at ECIT Account i processkrift 2, afsnit 2.3 (E, s. 353), anfører, at der ikke eksisterer aftaler om grænser for den administrerende direktørs kompetence i henhold til ejeraftalens punkt 4.7 (bilag 59 (E, s. 676)).

Opfordring (3.4) er ligeledes besvaret ved, at ECIT Account i processkrift 2, afsnit 2.5 (E, s. 353), anfører, at der ikke eksisterer opdaterede vedtægter, som det ellers fremgår af ejeraftalens punkt 1.4 (E, s. 673).

Opfordring (3.1), (3.3) og (3.5) er derfor efter styrelsens opfattelse fortsat ikke besvaret eller ikke besvaret fyldestgørende, jf. nærmere nedenfor.

5.2.1 Opfordring (3.1): Korrespondance angående budgetter, herunder eventuelle justeringer og godkendelse af budget

ECIT Accounts besvarelse af opfordring (3.1) i processkrift 2, afsnit 2.2 (E, s. 352), vedrører primært korrespondance om budgetter mellem ECIT Account og ECIT AS, selv om det fremgår af styrelsens opfordring og af ECIT Accounts egen gengivelse heraf, at opfordringen først og fremmest vedrører korrespondance angående budgetter i ECIT Accounts bestyrelse, herunder bestyrelsens eventuelle justeringer og godkendelse (dvs. internt i ECIT Account). Det af ECIT Account anførte i processkrift 2 om eventuel korrespondance mellem ECIT Account og ECIT AS om budgetter mv., herunder eventuelle godkendelsesprocedurer, udgør dermed ikke en tilstrækkelig besvarelse af opfordring (3.1).

ECIT Account anfører tillige, at Klaus Jensen, bestyrelsesformand i ECIT Account og executive vice president i ECIT AS, ikke har adgang til at se ECIT Accounts bogføring, ligesom ECIT Accounts bestyrelse hverken justerer eller godkender ECIT Accounts budgetter.

Det forekommer styrelsen usandsynligt, at bestyrelsen i ECIT Account på forsvarlig vis kan udføre sine opgaver i henhold til selskabsretlig lovgivning, uden at bestyrelsen bliver forelagt selskabets finansielle data og er involveret i godkendelsesprocessen heraf. Det følger således bl.a. af selskabslovens § 115, nr. 1, nr. 4 og nr. 5, at bestyrelsen i et kapitalsekskab skal sikre en forsvarlig organisation af kapitalsekskabets virksomhed ved at påse, (i) at bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter kapitalsekskabets forhold er tilfredsstillende, (ii) at bestyrelsen løbende modtager fornødne rapporteringer om kapitalsekskabets finansielle forhold, og (iii) at bestyrelsen til enhver tid er forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre sig, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.

Uanset om ECIT Accounts bestyrelse formelt skulle have godkendt budgetter eller ikke, fremgår det af processkrift 2, afsnit 2.2, at budgetterne og "materiale" er blevet indsendt til bestyrelsen (E, s. 352). Efter

styrelsens opfattelse vil det savne mening, at bestyrelsen skulle modtage virksomhedens budgetter, hvis det ikke skulle være med et formål om, at bestyrelsen kan fremkomme med sine bemærkninger eller endda indsigelser. Det forhold, at det angiveligt ikke er sket, kan lige så godt være udtryk for en stiltiende accept fra bestyrelsen i forhold til de konkrete budgetter.

5.2.2 Opfordring (3.3): Styreinstrukser og -arbejder, koncernretningslinjer og/eller koncernbeslutninger

Styrelsen har yderligere opfordret (3.3) ECIT Account til at fremlægge alle koncernens styreinstrukser og styrearbejder, som beskrevet i ejeraftalens punkt 4.10, samt alle koncernbeslutninger og koncernretningslinjer, som beskrevet i ejeraftalens punkt 5.6 (bilag 59 (E, s. 678)).

I den forbindelse har ECIT Account fremlagt retningslinjer for overholdelse af relevante forpligtelser i forhold til bl.a. GDPR samt skærmpoint af oversigt over instrukser inden for IT-sikkerhed mv. (bilag 101 og 102). Derudover har ECIT Account fremlagt retningslinjer for brug af ECIT's logo og navn mv., som koncernselskaberne skal anvende (bilag 105 (E, s. 839ff)). ECIT Account anfører, at der ikke foreligger koncernbeslutninger og/eller koncernretningslinjer for ECIT-koncernen i øvrigt, herunder for markedsføring/ekstern kommunikation.

