***Bøde på 74.000 kr. til el-virksomhed for overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.***
TfK 2005, s. 539

T A/S, der drev virksomhed inden for el-branchen, fandtes skyldig i overtrædelse af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, jf. § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, ved i 1998 i 2 tilfælde i forbindelse med el-entrepriser til i alt ca. 7 mio. kr. at have deltaget i koordinering af tilbudsgivning med andre selskaber i branchen. Bødeforelæg i sagen blev fremsendt til T i november 2002. I december 2002 nægtede T sig skyldig. Den 20. april 2004 rejstes tiltale ved retten. T, der ikke fik medhold i indsigelser om, at strafansvaret var forældet i medfør af straffelovens § 94, stk. 6, 2. pkt., og om, at der skulle foretages afgrænsning af det relevante marked og mærkbarhed, idømtes en bøde på 74.000 kr.[1]

**Ø.L.D. 25. april 2005 i anke 2. afd. nr. S-85-05**
(Ebbe Christensen, Michael Dorn, Benedikte Holberg (kst.)).

*Anklagemyndigheden*

mod

*T A/S (adv. Peter Stig Jakobsen, Kbh.).*

**Uddrag af *Frederikssund Rets dom 15. november 2004.***
Ved anklageskrift af 30. april 2004 som berigtiget under domsforhandlingen er der rejst tiltale mod

**<2344>**

T A/S for

*overtrædelse af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, jf. § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, jf. lovbekendtgørelse nr. 539 af 28. juni 2002*

ved i perioden fra omkring den 14. juli 1998 til omkring den 2. november 1998 at have indgået aftaler, der direkte eller indirekte havde til formål eller til følge af begrænse konkurrencen, idet T A/S, i forbindelse med at nedennævnte 4 el-entrepriser til en samlet værdi af 8.800.289,00 kr. eksklusive moms var udbudt i licitation eller som underhåndsbud, på ikke nærmere fastlagte tidspunkter forud for hver enkelt budafgivelse telefonisk og/eller ved møder med en eller flere af de andre bydende, heriblandt - - -, hvis sager behandles særskilt, deltog i en koordinering af tilbudsgivning bl.a. ved at aftale eller ved at være med til at aftale, hvem af de bydende der skulle afgive det vindende bud over for nedennævnte bygherrer vedrørende:

| LICITATION | OPGAVE | BYGHERRE | VINDENDE BUD |
|---|---|---|---|
| 1 14-07-98 | Belysn. Gl. Kongevej | Frederiksberg | 1.370.653,00 |
| 2 14-08-98 | Lynetten, Renseanlæg | Lynettefællesskabet, 1432 Kbh. K | 3.959.336,00 |
| 3 19-10-98 | Friheden, Høsterkøb | I.W. Holding ApS | 3.095.000,00 |
| 4 02-11-98 | Magistrenes Hus | Datea Lyngbyvej 2, 2100 Kbh. Ø | 375.300,00 |

hvoraf tiltalte har vundet licitation nr. 3.

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om bødestraf.

Direktør - - - nægtede sig på det tiltalte selskabs vegne skyldig.

*Sagsfremstilling*

Af anklagemyndighedens fremlæggelse fremgår blandt andet, at konkurrenceloven trådte i kraft den 1. januar 1998 og er senere løbende blevet ændret. Konkurrencelovens § 6, stk. 1, er dog uændret siden tilblivelsen af konkurrenceloven. I 1998 anvendtes den såkaldte bagatelregel på tilbudskoordinerende aftaler. Såfremt forbuddet i § 6, stk. 1, skulle finde anvendelse, var det et krav, at virksomhederne eller en sammenslutning af virksomhederne skulle have en samlet omsætning på minimum 1 mia. kr., og aftaleparternes samlede markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse skulle være minimum 10 %. Endvidere skal aftaleparternes samlede omsætning være på minimum 150 mio. kr. I denne konkrete sag er der enighed om, at den samlede årlige omsætning for de deltagende virksomheder overstiger 1 mia. kr.

