



D O M

Afsagt den 11. december 2023

Rettens nr. 1-3261/2022

Politiets nr. SØK-91250-00007-18

Anklagemyndigheden

mod

PKA+Pension Forsikringsselskab A/S

cvr-nummer 16376191,

Pensionskassernes Administration A/S

cvr-nummer 16265845,

Tiltalte 1 (NAVNEFORBUD) cpr-nummer

■■■■-XXXX og

Tiltalte 2 (NAVNEFORBUD) cpr-nummer

■■■■-XXXX

1. ANKLAGESKRIFT	3
2. PÅSTANDE.....	4
3. SAGENS OPLYSNINGER.....	5
3.1 Sagens behandling i retten, herunder forklaringer	5
3.2 Sagsfremstilling	6
4. PROCEDURE	13
4.1 Anklagemyndighedens procedure	13
4.2 PKA's procedure	47
4.3 Tiltalte 1's procedure.....	100
4.4 Tiltalte 2's procedure.....	113
5. RETTEN BEGRUNDELSE OG AFGØRELSE	125

Bilag til dommen:

Forklaringsdokument, hvori de tiltalte og vidnernes forklaringer er gengivet (153 sider)

1. ANKLAGESKRIFT

Anklageskrift er modtaget den 29. august 2022.

PKA+Pension Forsikringsselskab A/S, Pensionskassernes Administration A/S, Tiltalte 1 og Tiltalte 2 er tiltalt for

1

PKA+Pension Forsikringsselskab A/S

Overtrædelse af konkurrencelovens § 23, st. 1, jf. stk. 4, jf. § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og EUF-traktatens artikel 101, stk. 1, jf. konkurrencelovens § 24, jf. lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018, jf. § 3, stk. 2, i lov nr. 207 af 15. februar 2021 om ændring af konkurrenceloven og straffeloven, ved i perioden medio 2017 til marts 2018 at have indgået en aftale eller samordnet praksis om opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bus, der direkte eller indirekte havde til formål at begrænse konkurrencen mellem virksomheder, idet PKA+Pension Forsikringsselskab A/S på møder og ved mailkorrespondance i 2017 og 2018 indgik en aftale med Danica Pension, Livsforsikringsaktieselskab, hvis sag behandles særskilt, om kundedeling i relation til kundesegmentet ”større virksomheder i detailbranchen” på det kommercielle marked for livs- og pensionsforsikringer i Danmark, og den 23. marts 2018 sammen med Danica Pension, Livsforsikringsaktieselskab afgav et fælles bud til Dansk Supermarked A/S i forbindelse med et udbud af en flerårig firmapensionsaftale omfattende mere end [REDACTED] chefer og [REDACTED] medarbejdere med årlige indbetalinger på ca. [REDACTED] kr.

2

Pensionskassernes Administration A/S (PKA A/S)

Overtrædelse af konkurrencelovens § 23, st. 1, jf. stk. 4, jf. § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og EUF-traktatens artikel 101, stk. 1, jf. konkurrencelovens § 24, jf. lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018, jf. § 3, stk. 2, i lov nr. 207 af 15. februar 2021 om ændring af konkurrenceloven og straffeloven, jf. straffelovens § 23, ved i perioden medio 2017 til marts 2018 ved tilskyndelse, råd eller dåd at have medvirket til, at PKA+Pension Forsikringsselskab A/S indgik en aftale eller samordnet praksis om opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud, der direkte eller indirekte havde til formål at begrænse konkurrencen, idet PKA A/S ved sine ansatte på møder eller ved mailkorrespondance i 2017 og 2018 på vegne af PKA+Pension Forsikringsselskab A/S forhandlede og indgik en aftale med Danica Pension, Livsforsikringsaktieselskab A/S, hvis sag behandles særskilt, om kundedeling i relation til kundesegmentet ”større virksomheder i detailbranchen” på det kommercielle marked for livs- og pensionsforsikringer i Danmark, og den 23. marts 2018 på vegne af PKA+Pension Forsikringsselskab A/S sammen med Danica Pension, Livsforsikringsaktieselskab afgav et fælles bud til

Dansk Supermarked A/S i forbindelse med et udbud af en flerårig firmapensionsaftale omfattende mere end [REDACTED] chefer og [REDACTED] medarbejdere med årlige indbetalinger på ca. [REDACTED] kr.

3

Tiltalte 1

Tiltalte 2

Overtrædelse af konkurrencelovens § 23, stk. 1, jf. stk. 4, jf. § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og EUF-traktatens artikel 101, stk. 1, jf. konkurrencelovens § 24, jf. lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018, jf. § 3, stk. 2, i lov nr. 207 af 15. februar 2021 om ændring af konkurrenceloven og straffeloven, jf. straffelovens § 23,

ved i perioden fra medio 2017 til marts 2018, Tiltalte 1 som "jobtitel" i PKA+Pension Forsikringsselskab A/S og "jobtitel" i PKA A/S, Tiltalte 2 som "jobtitel" i PKA+Pension Forsikringsselskab A/S og "jobtitel" i PKA A/S, ved tilskyndelse, råd eller dåd at have medvirket til, at PKA+Pension Forsikringsselskab A/S indgik en aftale eller samordnet praksis om opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud, der direkte eller indirekte havde til formål at begrænse konkurrencen, idet Tiltalte 1 og Tiltalte 2 på vegne af PKA+Pension Forsikringsselskab A/S og PKA A/S på møder og ved mailkorrespondance i 2017 og 2018 forhandlede og indgik en aftale med Danica Pension, Livsforsikringsaktieselskab, hvis sag behandles særskilt, om opdeling af kunder på det kommercielle marked for livs- og pensionsforsikringer i Danmark, og den 23. marts 2018 som henholdsvis "jobtitel" og "jobtitel" i PKA A/S, der handlede på vegne af PKA+Pension Forsikringsselskab A/S, afgav et fælles bud til Dansk Supermarked A/S i forbindelse med et udbud af en flerårig firmapensionsaftale omfattende mere end [REDACTED] chefer og [REDACTED] medarbejdere med årlige indbetalinger på ca. [REDACTED] kr.

2. PÅSTANDE

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om bødestraf. Anklagemyndigheden har i skriftlig procedure modtaget den 30. oktober 2023 endeligt nedlagt følgende bødepåstande:

1. Tiltalte PKA+Pension Forsikringsselskab A/S (PKA+) skal idømmes en bøde på ikke under 12 mio. kr.
2. Tiltalte Pensionskassernes Administration A/S (PKA) skal idømmes en bøde på ikke under 12 mio. kr.
3. Tiltalte 1 skal idømmes en bøde på 100.000 kr.
4. Tiltalte 2 skal idømmes en bøde på 100.000 kr.

3. SAGENS OPLYSNINGER

3.1 Sagens behandling i retten, herunder forklaringer

De tiltalte har været repræsenteret af valgt antagne forsvarere.

Advokat Simon Evers Hjelmberg har repræsenteret PKA+Pension Forsikringsselskab A/S, cvr-nummer 16376191, og Pensionskassernes Administration A/S, cvr-nummer 16265845.

Advokat Michael Klöcker har repræsenteret Tiltalte 1.

Advokat Hanne Rahbæk har repræsenteret Tiltalte 2.

Tilrettelæggelse af sagens hovedforhandling mv. er under to telefoniske retsmøder. Der henvises til indholdet af retsbøgerne fra den 8. december 2022 og den 21. februar 2023, hvor det bl.a. blev aftalt, at anklagemyndigheden og forsvarerne indleverede skriftlig forelæggelse, jf. retsplejelovens § 850, ligesom det blev bestemt, at anklagemyndigheden og forsvarerne skulle indlevere skriftlige procedurer, jf. retsplejelovens § 878, stk. 2.

Retten har ved kendelse afsagt den 2. februar 2023 bestemt, at sagen skulle behandles uden medvirken af domsmænd.

Anklagemyndigheden indleverede skriftlig forelæggelse af 30. juni 2023, og advokat Simon Evers Hjelmberg indleverede den 7. august 2023 supplerende bemærkninger til anklagemyndighedens skriftlige forelæggelse af 30. juni 2023. De to skriftlige forelæggelser gengives ikke i denne dom.

Hovedforhandling er blevet foretaget over 14 retsdage, jf. retsbøgerne af 14., 15., 17., 21., 22., 24. og 28. august 2023 og 1., 20., 21. og 28. september 2023 samt den 6., 7. og 9. november 2023. Retten har ved kendelse af 14. august 2023 afsagt kendelse om, at navneforbud i forhold til de tiltalte Tiltalte 1 og Tiltalte 2 ikke skulle ophæves; kendelsen blev stadfæstet ved Østre Landsrets kendelse af 27. september 2023 (S-2273-23). Retten har den 28. august 2023 afsagt kendelse om navneforbud i forhold til vidnerne Vidne 1 og Vidne 2, jf. retsbogen af 28. august 2023.

Retten har op til - og undervejs i hovedforhandlingen afsagt to kendelser om spørgsmålet om, hvorvidt fem/tre breve notater mv. udarbejdet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne optages i sagens ekstrakt, henholdsvis dokumenteres under sagens hovedforhandling. Der henvises til rettens kendelser af 10. juli 2023 og 1. september 2023; kendelserne blev køret til Østre Landsret, som afviste kæremålene ved kendelser af henholdsvis 8. august 2023 (S-2025-23) og 21. september 2023 (S-2452-23)

Der er under sagen afgivet forklaring af Vidne 3, Tiltalte 1, Tiltalte 2, Vidne 4, Vidne 5, Vidne 1 [navneforbud i henhold til rettens kendelse af 28. august 2023], Vidne 6, Vidne 2 [navneforbud i henhold til rettens kendelse af 28. august 2023], Vidne 7, Vidne 8, Vidne 9,

Vidne 10, Vidne 11 og Vidne 12, jf. retsbøgerne af 17., 21., 22., 24. og 28. august 2023 samt retsbøgerne af 1., 20., 21. og 28. september 2023. Forklaringerne er ikke gengivet i retsbøgerne, men er løbende blevet gengivet i et af retten udarbejdet særskilt dokument, ”forklaringsdokument”. Den endelige version af forklaringsdokumentet (i alt 153 sider), som blev udsendt på mail til anklagemyndigheden og forsvarerne den 4. oktober 2023, er medtaget som bilag til denne dom.