Styrelsen bemærker, at det forekommer usandsynligt, at et selskab, der indgår i en børsnoteret koncern, og som er underlagt forpligtelser i forbindelse med corporate governance, herunder risikostyring og udvidet oplysningspligt, ikke på anden vis har udarbejdet retningslinjer for koncernen eller i øvrigt træffer koncernbeslutninger.

5.2.3 Opfordring (3.5): Rapportering om økonomi og anden information

Styrelsen har endelig opfordret (3.5) ECIT Account til at fremlægge alle rapporteringer om økonomi og anden information, som beskrevet i ejeraftalens punkt 5.9 (bilag 59 (E, s. 678)).

ECIT Account anfører i processkrift 2, afsnit 2.6 (E, s. 354), at rapportering af økonomioplysninger udelukkende sker via systemet AARO, og at disse oplysninger er konsolideret med andre selskaber i ECIT-koncernen. ECIT Account har i den forbindelse fremlagt et uddrag af de kommaseparerede filer, som vedrører første side af hvert enkelt excel-ark (bilag 103). ECIT Account anfører videre, at der ikke foregår en traditionel løbende rapportering eller lignende, hvor økonomiske nøgletal for ECIT Account rapporteres og forklares.

Imidlertid anfører ECIT Account i afsnit 3.5.3.2 i replikken (E, s. 235), at der jævnligt afholdes orienteringsmøder mellem de danske datterselskaber i ECIT-koncernen, hvor hvert selskab giver en status på selskabet, herunder om selskabets økonomi. Det følger af mødereferatet fra et af disse møder, at Klaus Jensen deltager i disse (bilag 68 (E, s. 601)). ECIT Account har ikke fremlagt øvrig dokumentation fra sådanne møder.

For så vidt angår det af ECIT Account fremlagte udtræk af AARO-systemet (bilag 103), bemærkes i øvrigt, at udtrækket er fremlagt på en måde så langt størstedelen af data er skjult, hvorfor styrelsen ikke har haft mulighed for at forholde sig til den type data, der deles via systemet mellem ECIT Account og ECIT AS.

Styrelsen anser på baggrund af ovenstående heller ikke opfordring (3.5) for besvaret.

5.2.4 Afsluttende bemærkninger vedr. opfordring (3.1)-(3.5)

Det er styrelsens opfattelse, at centrale dele af styrelsens opfordring (3.1)-(3.5) ikke er besvaret, eller ikke er besvaret fyldestgørende, herunder på grund af manglende dokumentation, jf. afsnit 5.2.1-5.2.3 ovenfor. Styrelsen gør gældende, at dette forhold skal tillægges processuel skadevirkning, således at det også af denne grund må lægges til grund, at ECIT AS har afgørende indflydelse på ECIT Account.

5.3 Styrelsens opfordring (4)

I afsnit 2.4 i processkrift 1 (E, s. 275) anfører ECIT Account, at der foruden mastermind-mødet den 26. oktober 2004 blev afholdt en række mastermind-møder fra foråret 2004 og frem. På den baggrund har styrelsen opfordret (4) ECIT Account til at fremlægge mødereferaterne fra disse mastermind-møder.

ECIT Account afviser i processkrift 2, afsnit 2.7 (E, s. 355), at efterkomme opfordringen med henvisning til, at referaterne ikke er genstand for rådsafgørelsen, herunder idet styrelsen selv kunne have indhentet oplysningerne i forbindelse med sin kontrolundersøgelse. Det bemærkes for en ordens skyld, at ECIT Account af egen drift i processkrift 1, afsnit 2.4, gør opmærksom på og påberåber sig, at mastermind-mødet, der omtales i rådsafgørelsen, ikke er det eneste mastermind-møde, men at der har været afholdt en række mastermind-møder i perioden fra foråret 2004 og frem. I den forbindelse har ECIT Account – ligeledes af egen drift – fremlagt en række dokumenter, herunder et notat til brug for mødet med titlen "Oplæg til kæde-koncept" og mødeindkaldelsen til dette (bilag 78 og 79 (E, s. 391 og s. 389)). Hvis mødereferaterne omtaler forhold relateret til markedsdelingen, er det oplagt, at de er relevante for sagen og bør fremlægges. ECIT Account kan i denne situation ikke afvise at besvare opfordringen med henvisning til, at styrelsen ikke var i besiddelse af dokumenterne, da Konkurrencerådet traf afgørelse i sagen.

Rettens begrundelse og resultat

Om omfanget af rettens prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse

Domsstolsprøvelse af denne afgørelse omfatter efter Højesterets praksis fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen, mens tilsidesættelse af vurderin-

ger, der i det væsentlige bygger på et konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag.