Der har i alt været 374 sager, der har drejet sig om tilbudskoordinering i el-branchen, som har vedrørt over 700 licitationer. Sagen mod tiltalte startede den 30. juni 1999 med en anmeldelse fra konkurrencestyrelsen. Bødeforelæg for tiltalte blev fremsendt den 15. november 2002. Den 6. december s.å. svarede tiltalte ved skriftlig henvendelse, at man nægtede sig skyldig. Den 30. april d.å. udarbejdede anklagemyndigheden et anklageskrift og fremsendte dette til Retten i Frederikssund.

Den 7. august 1998 fusionerede T, København A/S, med T A/S. Førstnævnte selskab, der havde adresse i Skibby, blev opløst ved fusionen. Det var førstnævnte selskab, der modtog invitationerne til licitationerne.

Af forsvarerens fremlæggelse fremgår blandt andet, at der er givet en rabat for samarbejde til de virksomheder, der tilstod og vedtog bøderne. Det er efter forsvarerens opfattelse en retssikkerhedsmæssig betænkelig fremgangsmåde. Der bør således sættes spørgsmålstegn ved indholdet i tilståelserne og derved ved rigtigheden af, om de virksomheder, der bliver anklaget for deltagelse i priskoordinering i henhold til tilståelserne, reelt har deltaget i koordineringsaftalerne.

- - -

*Proceduren*

*Anklageren* har til støtte for sin påstand blandt andet gjort gældende, at aftalebegrebet skal fortolkes meget bredt, således at oplysning af pris er en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Markedet har været afgrænset til den konkrete licitation. Det har derfor ikke været relevant at lave en markedsafgrænsning for derefter at udregne de deltagende virksomheders markedsandele. Parterne er medlemmer af den indbudte licitation.

*Det strafferetlige ansvarssubjekt*

Strafansvaret hviler på et objektivt selskabsansvar. Dette ansvar kan ifølge praksis ved U 1983.1105 V overføres ved fusion. I U 1983.1105 V blev tiltalen mod et datterselskab overført til moderselskabet efter dettes fusion med datterselskabet. Det var reelt T A/S, der stod for tilbudsgivning, selv om det var det nu opløste selskab T, København A/S, der modtog invitationerne til licitationerne.

*Forældelse*

Anklageren har gjort gældende, at der ikke er indtrådt forældelse. Forældelsen blev afbrudt ved udsendelse af bødeforelægget den 15. november 2002. Tiltalte svarede den 6. december s.å. Sagsforberedelsen har været kompliceret af, at der er tale om et meget stort kompleks af deltagende virksomheder, der alle skulle krydstjekkes. Endvidere er der forløbet et stykke tid med at få - - - til at udtale sig. Da han meddelte, at han kun ville udtale sig i retten, blev der udarbejdet

**<2345>**

anklageskrift. Slutteligt giver sagsbehandlingstiden ikke anledning til nedsættelse af bøden.

*Belysn. Gl. Kongevej*

Copyright © 2006 Forlaget Thomson A/S 

Tiltalte har deltaget i priskoordinering. Det fremgår af - - -'s liste. Endvidere stod - - -, - - -, - - -, - - - og - - -, - - -, ved deres forklaringer afgivet til politirapport.

*Lynetten*

- - - forklarede med stor sikkerhed, at der deltog en repræsentant fra T i et møde, som kun havde til formål at indgå aftale om priskoordinering. Endvidere fremgår det af - - -'s »sorte bog«, på tiltaltes egen side, at Lynetten er nævnt, hvilket er en kraftig indikation for deltagelse i priskoordinerende samarbejde.

*Friheden, Høsterkøb*

- - - kunne konkret erindre en telefonsamtale, hvor en repræsentant for tiltalte anmodede om at vinde licitationen. Denne licitation er også ført i - - -'s »sorte bog«, hvor tiltalte er anført som vinder.