Anklagemyndigheden og forsvarerne har indleveret skriftlige procedurer, jf. retsbøgerne af 6., 7. og 8. november 2023. De skriftlige procedurer er gengivet nedenfor, idet bemærkes, at fodnoter ikke gengives i dommen. De mundtlige procedurer blev gennemført den 6., 7. og 9. november 2023 – og med afsæt i de skriftlige procedurer.

3.2 Sagsfremstilling

Retten bemærker indledningsvis, at de centrale dokumenter (udbudsmateriale, tilbud, mailkorrespondance mv.) helt eller delvist er gengivet i det før omtalte forklaringsdokument i tilknytning til de tiltalte og vidnernes forklaringer om hændelsesforløbet – og vil derfor ikke blive gengivet nedenfor.

Om forløbet

Pensionskassernes Administration A/S (cvr-nummer 16265845) og PKA + Pension Forsikringsselskab A/S (cvr-nummer 16376191) omtales i denne dom som PKA, medmindre der er et særligt behov for at skelne mellem de to selskaber.

Dansk Supermarked (nu Salling Group) udbød i januar 2018 deres firmapensionsaftale for mere end 2.500 ledere og 16.000 overenskomstansatte, som hidtil havde været indgået med PFA Pension. Udbudsmaterialet var udarbejdet af Dansk Supermarked i samarbejde med forsikringsmægler Vidne 10, afpr. Dansk Supermarked indbød Virksomhed 1, Danica Pension, Virksomhed 2, Virksomhed 3, Virksomhed 4 og PKA samt Virksomhed 6 og Virksomhed 7 til at afgive tilbud.

Af udbudsmaterialet fremgik, at Dansk Supermarked som udgangspunkt fortsat ønskede at have én hovedleverandør på firmapension, men at det var muligt at byde på delaftaler. Det fremgik videre, at det var væsentligt for Dansk Supermarked, at den fremtidige administration forblev så nem og strømlinet som muligt, hvorfor Dansk Supermarked ville se det som en fordel, at eventuelle delbud blev afgivet af et konsortium. Af udbudsmaterialet fremgik således bl.a.:

”1.2 Invitation til udvalgte pensions- og forsikringsselskaber:

DS ønsker deltagelse af følgende pensionsselskaber: Virksomhed 1, Danica, Virksomhed 2, Virksomhed 3, Virksomhed 4 og PKA samt Virksomhed 5 og Virksomhed 6

Dansk Supermarked ønsker som udgangspunkt fortsat at have én hovedleverandør på firmapension, men det er muligt at byde på delatallerne. Det væsentligste for DS er at sikre at både

chefer og medarbejder til stadighed har de bedst mulige pensions- og forsikringsaftaler og at den fremtidige administration forbliver så nem og strømlignet som muligt.

Dette dokument beskriver udbudsforløbet samt de oplysninger og tilbudspriser som ønskes præciseret i pensionsselskabernes tilbud.

...

2.8. Der ønskes tilbud på følgende klassiske forsikringsgrunddækninger

Til chefer og funktionærer:

...

Til medarbejdere:

...

Der er mulighed for at afgive tilbud på den samlede aftale eller på delaftaler, eks. de tre grupper: chefgruppen, medarbejdergruppen sundhedsforsikring. Ved tilbud på delaftaler vil DS se det som en fordel at det foretages som et ”konsortium” der kan sikre DS en nem og homogen administration.”

Dansk Supermarked ønskede tilbud på klassiske forsikringsgrunddækninger i form af bl.a. tab af erhvervsevne, dødsfaldsdækning og sundhedsforsikring opdelt på chefer og funktionærer samt på overenskomstansatte medarbejdere. Derudover ønskede Dansk Supermarked, at tilbuddene inkluderede nye attraktive muligheder i form af fx VIP-pakke med rejseforsikring, bankprodukter, helhedsøkonomisk rådgivning, mulighed for investering i navngivne aktivklasser, forebyggelses- og sundhedstilbud, seniorepakke, digitale oplevelser og et attraktivt obligatorisk tilbud om opsparing i alderssum.

Dansk Supermarked ville vælge det økonomisk og kvalitetsmæssige mest fordelagtige tilbud ud fra en række evalueringskriterier, hvoraf de primære var aftalens samlede økonomi, at aftalen fremstod moderne, attraktiv og tidssvarende for chefer og medarbejdere samt aftalens aftalemæssige forhold, produktfleksibilitet, kvalitet samt rådgivning og service Af udbudsmaterialet fremgik således:

”2.4 Evalueringskriterier for pensionsaftalen

DS vil på baggrund af modtagne tilbud vælge det økonomisk og kvalitetsmæssige mest fordelagtige ud fra nedenstående evalueringskriterier:

1. Aftalens samlede økonomi
2. Aftalen fremstår moderne, attraktiv og tidssvarende for chefer og medarbejdere
3. Aftalens aftalemæssige forhold, produktfleksibilitet, kvalitet samt rådgivning og service
4. Den løbende administration og informationsudveksling mellem DS og pensionsselskabet samt leverance af centrale pensions- og forsikringsdata til revision af aftaleforholdet.

5. Halvårlige rapporteringsmøder med beslutningstagere => løbende drøftelse af optimerings- og tilpasningsmuligheder på aftaleniveau.
6. Gensidige parteraftaler, efterlevelse af indgåede prisaftaler, proaktivitet ift. løbende modernisering af aftalerne.
7. Optimal løsning ift. modregningsregler, herunder opsparing i alderssum på attraktive økonomiske vilkår.
8. Attraktive økonomiske og dækningsmæssige overgangsregler for seniorer og deltids alderspensionister."

Danica Pension og PKA indgav i marts 2018 et fælles tilbud på Dansk Supermarkeds firmapension og deltog den 1. maj 2018 i et præsentationsmøde, hvor Danica Pension og PKA præsenterede deres fælles tilbud for Dansk Supermarked og Vidne 10.

Den 22. maj 2018 blev bragt artikler i Inside Business og FinansWatch om samarbejdet mellem Danica Pension og PKA, ligesom information om samarbejdet blev omtalt på Danske Banks og Danica Pensions intranet, danskenet.

Af artiklen bragt på danskenet.net fremgik:

"...

Partnerskab

PKA og Danica Pension i fælles pensionsmodel

PKA og Danica Pension har indgået et langsigtet partnerskab, der giver en ny og mere effektiv pensionsmodel.

PKA og Danica Pension går sammen om ny samlet pensionsløsning, der giver skræddersyede produkter inden for pension, sundhed og forsikringer til alle medarbejdere i en virksomhed. Partnerskabet medfører, at PKA's og Danica Pensions samlede erfaringer med at levere pensionsløsninger til henholdsvis overenskomstansatte og ledere, giver den enkelte medarbejder den mest effektive pensions- og forsikringsløsning.

Et sådant partnerskab mellem PKA og Danica Pension er ikke før set i den danske pensionsbranche.

Synergi giver værdi til kunderne

Partnerskabet er udformet således, at PKA fokuserer på at levere pensionsløsninger til overenskomstansatte medarbejdergrupper, mens Danica Pension leverer pensionsløsninger til ledere.

"Vi har forbedret eksisterende pensionsmodeller, og vi leverer det bedste fra to verdener til både ledere og overenskomstansatte. Begge grupper får en pensionsaftale, der passer til deres behov. Og for PKA's vedkommende har vi over 60 års erfaring med at levere effektive pensioner med lave omkostninger og høje afkast til overenskomstansatte," siger Tiltalte 1, "jobtitel" i PKA.

”Det er med et klart kundefokus, at vi indgår denne aftale med PKA. Vi er overbeviste om, at vi ved at tilbyde det bedste fra de to selskaber kan levere præcis de løsninger, som kan skabe tryghed om vores kunders pensions- og forsikringsforhold. Målet er at tilbyde virksomheder og medarbejdere skræddersyede pensions- og forsikringsløsninger, der passer til den enkeltes behov” siger Vidne 1, "jobtitel" i Danica Pension.

Fakta om partnerskabet

- Danica Pension og PKA går sammen om at tilbyde virksomheder én samlet pensionsløsning, der er målrettet de forskellige ansættelsesforhold og behov blandt medarbejdere.
- I partnerskabet fokuserer PKA på at levere pensions- og forsikringsløsninger til overenskomstansatte, mens Danica Pension leverer til ledere.

Fakta om PKA

- PKA har over 300.000 medlemmer og en samlet formue på [REDACTED] kr.
- PKA har i 2018 skåret yderligere i de gennemsnitlige administrationsomkostninger til [REDACTED] kr., hvilket er et fald på [REDACTED] på fem år.
- PKA administrerer pensioner for fire pensionskasser inden for social- og sundhedsområdet.”

Af artiklen bragt på Inside Business den 22. maj 2018 fremgik:

”Opsigtsvækkende alliance angriber PFA’s dominans

Danske Banks pensionsselskab, Danica og arbejdsmarkedspensionsselskabet PKA går nu til angreb på PFA’s dominans på detailmarkedet med en ny og overraskende alliance, der skal bruges til at vinde store kunder, og er med i et højaktuelt udbud.

Den ophevede konkurrencesituation på pensionsmarkedet får nu et nyt skud adrenalin fra en overraskende kant. Det er et partnerskab mellem Danske Banks pensionsselskab Danica, og arbejdsmarkedsselskabet PKA, som nu for alvor skal tage kampen op mod PFA som det mest dominerende pensionsselskab på markedet.