Om gentlemanaftalen er i strid med konkurrenceloven

Det kan efter forklaringerne lægges til grund, at der i tiden efter Crazy Daisy kædens opløsning i 1997 - og dermed også i tiden forud for NOX-samarbejdets etablering i 2004 - eksisterede en uformaliseret markedsdelingsaftale om ikke at åbne filialer i hinandens byer eller kommuner eller inden for en nærmere bestemt radius af hinanden. En sådan aftale om markedsdeling blev med aftalegrundlaget den 1. november 2004 formaliseret i NOX-regi og kaldet "gentleman-aftale".

Gentlemanaftalen - som er centralt placeret i aftalegrundlaget - er etableret uafhængigt af og relaterer sig ikke til indkøbssamarbejdet. Gentlemanaftalen indeholder således en urelateret geografisk markedsdelingsaftale, som uden videre i sig selv er skadelig for den horisontale konkurrence og udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, idet den blandt andet påvirker konkurrenceparametre ved at reducere brugernes valgmuligheder på markedet for diskoteksydelser i Danmark. Gentlemanaftalen har dermed til formål at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, og stk. 3.

Om ECIT Account har et ansvar som facilitator

Det er ubestridt, at ECIT Account havde kendskab til gentlemanaftalen.

Vedrørende ECIT Accounts bidrag og hensigt til markedsdelingsaftalen som kartelfacilitator kan det efter bevisførelsen lægges til grund,

at Ivan Nielsen fra ECIT Account på NOX-mødet den 13. juli 2004 fik til opgave at lave et oplæg til en skriftlig gentlemanaftale med et skitseret indhold,

at Flemming Sneftrup fra ECIT Account den 27. september 2004 ifølge referatet blev bestyrelsesformand og fik til opgave at nedfælde aftalegrundlaget, herunder den retsstridige gentlemanaftale, efter Henrik Larsens forslag,

at gentlemanaftalen blev drøftet eller berørt i hvert fald på NOX-møder den 13. juli 2004, den 27. september 2004, den 27. oktober 2004, den 19. april 2005, den 31. marts 2009, den 9. juni 2009, den 2. december 2013 og den 25. januar 2016 ifølge referaterne, som er udarbejdet af ECIT Account,

at ECIT Account i en periode på minimum 15 år deltog i flere møder, hvor markedsdelingsaftalen ifølge mødereferaterne blev drøftet, uden at ECIT Account

tog afstand herfra, men derimod ifølge referater fra flere møder har erindret om eksistensen af aftalen samt givet udtryk for støtte til aftalen,

at gentlemanaftalen fra 2004 blev fundet på Ivan Nielsens arbejds-pc som et dokument, oprettet og redigeret over 4 minutter af Ivan Nielsens sekretær,

at Flemming Sneftrup og Ivan Nielsen havde titel af formænd for NOX-netværkets bestyrelse,

at det ifølge mailkorrespondance fra november 2013 blev anset for vigtigt, at Ivan Nielsen deltog i mødet den 2. december 2013 om drøftelse af en revision af aftalegrundlaget, herunder gentlemanaftalen, og

at ECIT Account havde en professionel og betroet rådgiverrolle og var totaladministrator for NOX-samarbejdet og ifølge vidneudsagn blev opfattet som og havde til opgave at være garant for ordentlighed og compliance i form af overholdelse af relevante regelsæt.

ECIT Account har således forsætligt overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3, jf. § 23, stk. 1, nr. 1, ved at bidrage til formalisering og opretholdelse af aftalen om markedsdeling.

ECIT Accounts påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 25. oktober 2023 ophæves, tages herefter ikke til følge.

Om bødeudmåling

Bødeudmålingsreglerne efter lovændringen pr. 1. juli 2024 kan ikke antages at medføre, at bøden i nærværende sag bliver mindre, end hvis bøden udmåles efter de regler, der gjaldt før den 1. juli 2024.