*Magistrenes Hus*

Det fremgår af - - -'s liste, at tiltalte har afgivet bud. Dette fremgår også af en liste udarbejdet af tiltalte selv. - - - forklarede, at han modtog en telefonopringning om opfordring til at deltage i priskoordinerende samarbejde. Han kan dog ikke huske, hvem der ringede. Det er muligt, han har misforstået, om telefonsamtalen stammede fra tiltalte eller en anden.

Det kan ikke påvirke vidnernes troværdighed i denne sag, at der er givet bødenedslag ved samarbejde, da de pågældende vidner ikke har været involveret i forhandlingerne med konkurrencestyrelsen.

Anklagemyndighedens bødepåstand er udarbejdet på grundlag af et notat om sanktionsfastsættelsen i disse sager. Der er afgjort fire prøvesager, som alle har lagt vægt på forseelsens grovhed, varighed og fortjeneste, der kan reguleres på grund af formildende eller skærpende omstændigheder. Efter anklagemyndighedens opfattelse bør samme kriterier tillægges vægt i nærværende sag ved beregning af bødestørrelsen.

*Forsvareren* har til støtte for sin påstand blandt andet gjort gældende, at der ikke er sket en afgrænsning af det relevante marked. Heraf følger, at det ikke er muligt at konstatere mærkbarhed. Mærkbarhed er et krav for anvendelse af konkurrencelovens § 6. Det følger endvidere af bemærkningerne til konkurrenceloven, at der stilles krav om en undersøgelse af efterspørgelses- og udbudssubstitution, før der kan ske en markedsafgrænsning. Denne undersøgelse er ikke foretaget. Såfremt retten finder, der er tale om en landsdækkende kartelaftale, skal artikel 81 finde anvendelse i medfør af »one-stop-shop«-princippet, da der sker påvirkning på EU-niveau.

Forsvareren anførte videre, at - - -'s »sorte bog« ikke er bevis for, at tiltalte har deltaget i priskoordinerende samarbejde, da bogen er behæftet med fejl og er ufuldstændig. Deltagelse i - - -samarbejde er ikke bevis for deltagelse i priskoordinerende samarbejde. De angivne tilståelser fra de andre virksomheder er ikke anvendelige, da der ved tilståelsernes afgivelse er blevet lovet en lempeligere behandling. Forklaringerne afgivet til politirapporterne afspejler forklaringer, der er afgivet under løfte om hurtig sagsbehandling og bødenedsættelse. Yderligere har det formodningen imod sig, at tiltalte skulle deltage i priskoordinering, da tiltalte deltog i relativt få licitationer. Tiltalte fik de fleste entrepriseopgaver via Hoffman og Sønner, hvorfor tiltalte ikke var afhængig af at deltage i yderligere licitationer.

*Det strafferetlige ansvarssubjekt*

T, København A/S, var den part, der afgav tilbud. Denne virksomhed er opløst ved fusion. Princippet om universalsuccession gælder kun for civilretlige forpligtelser, og såfremt der kan pålægges et objektivt ansvar. Konkurrenceloven kræver enten forsæt eller grov uagtsomhed. Overførelsen af det strafferetlige ansvar i U 1983.1105 V og U 1998.357 Ø var mulig, da fusionerne fandt sted sent i forhold til straffesagerne.

*Forældelse*

Der er indtrådt forældelse, idet der forløb 16 måneder mellem afvisningen af bødeforelægget og afsendelse af anklageskriftet. Det lange forløb må betyde, at forfølgningen har været standset på ubestemt tid, hvorfor forældelsesfristen løber videre, som om forfølgning ikke havde fundet sted, jf. straffelovens § 94, stk. 6.

*Belysn. Gl. Kongevej*

Der er ikke sket koordinering. Det er forklaret, at tiltalte selv regnede en pris og overvejede at anskaffe sig en liftvogn. Dette ville ikke give mening, hvis det på forhånd var aftalt, at en anden skulle vinde licitationen. De afgivne vidneforklaringer kan heller ikke tillægges betydning, da vidnerne ikke kunne huske hændelsesforløbet, men blot blev foreholdt politirapporter.