Især inden for detailhandlen sidder PFA nemlig stort set på hele markedet, da de store spillere har hyret pensionsgiganten til at passe de mange tusinde medarbejders pensionsordninger. Men i disse dage er giganten Dansk Supermarkeds pensionsordning i udbud. Og for netop at slå PFA af pinden har en alliance valgt at ty til helt nye metoder for at vinde udbudsrunder, som ventes at falde på plads før eller umiddelbart efter sommerferien.

InsideBusiness har netop fået nys om det nye samarbejde – og parterne bekræfter, at man er gået sammen for at vinde det store udbud:

”Det er med et klart kundefokus, at vi indgår denne aftale med PKA. Vi er overbeviste om, at vi ved at tilbyde det bedste fra de to selskaber kan levere præcis de løsninger, som kan skabe tryghed om vores kunders pensions- og forsikringsforhold. Målet er at tilbyde virksomheder og medarbejdere skræddersyede pensions- og forsikringsløsninger, der passer til den enkeltes behov”, siger Vidne 1, "jobtitel" i Danica Pension.

Styrken ved samarbejdet er især, at man både kan tilbyde en god løsning for både højere og lavtlønnede medarbejdere i Dansk Supermarked. For sidstnævnte handler en optimal pensionsplan om at få mest mulig pension for pengene. Det vil sige, man skal have en simpel ordning til kunderne, der får et godt afkast med et lavt omkostningsniveau. I den sammenhæng kan PKA bruge sine styrker til at levere lige præcis den øvelse. PKA er nemlig fjerdebillest på pensionsmarkedet, efter at man i 2018 skat yderligere i de gennemsnitlige administrationsomkostninger til ■■■ kr., hvilket er et fald på ■■■ pct. på 5 år.

”Vi har forbedret eksisterende pensionsmodeller, og vi leverer det bedste fra to verdener til både ledere og overenskomstansatte. Begge grupper får en pensionsaftale, der passer til deres behov. Og for PKA’s vedkommende har vi over 60 års erfaring med at levere effektive pensioner med lave omkostninger og høje afkast til overenskomstansatte,” siger Tilfælde 1, "jobtitel" i PKA.

Til sammenligning skal Danica levere mere komplekse pensionsløsninger til lederne i Dansk Supermarked. Her er Danica til gengæld gode til at levere muligheder for selv at planlægge pensionsinvesteringen ud fra en slags private banking-model. Denne mere komplekse måde at gøre tingene på betyder også, at Danica er blandt de dyreste spillere på pensionsmarkedet ifølge sammenligninger i InsideBusiness, dog har Danica mulighed for at gå længere ned i pris for at byde på de store firmapensionsordninger.

PFA har total dominans

I dag sidder PFA med næsten total dominans over de store detailhandelskæder – Coop, Matas og Rema1000 – hvad angår pensionsordninger. Derfor er der næppe tvivl om, at PFA vil gå langt for at fastholde Dansk Supermarked. Og presset bliver næppe mindre af, at Person 1 og Person 2 sidder i PFA’s bestyrrelse. Det gør det ekstra pinligt, hvis PFA taber den store kunde.

Men det kan godt blive svært, for selv om PFA har ry for at være billigst blandt de kommercielle pensionsselskaber, så har PFA en anden omkostningsstruktur, som gør det svært at matche PKA’s pris, der ifølge InsideBusiness’ oplysninger ligger 20 pct. under PFA’s. Og vælger PFA at gå ned i pris, kan det udløse sneboldeffekt, hvor flere andre af de store HK-kunder vil forsøge at presse sig til lige så lave priser hos PFA. Så selv om PFA har væsentlige stordriftsfordele i forhold til de andre kommercielle pensionsaktører, så vokser træerne ikke ind i himlen.

For eksempel har PFA mistet storkunderne FLSmidt og Per Aarsleff til Nordea Liv & Pension, mens NCC er gået til Danica. Nu kan PFA’s dominans blive yderligere udfordret af den

nye alliance, som er kommet i stand via et samarbejde mellem PKA's "jobtitel", Vidne 4, og

Begge har de en fortid i PFA.

I PKA har man netop skruet op for en offensiv, der skal lokke firmaer og aktører inden for social- og sundhedsområdet til. Senest har man fået pensionskassen for farmakonomer og Danske Fodterapeuter ind i folden, der i forvejen rummer pensionskasser for sundhedsfaglige, sygeplejersker og lægesekretærer samt for socialrådgivere, socialpædagoger og kontorpersonale. Spørgsmålet er, om den nye alliance med Danica for alvor kan udfordre PFA's dominans.

Hos PFA er man dog fortrøstningsfuld overfor den nye alliance.

"Vi kommenterer ikke, hvilke udbud vi er engageret i, men i PFA har vi størrelsen, produkterne og erfaringen til selv at kunne tilbyde attraktive samlede pensionsløsninger, også når det kommer til de allerstørste virksomheder i Danmark," siger Person 3, "jobtitel" i PFA."

Af artiklen bragt på FinansWatch den 22. maj 2018 kl. 11.52 fremgik:

"Danica og PKA fletter fingre i fælles kamp mod PFA

...

Danske Banks pensionsselskab Danica går sammen med arbejdsmarkedsselskabet PKA om at udfordre PFA på detailmarkedet, skriver Inside Business

...

Pensionsselskabet PFA har siddet tungt på pensionsordninger på detailmarkedet, men det vil Danica og PKA sammen udfordre, skriver Inside Business ...

De to selskaber vil således indgå en alliance i forbindelse med Dansk Supermarkeds pensionsordning, som PFA i øjeblikket har, men som i disse dage er i udbud, og hvor der ventes at finde en vinder inden længe.

"Det er med et klart kundefokus, at vi indgår denne aftale med PKA. Vi er overbeviste om, at vi ved at tilbyde det bedste fra de to selskaber kan levere præcis de løsninger, som kan skabe tryghed om vores kunders pensions- og forsikringsforhold. Målet er at tilbyde virksomheder og medarbejdere skræddersyede pensions- og forsikringsløsninger, der passer til den enkeltes behov," udtaler Vidne 1, "jobtitel" i Danica Pension, til Inside Business.

Inside Business skriver videre, at partnerskabet er udformet, så PKA fokuserer på at levere pensionsløsninger til overenskomstansatte medarbejdergrupper, mens Danica Pension leverer pensionsløsninger til lederne. Hos PFA udtaler pressechefen, at man er fortrøstningsfuld i forhold til konkurrencen fra den nye alliance, men at man ikke vil udtale sig om konkrete udbud."

Den 28. maj 2018 indgav Danica Pension og Danske Bank foreløbig ansøgning om straflempelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og den 8. juni 2018 fremkom endelig ansøgning om straflempelse.

PKA A/S med koncernforbundne selskaber og pensionskasser indgav den 27. juni 2018 ansøgning om straflempelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og den 22. november 2018 indgav PKA+ Pension Forsikringsselskab A/S ansøgning om straflempelse.

Konkurrencerådet indgav den 4. juli 2018 anmeldelse til SØIK (nu NSK) mod Danica Pension og PKA for overtrædelse af konkurrencelovens § 23, stk. 1, jf. stk. 4, og § 23, stk. 3, for forsætligt eller groft uagtsomt at have indgået en konkurrencebegrænsende aftale.

Den 14. august 2018 og 30. september 2018 opfordrede Dansk Supermarked og Vidne 10 PKA til at afgive et selvstændigt tilbud i forbindelse med udbuddet af pensionsaftale for Dansk Supermarked, og PKA afgav den 3. oktober 2018 et tilbud på pensionsordning for overenskomstansatte medarbejdere. Den 22. november 2018 fremsendte PKA et tilbud på pensionsordning for ikke-overenskomstansatte og ledere til Dansk Supermarked.

Dansk Supermarked indgik den 11. april 2019 aftale med PFA Pension om pension til ledere og overenskomstansatte i forlængelse af udbuddet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen meddelte den 25. juni 2021 foreløbigt tilsagn om tiltalefrafald til Danica Pension. Den 31. marts 2022 meddelte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afslag på ansøgning om straflempelse til PKA A/S, og NSK meddelte ved brev af 24. juni 2022, at afslaget til lige ansås som omfattende PKA+ Pension Forsikringsselskab A/S.

NSK indgav den 29. august 2022 anklageskrift mod PKA A/S og PKA+ Pension Forsikringsselskab A/S til retten i Lyngby.

Hovedforhandlingen blev indledt den 14. august 2023 og er afholdt over 14 retsdage, jf. ovenfor

Om parterne

PKA består overordnet af fem pensionskasser, inkl. PKA+, der primært udbyder pensionsordninger til overenskomstansatte indenfor sundheds- og socialområdet samt visse faggrupper indenfor kontorområdet HK. PKA A/S er et administrationselskab, som varetager administrationen af fællesfunktioner i PKA+ og de fire øvrige pensionskasser.

Danica Pension er et helejet datterselskab af Danske Bank A/S, som bl.a. udbyder firmapensionsordninger.

Om markedet

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en rapport fra december 2019 benævnt ”Konkurrencen på markedet for pension” overordnet inddelt pensionssystemet i tre søjler, søjle 1 (lovpligtige pensionsordninger), søjle 2 (pensionsordninger tegnet gennem et ansættelsesforhold) og søjle 3 (individuelle pensionsordninger). Denne sag angår pensioner indenfor søjle 2, der kan opdeles i arbejdsmarkedspensioner og firmapensioner.

I samme rapport findes en oversigt over pensionsselskaber i Danmark inddelt i henholdsvis arbejdsmarkedspensionsselskaber (AMP) og kommercielle selskaber. PKA-selskaberne, inkl. PKA+, er rubriceret som et AMP-selskab, og Danica Pension er rubriceret som et kommercielt selskab.

4. PROCEDURE

4.1 Anklagemyndighedens procedure

Anklagemyndigheden har i skriftlig procedure modtaget den 30. oktober 2023 anført bl.a.:

”

2. Bevistemaer

Efter anklagemyndighedens opfattelse, er de centrale bevistemaer, retten skal tage stilling til i dag om:

- 1) PKA og Danica Pension var konkurrenter i forhold til udbuddet.
- 2) den aftale mv., der blev indgået mellem PKA og Danica Pension om at byde på Dansk Supermarkeds pensionsudbud havde til formål at begrænse konkurrencen,
- 3) aftalen er omfattet af de individuelle fritagelser eller gruppefritagelser
- 4) de tiltalte har handlet med den fornødne grad af tilregnelser.
- 5) PKA A/S og PKA+ udgør en koncern.