Det følger af konkurrencelovens § 23 b, stk. 1, jf. § 23, stk. 1, nr. 1, at der ved udmåling af civile bøder skal tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed. Ved udmåling af civile bøder til virksomheder skal der desuden tages hensyn til den samlede koncernomsætning på verdensplan i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen. Bøderne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

Forseelsen i denne sag er i sig selv af *alvorlig* karakter, idet ECIT Account forsætligt har kartelfaciliteret en åbenbar og langvarig retsstridig geografisk markedsdeling. Grundbeløbet for bøden skal derfor efter forarbejderne til konkurrenceloven udmåles i størrelsesordenen fra 4 til 20 mio. kr. Hertil kommer, at forseelsen er af lang varighed (over 5 år), og at overtrædelsen derfor skal medføre et tillæg på 10 % for hvert år, forseelsen har varet, dvs. ca. 15 år, svarende

til en samlet bøde på mellem ca. 10 og 50 mio. kr. Ved udmåling af bøden skal der desuden tages hensyn til den samlede koncernomsætning på ca. 2 mia. kr. på verdensplan i det regnskabsår - i dette tilfælde 2022 - der går forud for afgørelsen. Koncernbegrebet i omsætningsbekendtgørelsens § 2, stk. 1, jf. § 3, nr. 1 og nr. 2, medfører, at der er tale om en koncern, når en virksomhed besidder mere end halvdelen af kapitalen eller driftsformuen, hvilket er tilfældet her, idet moderselskabet ECIT AS besidder 70 % af ejerandelen og 70 % af stemmerettighederne i ECIT Account. Der er ikke grundlag for at anvende begrebet "økonomisk enhed", som anvendes i forbindelse med vurderingen af moderselskabsansvar, jf. konkurrencelovens § 23 a.

Retten kan fravige bødeniveauet i blandt andet nedadgående retning, hvis der i den konkrete sag foreligger *formildende omstændigheder* som eksemplificeret i konkurrencelovens § 23 b, stk. 3, og bøden kan desuden maksimalt udgøre 10 pct. af den samlede omsætning på verdensplan i den pågældende koncern i det regnskabsår, der går forud for afgørelsen, jf. § 23 b, stk. 4.

ECIT Account har ikke godtgjort omstændigheder som – i lyset af en nedskrevet og åbenlys retsstridig geografisk markedsdelingsaftale over en periode på over 15 år – giver grundlag for at lade bøden til ECIT Account for kartelfacilitering bortfalde, jf. konkurrencelovens § 23 b, stk. 3.

Det kan lægges til grund, at ECIT Account varetog en totaladministratorrolle, men ikke selv var aktiv på markedet for markedsdelingsaftalen. Det kan ikke lægges til grund, at ECIT Account modtog særskilt betaling for varetagelse af netop markedsdelingsaftalen eller i øvrigt isoleret set har haft en økonomisk vinding ved at facilitere markedsdelingsaftalen. Desuden har ECIT Account ikke været initiativtager til markedsdelingsaftalen. Retten vurderer derfor, at der er grundlag for skønsmæssigt at nedsætte bøden som følge af formildende omstændigheder.

Retten tager herefter Konkurrencerådets påstand om, at ECIT Account skal pålægges en bøde til følge, dog således at bøden fastsættes til 20 mio. kr.

Sagsomkostninger

Sagsomkostningerne er efter sagens værdi, forløb og udfald fastsat til 504.500 kr., som vedrører dækning af advokatudgift med 500.000 kr. og rets- og berammelsesafgift med 4.500 kr. Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ikke momsregistreret. ECIT Account skal endeligt betale de foreløbigt pålagte omkostninger til vidneførsel.

THI KENDES FOR RET:

Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen frifindes.

ECIT Account A/S skal betale en civil bøde på 20 mio. kr. til statskassen.

ECIT Account A/S skal til Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale sagsomkostninger med 504.500 kr.

Beløbene skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.



Vejledning om anke af Sø- og Handelsrettens dom

Du kan som udgangspunkt anke (klage over) afgørelsen til landsretten.

Du kan i særlige tilfælde anke direkte til Højesteret.

Fristen for anke er **4 uger**, fra Sø- og Handelsretten afsagde dom.

Du kan kun anke bestemmelser om sagsomkostninger særskilt med tilladelse fra Procesbevillingsnævnet. Du skal i givet fald indlevere din ansøgning til Procesbevillingsnævnet. Dette kan ikke ske via minretssag.dk. Fristen for ansøgning om anketilladelse er **4 uger**.

Du kan læse mere om anke og anketilladelse i retsplejelovens §§ 368 – 373.

Reglerne er også kort beskrevet på Sø- og Handelsrettens hjemmeside under "Sagsbehandling og vejledninger", underrubrik "Anke og kære".

Praktiske oplysninger

Du kan oprette en anke direkte på sagen på minretssag.dk ved at trykke på "Opret appel" og derefter vælge "Anke" og følge vejledningen.

Publiceret til portalen d. 13-02-2025 kl. 15:35

Modtagere: Advokat (H) Jacob Pinborg, Advokat (H) Michael Honoré,
Sagsøgte Konkurrencerådet v/ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen,
Sagsøger ECIT Account A/S