*Lynetten*

Tiltalte regnede sin egen pris. - - -'s vidneforklaring om, at der skulle være afholdt et priskoordineringsmøde, stemmer ikke overens med - - -'s opfattelse. Ifølge - - - der været afholdt et møde, men uden egentlig koordinering. Endvidere fik - - - ikke en bøde for dette forhold, hvorfor tiltalte heller ikke bør idømmes en bøde.

*Friheden, Høsterkøb*

Tiltalte benyttede et beregnerkontor samt henvendte sig for at få en pris på en underleverance. Dette betyder ikke, der er sket koordinering. - - -'s »sorte bog« kan ikke tillægges betydning. Forklaringerne afgivet af - - - og - - - er ikke overensstemmende.

*Magistrenes Hus*

Tiltalte har ikke afgivet tilbud, hvilket heller ikke er bevist. - - - identificerede tiltalte via - - -, hvilket derfor ikke kan tillægges bevismæssig betydning.

**<2346>**

**Rettens begrundelse og afgørelse:**

*Det strafferetlige ansvarssubjekt*

Det følger af praksis, at princippet om universalsuccession også finder anvendelse for offentligretlige krav, blandt andet bødeansvar efter arbejdsmiljølovgivningen. I U 1983.1105 V samt i en utrykt kendelse fra Gentofte Ret af 18. september 1989 blev det tillagt afgørende betydning, at det ophørte selskab reelt videreførtes inden for rammerne af det fusionerede selskab, således at fusionen ikke kunne sidestilles med en likvidation. T, København A/S, videresendte automatisk alle licitationer til T A/S, da det var det kontor, der stod for beregningerne og tilbudsafgivelserne. Der blev derfor ikke ændret på personkredsen ved fusionen.

Retten finder derfor, at bødeansvaret hjemlet i konkurrenceloven må opfattes som en økonomisk driftsrisiko, der skal skærpe agtpågivenheden. Bødeansvaret er derfor ikke bortfaldet ved en fusion som den stedfundne.

*Forældelse*

Forældelsen i denne sag blev afbrudt ved fremsendelse af bødeforelægget den 15. november 2002. Ifølge praksis kan forfølgningen ikke anses for standset på ubestemt tid, når den pågældende sag er udsat på udfaldet af en anden sag, og når standsningen ikke er længere end minimum 18 måneder, jf. U 1997.803 V.

Retten finder derfor, at der ikke er indtrådt forældelse i nærværende sag.

*Belysning. Gl. Kongevej*

De relevante vidner - - - har alle forklaret, at de ikke kan huske den konkrete sag. Foreholdt politirapporter og »den sorte bog« har vidnerne forklaret, at det anførte i politirapporterne eller »den sorte bog« må være korrekt, men de kan ikke huske detaljer omkring tilbudsafgivelsen.

Retten finder derfor, at det ikke med den til domfældelse fornødne sikkerhed er godtgjort, at tiltalte har deltaget i en priskoordinerende aftale for denne licitation.

Tiltalte frifindes herefter for dette tiltalepunkt.

*Lynetten*

Vidnet - - - har med stor sikkerhed forklaret, hvorledes priskoordineringsmøderne forløb og har med lige så stor sikkerhed under strafansvar

Copyright © 2006 Forlaget Thomson A/S 

forklaret, at tiltalte deltog i et møde, der udelukkende havde til formål at aftale koordinering omkring tilbudsgivning. Dette underbygges af - - -, der dog ikke kan huske noget selv, men bekræftede foreholdt bilag - - - udarbejdet af en anden medarbejder fra - - -, at det er korrekt, såvel - - - som tiltalte har deltaget i priskoordinerende samarbejde på denne licitation.

Retten finder det derfor bevist, at tiltalte har deltaget i tilbudskoordinering for denne licitation.

Tiltalte findes herefter skyldig for dette tiltalepunkt i overensstemmelse med anklageskriftet.