Det er anklagemyndighedens opfattelse, at bevisførelsen viser, at parterne var konkurrenter, og at aftalen mellem parterne skal bedømmes som en hardcore kartelaftale, der oplagt havde til formål at begrænse konkurrencen.

Samtidig har de tiltalte ikke løftet bevisbyrden for, at aftalen er omfattet af hverken individuelle fritagelser eller gruppefritagelser.

Endvidere må det lægges til grund, at de tiltalte virksomheder og personer som minimum har handlet groft uagtsomt, og at overtrædelsen dermed er sket med den fornødne grad af tilregnelser.

Endelig må det ved beregningen af bøden lægges til grund, at PKA A/S og PKA+ udgør en koncern.

Anklagemyndigheden vil igennem proceduren bruge forkortelser for de involverede virksomheder, således at Danica Pension Livsforsikringsaktieselskab A/S betegnes "Danica Pension". Hvor særlig præcision ikke er påkrævet, vil anklagemyndigheden alene anvende betegnelsen PKA for de tiltalte selskaber, mens PKA Administration A/S betegnes "PKA A/S" og PKA+ Pension Forsikringsselskab A/S betegnes "PKA+" når en opdeling er nærmere påkrævet.

3. Disposition for proceduren

Anklagemyndighedens procedure vil indledningsvis kort tegne baggrunden for en konkurrencelov op. Herefter vil proceduren bestå af fire dele;

Først vil vi gennemgå det retlige grundlag i forhold til konkurrencelovens § 6 om forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder.

Derefter vil vi med udgangspunkt i de foreliggende beviser konkret begrunde, at de tiltalte har overtrådt forbuddet i § 6.

Herefter vil vi redegøre for fritagne aftaler efter konkurrencelovgivningen herunder navnlig om de individuelle fritagelser efter konkurrencelovens § 8, og for, hvorfor de tiltalte ikke har løftet bevisbyrden herfor.

Til sidst vil vi gennemgå sanktionspåstanden, hvorunder vi vil redegøre for tilregnelse, bødebestemmelsen i konkurrencelovens § 23, koncernbegrebet og praksis fra konkurrencesager.

4. Hvorfor har vi en konkurrencelov?

En effektiv konkurrence gavner både virksomhederne og forbrugerne og styrker den samlede danske økonomi. En effektiv konkurrence er en vigtig forudsætning for, at vi kan have velfungerende markeder med et varieret udbud af varer af en høj kvalitet og til en konkurrencedygtig pris.

Gevinsterne ved effektiv konkurrence er betydelige for både samfundet og den enkelte forbruger. Når virksomheder konkurrerer om at tilbyde de bedste priser og den bedste kvalitet, så presses de til at være innovative og have en effektiv drift, og det vil være de mest produktive virksomheder, der vinder markedsandele.

Det betyder, at samfundets ressourcer i form af eksempelvis kapital og arbejdskraft bruges mere effektivt.

Når virksomhederne konkurrerer mod hinanden, så medfører dette, at varer og tjenesteydelser produceres og distribueres til de lavest mulige omkostninger. Omvendt, når konkurrencen sættes ud af kraft så medfører det generelt højere priser og øgede omkostninger for bl.a. forbrugerne.

Baggrunden for dette er bl.a., at det fjerner virksomhedernes incitamentet til at innovere og fastsætte egne priser, og dermed fjernes den naturlige konkurrence, som eksisterer mellem virksomhederne på markedet.

Der sker også en forstyrrelse af markedet, og det giver bl.a. forbrugerne et falsk billede af, hvad den reelle pris er for de givne tjenesteydelser eller varer.

Manglende konkurrence giver et mindre effektivt samfund og det er således af stor samfundsmæssig betydning, at konkurrenceloven overholdes.

I henhold til forarbejder og efter fast retspraksis er dannelse af karteller mellem konkurrenter en alvorlig eller meget alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven.

5. Overgangsbestemmelsen i Konkurrenceloven af 4. marts 2021

Som anført under taltalerejsningen, er det ikke den nuværende konkurrencelov, men lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018, der skal anvendes i forbindelse med den konkrete straffesag. Lovbekendtgørelsen fremgår af MS side 4 til 27.

Af overgangsbestemmelsens § 3, stk. 2, til konkurrenceloven af 4. marts 2021 (LBK nr. 207 af 15. februar 2021), MS s. 38, 2. spalte, fremgår således:

”Loven finder ikke anvendelse på sager, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen inden lovens ikrafttræden i medfør af konkurrencelovens § 15 a, stk. 2, jf. lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018, har udsendt en klagepunktsmeddelelse, eller hvor Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet inden lovens ikrafttræden har rejst sigtelse efter retsplejeloven mod en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning for overtrædelse af bestemmelserne i konkurrenceloven eller EUF-traktatens artikel 101 eller 102. For sådanne sager finder de hidtil gældende regler anvendelse, dog finder konkurrencelovens § 20, stk. 1, stk. 2, 1. pkt., og stk. 3, som affattet ved denne lovs § 1, nr. 36-39, anvendelse i forhold til klager, som indbringes efter lovens ikrafttræden.”

Da der i denne sag er sket sigtelse fra Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (nu National enhed for Særlig Kriminalitet) før 2021-lovens ikrafttræden, er det altså den dagældende konkurrencelov, der finder anvendelse.

6. Konkurrencelovens § 6 – det retlige grundlag.

Det første centrale spørgsmål retten skal tage stilling til er, om parternes aftale mv. var en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

2018-konkurrenceloven er indsat i MS s. 4.

Forbuddet i § 6, stk. 1, har stået uændret siden lovens indførelse i 1998, og lyder således:

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

Bestemmelsen rummer to led, der skal være opfyldt for at realisere forbuddet:

Det første led: ”aftale mellem virksomheder”

Det andet led: ”der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen”

Der er tale om retlige begreber, som skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.

Dem vil vi nu gennemgå enkeltvis:

6.1 Aftale mellem virksomheder

Aftalebegrebet efter konkurrenceloven fortolkes bredt. Der er ingen formkrav knyttet til aftalebegrebet, og helt overordnet kan man sige, at der ikke skal ret meget til, for at opfylde aftalebegrebet.

Det er altså ikke noget krav at påvise en bindende aftale i klassisk juridisk forstand - vi skal ikke anvende den klassiske obligationsretlige definition.

Af forarbejderne til 1998-konkurrenceloven, de specielle bemærkninger til § 6, MS s. 43, 2. spalte nedst til s. 44, 1. spalte øverst, fremgår bl.a.:

”Hovedanvendelsesområdet for § 6 er konkurrencebegrænsende aftaler. En aftale kan indgås af to eller flere virksomheder. Der stilles ikke krav om, at en aftale skal være juridisk bindende. F.eks. kan en såkaldt ”gentleman’s agreement” være omfattet af aftalebegrebet, ligesom der heller ikke stilles krav om, at aftalen skal være skriftlig. Aftalebegrebet omfatter såvel horisontale som vertikale aftaler.”

Denne sag vedrører en aftale mellem to pensionsselskaber der befinder sig i samme led i omsætningskæden. Der er altså tale om en såkaldt horisontal aftale.

Om det konkurrenceretlige aftalebegreb fremgår det videre af 1998-forarbejderne, MS s. 44, 1. spalte øverst, at

”Det er uden betydning for anvendelse af lovforslagets § 6, hvilken betegnelse aftalen har, og hvorledes den er udformet.”

Det er centralt at fremhæve, at konkurrencelovens § 6, stk. 3, yderligere udvider anvendelsesområdet for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler til også at omfatte det, der kaldes ”samordnet praksis”.

Herom fremgår af forarbejderne til 1998-loven, MS side 44, 2. spalte, bl.a.:

”Omvendt vil begrebet samordnet praksis i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten også kunne omfatte enhver direkte eller indirekte kontakt mellem virksomheder, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuelt eller potentiel konkurrents markedsadfærd eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til – eller overveje – selv at følge. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor virksomheder på møder har udvekslet oplysninger om priser og produktionsmængder eller lignende forretningshemmeligheder, og hvor formålet har været at samordne den senere markedsadfærd.”

Selv indirekte kontakt mellem virksomheder der informerer om markedsadfærd rammes således af forbuddet.

6.2 Til formål eller til følge at begrænse konkurrencen

Med hensyn til det andet led i konkurrencelovens § 6, stk. 1 – det retlige begreb ”til formål eller følge at begrænse konkurrencen” – indeholder begrebet to alternative betingelser.

Der henvises til MS side 44, 2. spalte, hvor det til forarbejderne til 1998-loven, LF 172 hedder:

”Enhver form for konkurrencebegrænsning rammes af forbuddet i § 6. Bestemmelsen omfatter både hindring, begrænsning og fordrejning af konkurrencen, ligesom den omfatter aftaler m.v., der ”direkte eller indirekte har til formål eller til følge” at begrænse konkurrencen.”
 Udtrykket til formål eller til følge er alternative kriterier. Forbuddet rammer således både aftaler m.v., der tilsigter begrænsninger, selv om de ikke får denne virkning, og aftaler m.v., der har sådanne virkninger, uanset intentionerne. § 6 kræver således ikke, at der faktisk har fundet en påvirkning sted”

Det er altså nok at konstatere, at en aftale eller en samordnet praksis efter retspraksis skal kategoriseres som en ”til formåls”-overtrædelse. Herefter skal der ikke føres bevis for, om aftalen rent faktisk har begrænset konkurrencen, selve aftalens eksistens er nok til, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, er overtrådt. Der er i denne sag alene rejst tiltale for en ”til formåls”-overtrædelse.

Om den juridiske vurdering retten herved skal foretage, har Højesteret i den såkaldte vejstribe-dom, U.2020.524H, MS. s. 520, anført:

”at der for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.”

Højesteret kodificerer dermed den faste praksis, der også ligger fra EU-Domstolen.

”Til formål” er et retligt begreb. Den vurdering, retten skal foretage, er altså en objektiv vurdering og ikke et spørgsmål om parternes subjektive hensigt.

Til illustration heraf anførte EU-Domstolen således i BIDS-sagen (C-209/07), præmis 21, MS s. 756, bl.a.:

”Ved undersøgelsen af, om en aftale er omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, skal der lægges vægt på ordlyden af bestemmelserne og de tilsigtede målområder. Selv om det i denne forbindelse antages, at det er godtgjort, at parterne i en aftale har handlet uden subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, men med det formål at afhjælpe virkningerne af en krise i sektoren, er sådanne betragtninger ikke relevante ved anvendelsen af den nævnte bestemmelse. En aftale kan således antages at have et restriktivt formål, selv om den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen, men ligeledes forfølger andre, lovlige mål...”

En aftale kan altså anses for at have ”til formål” at begrænse konkurrencen, selv om der ikke har været en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, og selv om aftalen også forfølger andre, lovlige mål.

Det er også vigtigt at fremhæve, at der efter fast praksis ikke skal foretages en rimelighedsvurdering – en ”rule of reason”, over for om en samlet aftales konkurrencefremmende virkninger over for dens konkurrencebegrænsninger, for at afgøre, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen. En sådan rimelighedsvurdering skal i stedet foretages inden for rammerne af konkurrencelovens § 8 / TEUF art. 101, stk. 3.

6.3 Kartelaftale

Det er anklagemyndighedens opfattelse, at samarbejdet mellem PKA og Danica Pension kan karakteriseres som en kartelaftale. Hvad der forstås med ”kartelaftale” er beskrevet i konkurrencelovens § 23, stk. 3, 2. pkt., nr. 1-4, og udgøres af grundelementerne i § 6, altså en aftale mv. mellem virksomheder, der har til formål at begrænse konkurrencen. Hertil er det et krav at der er tale om en aftale mellem konkurrenter, og at formålet er at begrænse den konkurrence, der ellers kunne være mellem virksomhederne om priser, produktion, salg, marked eller kunder. Indgås et kartel, åbnes der mulighed for at straffen for overtrædelse kan stige til fængsel.

Om baggrunden for at indføre bestemmelsen fremgår af forarbejderne til 2013-loven, LFF nr. 41 af 26. oktober 2012, MS side 72, 2. spalte, bl.a.:

”Det centrale i et kartel er, jf. 2. pkt., for det første, at det er en aftale mv., der indgås mellem virksomheder i samme omsætningsled, dvs. konkurrenter. Konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder, der befinder sig i forskellige omsætningsled, er ikke omfattet af bestemmelsen. Det kan f.eks. være en aftale mellem en leverandør og en forhandler om de priser, som forhandleren skal anvende ved videresalget af varerne eller tjenesteydelserne.

For det andet skal aftalen mv. vedrøre priser i bred forstand, begrænsninger af produktion eller salg, markeds- eller kundedeling eller tilbudskoordinering. De overtrædelser, som er nævnt i 2. pkt., nr. 1-4, svarer indholdsmæssigt til den gældende § 7, stk. 2, som fastsætter, hvilke konkurrencebegrænsende aftaler mv., der ikke er omfattet af bagatelreglen i § 7, stk. 1. Årsagen til, at disse konkurrencebegrænsende aftaler mv. ikke er omfattet af bagatelreglen, er, at der er tale om ”så alvorlige konkurrencebegrænsninger, at forbuddet (i § 6, stk. 1) finder anvendelse – uanset deltagernes omsætning eller markedsandele” (FT 2009-10, A, L 109 som fremsat, s. 12).

De konkurrencebegrænsninger, som er oplistet i 2. pkt., nr. 1-4, udgør også efter EU-konkurrenceretten så alvorlige konkurrencebegrænsninger, at forbuddet i artikel 101, stk. 1, finder anvendelse uanset virksomhedernes markedsandele. De anførte konkurrencebegrænsninger er alle udtryk for væsentlige forretningsdispositioner, som den enkelte virksomhed bør træffe uafhængigt, dvs. uden at involvere sine konkurrenter heri. Gør den ikke det, overtræder virksomheden forbuddet i § 6, stk. 1, eller tillige artikel 101, stk. 1, i EUF traktaten, jf. § 24, stk. 1. Efter den gældende lov kan en sådan overtrædelse indebære, at virksomheden pålægges en bøde. Gerningsindholdet i den foreslåede bestemmelse er således ikke nyt; det nye er, at sanktionen i givet fald

kan stige til fængsel indtil 1 år og 6 måneder, hvis overtrædelsen er sket forsætligt, og hvis overtrædelsen er af grov beskaffenhed.”

Af samme forarbejder fremgår vedrørende § 23, stk. 3, 2. pkt., nr. 3, om opdeling af markeder eller kunder, MS side 73, 1. spalte:

”Med nr. 3 foreslås det, at straffen kan stige til fængsel indtil 1 år og 6 måneder, hvis virksomheder i samme led indgår aftaler om "opdeling af markeder eller kunder". Bestemmelsen omfatter enhver foranstaltning, som virksomheder i samme omsætningsled aftaler om begrænsning af de markeder eller kunder, som de ellers burde konkurrere om. Som anført i bemærkningerne til den gældende § 7, stk. 2, nr. 3, er sådanne "aftaler, der udgør alvorlige konkurrencebegrænsninger.... Markeds- og kundedelingsaftaler begrænser kundernes valgmuligheder med deraf følgende højere priser eller lavere produktion.”

Den omstændighed, at et kartel rent faktisk viser sig ikke at medføre højere priser – eller at der ligefrem kan konstateres et prisfald – er ikke ensbetydende med, at kartellet er lovligt. Der henvises herved til Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave, s. 262, MS s. 863.

6.4 Kort om konsortieaftaler

Konsortieaftaler er ikke i konkurrenceretlig henseende anderledes end andre aftaler. Konsortieaftaler skal vurderes ud fra nøjagtigt de samme generelle principper som andre aftaler. At noget betegnes som et konsortium påvirker ikke den juridiske analyse. Det afgørende er ikke, hvorledes en aftale betegnes, men dens indhold. Uanset aftalens betegnelse, skal der foretages en konkret vurdering.

Af Konkurrencestyrelsens konsortievejledning, MS s. 99, fremgår således bl.a.

”Et konsortium er et samarbejde mellem virksomheder, hvor der typisk er tale om, at konsortiedeltagerne går sammen om at afgive et fælles bud på en offentlig eller privat opgave. Selve indgåelsen af sådan et konsortium vil kunne begrænse konkurrencen, hvis konsortiedelta gerne er konkurrenter i forhold til opgaven. Det vil de være, hvis de hver for sig selv kan løse den pågældende opgave.

Et konsortium begrænser derimod almindeligvis ikke konkurrencen, hvis de virksomheder, der indgår i konsortiet, ikke er i stand til selv at udføre opgaven.”

6.5. Oplagt til formål

Inden for konkurrenceretten opererer man med grupper af aftaler, der erfaringsmæssigt anses som konkurrenceskadelige.

Kendetegnende for denne kategori er, at de griber ind i det, der ellers gerne skulle blive resultatet af konkurrencen mellem virksomheder, nemlig lavere priser, større udbud og forbedret kvalitet. Det er den klare erfaring med disse aftaler, at de medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger til skade for navnlig forbrugerne.

Aftaler, herunder karteller, om kundedeling og koordinering af bud, hører til de aftaler, der oplagt har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrenceloven 4. udgave s. 247, MS s. 855.

Karakteristisk for denne type aftale er, at de har et konkurrencebegrænsende formål i sig selv, og at analysen af ”den økonomiske retlige sammenhæng” hvori denne type aftale indgår, begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt. Af Domstolens dom i Toshiba-sagen, sag C-373/14 P, MS s. 738, fremgår således af præmis 28 og 29:

”28. Domstolen har således allerede fastslået, at aftaler om fordeling af markeder udgør særligt alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne (jf. i denne retning domme Solvay Solexis mod Kommissionen, C-449/11 P, EU:C:2013:802, præmis 82, og YKK m.fl. mod Kommissionen, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, præmis 26). Domstolen har også fastslået, at aftaler, der tager sigte på at opdele markeder, har et konkurrencebegrænsende formål i sig selv og tilhører en kategori af aftaler, som artikel 101, stk. 1, TEUF udtrykkeligt forbyder, idet et sådant formål ikke kan retfærdiggøres gennem en analyse af den økonomiske sammenhæng, hvori den omhandlede konkurrencebegrænsende adfærd indgår (dom Siemens m.fl. mod Kommissionen, C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, EU:C:2013:866, præmis 218).

29. Hvad angår sådanne aftaler kan analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori praksissen indgår, begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.”

Af EU-Domstolens praksis følger, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes restriktivt, og at der - hvis ikke aftalen åbenbart falder inden for gruppen af erfaringsmæssigt konkurrence-skadelige aftaler - skal der foretages en mere indgående analyse af den pågældende aftale og den sammenhæng, hvori den indgår, jf. herved præmisserne i U.2021.2449Ø, MS s. 625.

I Kommissionens sprogbrug er der tale om hardcore-aftaler, der ikke kan undtages forbuddet i TEUF artikel 101, stk. 1, som følge af, at virksomhederne har en begrænset omsætning eller af en gruppefritagelsesforordning.

Tilsvarende gælder efter den danske lovgivning. Af forarbejderne til 2010-konkurrenceloven (LFF 2010-01-27, nr. 109, MS s. 57) fremgår herved af de specielle bemærkninger til nr. 1 bl.a.:

”§ 7, stk. 2, foreslås ændret, således at der udover prisaftaler og aftaler om tilbudskoordinering også gælder et ubetinget forbud mod markeds- og kundedelingsaftaler samt aftaler om begrænsning af produktion eller salg...