*Friheden, Høsterkøb*

- - - og - - - har begge behørigt formanet forklaret, at tiltalte utvetydigt tilkendegav, at tiltalte ønskede at vinde denne licitation. Dette valgte vidnerne at respektere. Det underbygges af - - -'s »sorte bog«, der har anført tiltalte som deltager i tilbudskoordineringen. Retten lægger en bred fortolkning til grund af aftalebegrebet i medfør af konkurrencelovens § 6. Heraf følger, at oplysning af pris med det formål at få andre licitationsdeltagere til at indrette deres pris efter den oplyste pris, anses for overtrædelse af § 6, stk. 1, idet hensigten med oplysningen er i strid med hensigten bag § 6, stk. 1.

Retten finder det derfor bevist, at tiltalte har deltaget i tilbudskoordinering for denne licitation.

Tiltalte findes herefter skyldig for dette tiltalepunkt i overensstemmelse med anklageskriftet.

*Magistrenes Hus*

Der foreligger ingen konkrete beviser for, at tiltalte har deltaget i denne licitation. Vidnet - - - forklarede, at tiltalte deltog på baggrund af en telefonsamtale, han havde ført med en unavngiven medarbejder, der angiveligt var ansat hos tiltalte.

Retten finder derfor, at det ikke med den til domfældelse fornødne sikkerhed er godtgjort, at tiltalte har deltaget i en priskoordinerende aftale for denne licitation.

Tiltalte frifindes herefter for dette tiltalepunkt.

Retten finder, at de af anklagemyndigheden anførte elementer skal indgå i bødeberegningen, således at forseelsens grovhed og varighed er afgørende for bødestørrelsen.

Straffen fastsættes til en bøde på 74.000 kr., jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, jf. § 23, stk. 3, jf. § 6, stk. 1, jf. lovbekendtgørelse nr. 539 af 28. juni 2002.

Tiltalte har selv sørget for sit forsvar.

***Thi kendes for ret:***

Tiltalte, T A/S, skal betale en bøde på 74.000 kr.

Tiltalte skal betale sagens omkostninger.

***Østre Landsrets dom.***

Frederikssund Rets dom af 15. november 2004 er anket af T A/S med påstand om frifindelse.

Anklagemyndigheden har endeligt påstået stadfæstelse.

Der er i landsretten afgivet supplerende forklaring af vidnerne - - -, der alle har forklaret i det væsentlige som i byretten.

De i byretten af vidnerne - - - afgivne forklaringer er dokumenteret i medfør af retsplejelovens § 965 c, stk. 4.

Anklageren og forsvareren har procederet i det væsentlige som i byretten.

**<2347>**

**Landsretten udtaler:**

Landsretten tiltræder af de af anklagemyndigheden under byretssagen anførte grunde, at forfølgningen i sagen ikke har været standset på ubestemt tid, jf. straffelovens § 94, stk. 6, 2. pkt., og at sagen derfor ikke er forældet.

*Ad Lynetten:*

Under henvisning til den af - - - afgivne vidneforklaring, der understøttes af, at entreprisen vedrørende Lynetten er anført på tiltaltes blad i - - -'s »sorte bog«, sammenholdt med - - -'s forklaring om formålet med den »sorte bog«, tiltrædes det, at det kan anses som bevist, at tiltalte har deltaget i koordinering af tilbudsgivning som anført i anklageskriftet.

*Ad Friheden, Høsterkøb:*

Af de af byretten anførte grunde tiltrædes det, at tiltalte har deltaget i koordinering af tilbudsgivning som anført i anklageskriftet.

Idet det af forsvareren om afgrænsning af det relevante marked og mærkbarhed anførte ikke kan antages at finde anvendelse på tilbudskoordineringer som de foreliggende, findes tiltalte skyldig i overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, som fastslået ved den indankede dom.

**Thi kendes for ret:**

*Byrettens dom i sagen mod T A/S stadfæstes.*

*Tiltalte skal betale sagens omkostninger for landsretten.*

1. U 2003.483 Ø.

Copyright © 2006 Forlaget Thomson A/S 