Med nr. 2 foreslås der indført et ubetinget forbud, dvs. uanset virksomhedernes omsætning eller markedsandel, mod aftaler m.v., hvorved virksomheder beslutter sig for at begrænse enten produktionen eller salget af en given vare eller tjenesteydelse. Det foreslåede ubetingede forbud skyldes, at der med sådanne aftaler er tale om alvorlige begrænsninger af konkurrencen.”

6.6 Fuldbyrkelse

Såfremt en aftale eller samordnet praksis har ”til formål” at begrænse konkurrencen, så følger det af fast retspraksis, at så skal dens konkrete virkning ikke bevises.

Det er altså nok at konstatere, at en aftale eller en samordnet praksis efter retspraksis skal kategoriseres som en ”til formålsovertrædelse”. Herefter skal der ikke føres bevis for, om aftalen rent faktisk har begrænset konkurrencen. Selve aftalens eksistens er nok til, at forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, er overtrådt.

Med andre ord fuldbyrdes en ”til formålsovertrædelse” ved aftalens indgåelse eller ved en handling, der samordner adfærden mellem to eller flere konkurrerende virksomheder.

6.7 Konkurrenter

Den konkurrence, der søges værnet ved forbuddet i konkurrencelovens § 6, er ikke alene den faktiske, men også den potentielle konkurrence. Om der foreligger konkurrence mellem virksomheder, der begrænses af en aftale, er altså ikke alene en vurdering af, om aftalen indebærer en begrænsning af konkurrencen for virksomheder, der er til stede på markedet, men også en vurdering af, om konkurrencen begrænses for virksomheder, der ikke aktuelt er til stede på markedet, men som – hvis aftalen ikke fandtes – kunne tænkes at blive det inden for en kort periode.

I denne sammenhæng vil vi fremhæve sag T-519/09 ”Toshiba”, MS s. 697, der handlede om en ”gentlemans agreement” om markedsdeling indgået af europæiske og japanske producenter af elektriske transformatorer, som afholdt sig fra at foretage afsætning på markederne i hinandens områder. Retten udtalte bl.a. om begrebet ”potentielle konkurrenter,” jf. præmis 230-232 (MS s. 723-724), at også den potentielle konkurrence mellem virksomheder var beskyttet, og at aftalen derfor kunne begrænse konkurrencen, med mindre der fandtes uoverstigelige barrierer for adgangen til det europæiske marked, som udelukkede enhver form for konkurrence fra de japanske producenters side.

Det var ikke tilfældet, og selve eksistensen af aftalen udgjorde en stærk indikation på, at der eksisterede et konkurrenceforhold mellem de japanske og de europæiske producenter. Det var usandsynligt, at parterne ville have indgået en markedsdelingsaftale, hvis det ikke netop var fordi de betragtede hinanden som i det mindste konkurrenter. For det andet havde en af producenterne accepteret projekter fra kunder med hjemsted i Europa. Dermed kunne der ikke siges at være tale om uoverstigelige barrierer for adgangen til det europæiske marked.

6.8 Mærkbarhed

Vi vil nu knytte nogle bemærkninger til det konkurrenceretlige begreb ”mærkbarhed”.

Inden for konkurrenceretten anvendes der to typer af mærkbarhedskrav: dels et såkaldt kvalitativt mærkbarhedskrav og dels et kvantitativt mærkbarhedskrav.

Den første type – det kvalitative mærkbarhedskrav

I EU-retspraksis har der udviklet sig et kvalitativt mærkbarhedskrav. Det vil sige et krav om, at en aftale eller samordnet praksis kvalitativt skal kunne påvirke konkurrencen på markedet. Man kan sige, at aftalen skal være ”egnet” eller tjenlig til at kunne påvirke konkurrencen.

Der kan henvises til EU-Domstolens afgørelse af 13. december 2012 i Expedia-sagen, C-226/11, præmis 37 – MS s. 847, hvoraf fremgår:

”Det må således fastslås, at en aftale, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen”

Fra dansk retspraksis kan henvises til Østre Landsrets afgørelse, UfR 2005.2343Ø, i en sag vedrørende en anden ”hardcore” overtrædelse - prisudveksling i form af tilbudskoordinering i forbindelse med el-entrepriser. Afgørelsen er medtaget i MS side 245-522.

Forsvareren gjorde her til støtte for sin påstand gældende bl.a., at der ikke var sket en afgrænsning af det relevante marked, og at det derfor ikke var muligt at konstatere mærkbarhed. Af bemærkningerne til konkurrenceloven fremgår krav om en undersøgelse af efterspørgsels- og udbudssubstitution, før der kan ske en markedsafgrænsning. Denne undersøgelse var ikke foretaget.

Landsretten fastslog i sine præmisser, at ved tilbudskoordinering, der har til formål at overtræde konkurrenceloven, er mærkbarhedskriteriet altid opfyldt, og der ikke skal foretages en afgrænsning af det relevante marked.

Endelig vil vi nævne landsrettens afgørelse fra 2006 i sagen mod Swatch Group (utrykt), som er medtaget i MS side 238-244).

Sagen vedrørte også en her en ”hardcoreovertrædelse” en ur-grossists anvendelse af bindende videre-salgspriser, hvor byretten havde frifundet tiltalte, da retten fandt, at der var tale om et enkeltstående og tilfældighedspræget tilfælde, som faldt under den bagatelgrænse, der måtte gælde for aftaler omfattet af konkurrencelovens § 6.

At der var tale om et enkeltstående tilfælde var landsretten enig i. Landsretten var derimod ikke enig i, at det skulle betyde, at konkurrencelovens § 6 så ikke var overtrådt – og vi citerer (MS s. 243)

”Det af forsvareren anførte om, at der er tale om et enkeltstående tilfælde, eller at forholdet er af bagatelagtig karakter, kan ikke føre til andet resultat.”

Den anden type – det kvantitative mærkbarhedskrav

Den gældende konkurrencelovs § 7, stk. 1, indeholder et kvantitativt mærkbarhedskrav - eller en såkaldt bagatelregel.

Det betyder, at forbuddet i § 6, stk. 1, ikke gælder i visse situationer i forhold til aftaler mellem virksomheder, når de deltagende virksomheder har en samlet markedsandel på under 10 % for konkurrerende virksomheder og under 15 % for ikke-konkurrerende virksomheder.

§ 7, stk. 1 – den såkaldte kvantitative bagatelgrænse – gælder udelukkende konkurrencebegrænsende aftaler, der har karakter af at være aftaler, der har ”til følge at begrænse konkurrencen”. Det følger direkte af § 7, stk. 3, at aftaler, der har ”til formål af begrænse konkurrencen” altid er forbudte.

Der gælder altså et absolut forbud mod aftaler, der har ”til formål” at begrænse konkurrencen – dvs. også aftaler vedrørende ethvert samarbejde mellem tilbudsgiverne inden tilbudsgivningen, og som har til formål at begrænse konkurrencen, og uanset den kvantitative bagatelregel i stk. 1.

Den gældende udformning af § 7 blev indført ved 2017-lovændringen, der trådte i kraft den 1. januar 2018, og er lidt anderledes end den tidligere bagatelregel. Men det er uden betydning for rettens vurdering i nærværende sag, da der i hele gerningsperioden 2017-2018 i bestemmelsen har været et ubetinget forbud mod kunde- og markedsdelingsaftaler samt koordinering af bud i konkurrenceloven.

6.9 Samhandelspåvirkning

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i udtalelse af 25. juni 2021 (ekstraktens s. 1560 og 1561) anført, at der er en formodning for, at aftalen kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater mærkbart. Anklagemyndigheden er enig i denne vurdering.

Derfor skal både konkurrencelovens § 6 og EUF-traktatens artikel 101 anvendes ved bedømmelsen af denne sag.

7. Om sagens beviser

7.1 Aftale mellem virksomheder

I den her sag er der utvivlsomt indgået en aftale eller samordnet praksis om at afgive et fælles bud til Dansk Supermarked. PKA skal sørge for medarbejderdelen, og Danica Pension for lederdelen.

Hvornår præcis denne aftale mv. tager sin begyndelse, har bevisførelsen ikke givet et entydigt svar på.

Det må dog lægges til grund, at parterne har indledt deres samarbejde medio 2017 og fortsat det til i hvert fald marts 2018, som angivet i tiltalen.

I sagen har vi således set, at Vidne 4 fra PKA, sender en e-mail til Vidne 2 fra Danica Pension den 13. juni 2017, (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 110), hvor, med emnet ”Formøde – Danica/PKA. Samarbejdsstruktur og model samt optimal forberedelse.” E-mailen handler om parter-nes samarbejde herunder tilbuddets indhold og om tilbuddet skal sammenskrives eller afleveres hver for sig.

Arbejdet fortsatte efter bevisførelsen over sommeren 2017 til efteråret 2017, hvor parterne mødtes på direktionniveau, hvorefter konsulenthuset Qvartz blev engageret af begge parter og kom med en nærmere model for samarbejdet. Det udkrystalliserede sig i den styringsmodel, vi har fået dokumenteret (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 559-560).

I starten af 2018 fortsatte samarbejdet, og parterne afgav et samlet tilbud til Dansk Supermarked den 23. marts 2018 (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 1090-1138).

Vi kommer til at folde indholdet af parternes aftale nærmere ud, men det kan lægges til grund, at der er indgået en "aftale mellem virksomheder" om at afgive et fælles bud til Dansk Supermarked, dækkende den tiltalte gerningsperiode.

7.2 Konkurrenter

Det første, der skal vurderes i forhold til, om aftalen har "til formål" at begrænse konkurrencen er, om PKA og Danica Pension er konkurrenter, enten faktiske eller potentielle.

Bedømmelsen af om de to virksomheder var konkurrenter, skal - som det fremgår af Højesterets præmisser i "Vejstribesagen", U.2020.524H, MS. s. 519, foretages på objektivet grundlag, ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet.

Om de krav der stilles i udbudsmaterialet, jamen så fremgår kravene af udbudsdokumentet (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 692-699) – og det er pension til DS "medarbejdere" og "chefer".

Centralt er det at bemærke sig, at den pensionstype, der skal bydes på, ikke er specificeret nærmere.

De nuværende pensioner er beskrevet i pkt. 2.5 (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 696). I pkt. 2.7, ekstrakten s. 696 fremgår, at en pensionsaftale er obligatorisk for alle chefer og medarbejdere ved ansættelsen, og de indplaceres i den aftalte fordeling mellem udbyderne.

Går vi så ned til pkt. 2.10 (ekstrakten s. 698) skal eksisterende risikodækninger kunne overtages på uforandrede vilkår, og der må ikke optræde nogen begrænsninger og særlige helbredskrav for basisdækninger og de obligatoriske dækninger, samtidig med, at alle medarbejdere gerne skal kunne tilslutte sig risikodækning og opsparing, desuagtet at de ikke er omfattet af de nuværende pensionsaftaler.

Endelig ønskes i pkt. 2.11, samme side, et tilbud på en direkte servicering af pensionsselskabets interne rådgivere.

Og herudover er det centrale, der skal kunne leveres på de forsikringsdækninger, der fremgår af dokumentets pkt. 2.8 (ekstrakten s. 696-697), for både ledere og medarbejdere.

At der skulle tilbydes avancerede IT-løsninger, eksotiske investeringsmuligheder, koncertbilletter, bankforretninger mm. for at kunne byde, så er det altså ikke krav, der stilles i udbudsmaterialet.

Udbuddets pkt. 2.9 er IKKE krav.

Men hvad så med alt det vi har hørt fra PKA om bankprodukter, avanceret helhedsøkonomisk rådgivning, opfyldende forsikring, IT-systemer, formel 1-billetter mm. Hvor kommer de krav så fra?

Jo, der må vi først og fremmest vende os mod udbudsmaterialets pkt. 2.9, (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 697). Der er et ønske om at få indarbejdet nye attraktive muligheder i aftalerne, der skal øge medarbejdernes tilfredshed og engagement. Emner der eksemplificeres på den følgende side (ekstrakten s. 698)

Men de emner er – modsat hvad de tiltalte anfører – ikke krav. Vidne 10 kalder det ”noget ekstra” som man ikke ville ekskludere nogen fra udbuddet på baggrund af (forklaringsdokumentet s. 134, midt). Vidne 9 kalder det en ønskeliste, og at det ikke var et krav at inkludere disse punkter for at gå videre i processen (forklaringsdokumentet s. 122, 4. og 8. sidste linje).

Det eneste der står tilbage om kravene er altså udbudsmaterialets ordlyd, at man gerne vil have indarbejdet nye attraktive muligheder i aftalerne for at øge medarbejdernes tilfredshed og engagement, og så en eksemplificeret liste. Ordvalget er ”emner som”. Man vil med andre ord, gerne have udbyderne til at komme med noget ekstra oveni – med nogen bredt formulerede punkter.

Men det er altså ganske klart – fra ordlyden og fra vidneforklaringerne - ikke nogen krav. Det er en ønskeliste. I vores pensionsudbud er det altså ikke centralt. Det er ikke engang flødeskummet på toppen. Det er ren krymmel.

Og skulle man være det mindste i tvivl om det, og hvordan parterne egentlig selv reelt så det, så er det bare at vende sig mod parternes eget tilbud (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 1090f). Her skal man i tilbuddet virkelig lede med en tættekam for at finde noget om fx bankprodukter. Og det der er anført er virkelig minimalt. Flere andre af punkterne er slet ikke behandlet.

Skal man se på, hvad parterne så fokuserer på, der kunne levere den, ja så kan man se i tilbuddet ekstrakten af 15. juni 2023, s. 1093, 2. spalte: ”Den anden store forbedringsmulighed er indsatsen for, at jeres ansatte værdsætter deres pensions- og sundhedsordning relativt til de betydelige lønandele som Dansk Supermarked allokerer til det formål”

Prøv at læse den overskrift sammenholdt med udbudsmaterialet (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 697) ”Medarbejdere/chefer værdsætter ikke pensions- og forsikringsaftalerne relativt til de betydelige lønandele, som Dansk Supermarked hver måned allokerer til dette formål”. Man gentager altså her formuleringerne i pkt. 2.9

Og hvad er det så man fokuserer på, for at få de ansatte til at værdsætte deres pensions- og sundhedsordning? Hvad er det for et ”krymmel,” man har valgt at give?

Jo, det fremgår af tilbuddets pkt. 1.2 (ekstraktens s. 1093) dels at det handler om at få medarbejderne til at bruge sundhedsløsningen. Og dels at give ”unik adgang til lejemøbler”, unikke investeringspakker til chefgruppen, attraktiv seniorpakke og kurser. Man leverer altså ikke i tilbuddet på alle de ”krav” der er i 2.9. Man udvælger sig noget. Og finder også selv på ting. Og opfinder altså sin egen ”krymmel”.

Det var den ene del. Hvad så med de vanvittigt avancerede IT-systemer, der kan give daglig adgang til porteføljer, og muligheder for avancerede og eksotiske investeringsmuligheder for lederne, som vi

bl.a. har hørt Thursday om, og som man skulle bruge for lederne? Det er der heller ikke nogen som helst krav om i udbudsmaterialet.

Og det fører os tilbage til U.2020.524H – Vurdering af om parterne var konkurrenter skal foretages på objektivt grundlag, ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet. Det er ikke parternes subjektive fornemmelse af, hvad parterne gerne vil have. Det er de krav, der stilles i udbudsmaterialet.

Sagt med andre ord – der er slet ikke noget krav om, at man skal tilbyde de her vanvittigt avancerede løsninger. Det er heller ikke det, Dansk Supermarked har i deres eksisterende pensionsløsning på dette tidspunkt.

I hvert fald én af parterne kunne byde – faktisk kunne begge.

Og de krav, der blev stillet i udbudsmaterialet kunne såvel PKA som Danica Pension honorere.

Det angives helt eksplicit i udbuddets pkt. 1.2 (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 694), at selv om der blev foretrukket én leverandør, så var det muligt at byde på delaftalerne. At det ikke kan forstås som en forudsætning at man skulle kunne byde på hele udbuddet, kan man også se samme sted ved, at ikke-pensionsselskaber som Virksomhed 5 og Virksomhed 6 er blandt de inviterede.

I U.2020.524H, gjorde virksomhederne gældende bl.a., at de tidligere udbud klart tilskyndede til at afgive et samlet bud, og at virksomhederne ikke selv havde til hensigt at afgive delbud. Til det anførte Højesteret i præmisserne, helt kælder-koldt, at det er uden betydning (MS 519). Det er det også i denne sag.

Danica kunne selv byde på hele ordningen

At Danica Pension selv kunne byde på det hele må anses for ubestridt. Det har vi samstemmende hørt fra vidnerne. Danica Pension er, som vi hørte flere gange under vidneforklaringerne ”den store spiller, der har det hele på hylderne”. Og vi har hørt at Danica Pension i sommeren 2017 alene ”pitcher” – sig selv ind som leverandør til Dansk Supermarked (ekstrakten af 15. juni 2023 s. 136 og 141).

Og det ved PKA godt. Ser man på den leniency-ansøgning PKA indleverer den 27. juni 2018 (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 93, 2. afsnit), ja så angiver PKA selv risikoen for, at samarbejdet kunne være i strid med konkurrencereglerne, da ”Danica Pension formentlig ville kunne byde på den samlede ordning selvstændigt”.

PKA kunne selv byde – både på delbud og på hele ordningen

Som det fremgår af vidneforklaringen fra Vidne 9, huskede Vidne 9 ikke, at materialet blev ændret undervejs, eller at der var drøftelser herom (forklaringsdokumentet s. 125-126). Vidne 10 forklarede at udbudsmaterialet ikke blev ændret undervejs – der var kun ét udbudsmateriale (forklaringsdokumentet s. 140).

Og det, der skulle kunne bydes på var jo netop ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet. PKA kunne også byde på hele ordningen og gjorde det. Efter samarbejdet med Danica Pension ophørte, gav

PKA den 3. oktober 2015 et selvstændigt tilbud på medarbejderne (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 1179 f). Der kunne altså gives et delbud. Og det – har vi hørt – blev et virkelig markant bedre bud. Om det skyldes virkelig skyldes det ændrede risikoregnskab, at man vurderede, at man skulle skarpere ind for at vinde, eller noget tredje må stå hen i det uvisse.

Og bagefter – den 22. november 2018 – kom PKA med et bud, på både medarbejdere og ledere. Hvor man oven i købet kan komme med endnu mere fordelagtige priser til medarbejderne. Det kan man, som Tiltalte 2 skriver (ekstrakten s. 1205), fordi udvidelsen af tilbuddet også kom til at omfatte chefgruppen. Og det fik så afsmittende positiv effekt på det allerede afgivne tilbud. Den lader vi lige stå et øjeblik.

Af de krav der var i udbudsmaterialet, var det eneste PKA ikke kunne levere på sundhedsforsikringen. Det var både et krav for medarbejdere og ledere, men, som Tiltalte 1 forklarede (forklaringsdokumentet s. 20 nederst), så kunne PKA godt have tilkøbt sundhedsforsikringen et andet sted end hos Danica Pension.

PKA kunne altså selvstændigt kunne byde på ledergruppens pension og forsikringer. Og det var også det de gjorde.

Vidne 10 anførte også, at Vidne 10 ikke ville ekskludere en leverandør, som kunne levere på alle dots i udbudsmaterialet (forklaringsdokumentet s. 142).

Vidne 10 anfører samtidig, at der ikke var chance for, PKA at de kunne vinde aftalen, uden at kvalificere dette nærmere. Men Vidne 10 gør jo mere end blot ”ikke at ekskludere” PKA.

Begge PKA’s tilbudsbesvarelser, altså både det i oktober og det i november 2018, skete efter invitation fra Dansk Supermarked og Vidne 10 til at byde selvstændigt, først på medarbejderne og siden på lederne. Vidne 9 anførte også, at Vidne 9 husker PKA’s senere tilbud som ”konkurrencedygtigt” (forklaringsdokumentet s. 128)

Det betyder med andre ord, at Dansk Supermarked og Vidne 10 - ud over at vurdere, at PKA kunne levere på alle dots – også vurderede, at PKA var i stand til at lægge et selvstændigt konkurrencemæssigt pres i udbuddet.

Udbuddet har ikke ændret sig

Jamen hvad så med Tiltalte 2 mail af 22. november 2018 (ekstrakten af 15. juni 2023 s. 1205) kunne man spørge? Der er her beskrevet, at udbuddet og konkurrencen havde ændret sig, så det nu ikke var et krav at byde på de mere avancerede bankprodukter og helhedsøkonomiske rådgivning mv.

Har udbuddet virkelig så ændret sig? Nej! Materialet er præcis det samme. Det har både Vidne 10 og Vidne 9 forklaret, (forklaringsdokumentet s. 140 og 125 midt). Det der er sket er, at PKA nu har nær advokatbistand, der godt kan se, at det virker lidt uheldigt, at PKA nu pludselig godt kan byde på det hele..

Formuleringen i Tiltalte 2 e-mail af 22. november 2018 genfindes i PKA+'s straflempelsesansøgning (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 95), der er indgivet selvsamme dag af advokat Peter Stig Jakobsen:

”PKA+ kunne tilbyde medarbejdergruppen en attraktiv løsning. PKA+ havde imidlertid ikke mulighed for at tilbyde chefgruppen en løsning, idet det bl.a. fremgik af udbudsmaterialet, at ordningen i relation til chefgruppen skulle omfatte helhedsøkonomisk rådgivning og bankprodukter, som PKA+ ikke havde de korrekte tilladelser for at kunne levere.”

Men den helhedsøkonomiske rådgivning og bankprodukterne havde ikke ændret sig i udbuddet.

PKA's angivelse af den tekst i fremsendelsesmailen, er derimod en måde at forsvare, at man nu byder på det hele, og at samarbejdet med Danica Pension var strengt nødvendigt. For hvis de havde afgivet tilbud på det samme helt alene, som de i foråret 2018 hævder de kun kunne levere i samarbejde med Danica Pension, ville de selv have bevist overtrædelsen.

At de kunne levere på dette marked – og til denne kunde - fremgår også af selskabets egen straflempelsesansøgning PKA (ekstrakten af 15. juni 2023 s. 92), at de kunne tilbyde gruppen af funktionærer og butiksansatte en attraktiv løsning. PKA kunne altså uomtvisteligt – og ifølge dem selv - afgive et delbud. At de er konkurrenter kan altså ikke stå meget klarere.

PKA anfører videre i denne ansøgning, at buddet forudsatte bankprodukter, som PKA ikke kunne tilbyde, inden for de rammer, der er sat for udbuddet. Men det var ikke et krav i materialet. Ikke for medarbejderne. Og ikke i øvrigt.

Højesteret skriver videre i præmisserne til vejstribesagen U.2020.524H, MS side 519:

”Det er således uden betydning, at udbudsbetingelserne, forløbet af de tidligere udbud og andre forhold efter [Parternes] opfattelse klart tilskyndede til at afgive et samlet bud på opgaverne, og at virksomhederne gør gældende, at de ikke havde til hensigt at afgive delbud”

Det er det samme, der gør sig gældende her. PKA's subjektive opfattelse af de omkringliggende omstændigheder og krav til udbuddet kan ikke tillægges betydning.

Parterne havde begge kapacitet til at byde alene på det hele. Og PKA bød alene på det hele.

Og skulle man være det mindste i tvivl om at parterne efter denne gennemgang, ja men så kan man bare se på, hvad den anden aftalepart, Danica, har anført over for konkurrencemyndighederne (ekstrakten s. 1621):

”Det fremgår endvidere af Danske banks interne undersøgelse at ”parterne utvivlsomt vil blive anset som konkurrenter” ”

Det er anklagemyndigheden helt enig i PKA og Danica Pension må utvivlsomt anses for aktuelle eller potentielle konkurrenter.

7.3 Aftalen havde ”til formål” at begrænse konkurrencen

Som Højesteret udtrykker i sine præmisser i Vejstribesagen, U.2020.524H, så skal der, for at anse en aftale for i sig selv at have konkurrencebegrænsning ”til formål”, være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger.

Aftalen mellem PKA og Danica Pension blev afgivet med henblik på at udarbejde og afgive en fælles tilbudsbesvarelse på Dansk Supermarkeds udbud af firmapensioner. Aftalen handlede altså om en koordinering af tilbuddet og dets bestanddele, hvor man fordelte udbuddet i mellem sig, således at Danica Pension skulle byde på lederne og PKA på medarbejderne.

Konkurrencereglerne hviler på et grundprincip om, at enhver virksomhed uafhængigt skal tage stilling til den politik, som virksomheden vil føre på markedet. En aftale mellem konkurrenter om kunde- og markedsdeling er derfor blandt de alvorligste konkurrenceretlige krænkelse, og udgør en per-se overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

Uden aftalen ville parterne operere i et stort usikkerhedsrum, hvor de hver især konkret have besluttet, om de ville byde, hvilke dele, de ville byde på samt hvilke vilkår, de ville tilbyde.

Parternes aftale medfører jo for det første, at de ved at den anden part ikke vil byde på en opgave, de ellers havde kunnet. Hermed eliminerer man jo konkurrencen mellem hinanden.

Men aftalen stopper ikke der. For at være helt sikre på, at man ikke får noget klinket, så bliver det også nævnt flere steder, at man ikke vil ”kannibalisere” i hinandens kunder. Det var noget, der flakkede lidt forældreløst rundt under vidneforklaringerne. Faktum er dog, at henvisningen til at man ville holde sig fra hinandens kunder ikke var en enlig svale.

Det ses bl.a. i Vidne 8 referat af samtale med Vidne 4 af 14. september 2017 (eks-trakten af 15. juni 2023, s. 163), mail af 19. september 2017 fra Qvartz til Vidne 2, mail af 19. september 2017 fra Qvartz til Vidne 2, der også synes at være tiltænkt Vidne 4 (ekstrakt af 15. juni 2023, s. 175), og i præsentationen på PKA’s brevpapir, til det møde, der blev holdt den 20. september 2017 (ekstrakten af 15. juni 2023 s. 187-195).

Men efter mødet på direktionsniveau, hvor punktet måske kunne være blevet stedt til hvile, nævnes det i Vidne 8 referat af samtalen med Vidne 10 den 12. oktober 2017 (ekstrakten s. 155).

Det forekommer ret klart, at man har været centralt interesseret i, at man ikke fik noget klinket, hvis man indgik i samarbejdet.

Et tredje parameter handler om koordinering af bud.

Det er i denne forbindelse bemærkelsesværdigt, at se på, hvad der sker efter parterne modtog udbuddet den i februar 2023, som jo altså, må vi forstå, var første gang så udbudsbetingelserne.

Et centralt tema har været, at parterne bød ”2 as 1”. Altså man ville med samarbejdet sikre sig, at ingen faldt mellem to stole. Der var på dette tidspunkt ikke nogen aftale mellem parterne om, hvordan det skulle leveres. Mere ”hensigtserklæringer”.

Men fokus for samtalen mellem parterne – også i samarbejde med Qvartz – er ikke hvordan man gør løsningen vandtæt for ledere og medarbejdere ved skifte. Man fokuserer i stedet i tiden efter udbuddet på at udveksle prisdata – og faktisk også forhøje priser – i et omfang, der ikke slet, slet ikke har været nødvendigt for – eller har sammenhæng med at afgive budet.

Således kom priserne fra den anden part ikke lige før afgivelsen af budet den 23. marts 2018. Nej, man benytter muligheden for at drøfte priser langt tidligere. Og man ikke blot udveksler sine priser.

Vidne 8 Danica Pension tilbyder på møde den 22. februar 2018 (ekstrakten s. 747) direkte at hjælpe med prissætningen. Det fremgår også af mail af 5. marts 2018 fra Qvartz, at man vil gennemgå priser fra begge sider på et møde et par dage senere mellem Vidne 2 og Tiltalte 2, herunder Danica Pensions første bud på priser (ekstraktens s. 828). Det er der simpelthen ingen grund til på dette tidspunkt. Samtidig fortæller Qvartz den 8. marts 2018, at de vil sende PKA's priser til Danica Pension (anklagemyndighedens tillægsekstrakten af 9. august 2023, s. 534).

En informationsudveksling om fremtidige priser udgør en selvstændig overtrædelse af konkurrencelovens § 6, mens en koordinering af bud – i lighed med deling af markeder og kunder udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven.

PKA vil sikkert gøre gældende at disse priser slet ikke var sensitive, at det var noget objektivt.

Men det er forkert. For man kan direkte se, at PKA bruger prisoplysningerne aktivt.

For det første fik Vidne 4 den 9. marts 2018 priser på cheferne fra Qvartz (ekstrakten af 15. juni 2023 s. 844-845), hvoraf bl.a. fremgik Danica Pensions lønsomhed, ligesom der bliver oplyst, at Danica Pension ”kun” giver 89,95% rabat på deres tab af erhvervsevne, hvilket parterne umiddelbart virker overraskende over. Og PKA bruger disse priser til at opstille, hvad de skal give i rabat for at ramme de nuværende priser.

Herudover bruger PKA oplysningerne til at hæve deres priser, som det fremgår af Vidne 4 mail af 21. marts 2018 (ekstrakten s. 907) –for at ”sikre en vis ensartethed på tværs af tilbuddene”.

Det kan aldrig blive en ligegyldig oplysning, når man – efter at have fået indsigt i sin konkurrents priser hæver sine egne. Så fastsætter man ikke selvstændigt sine priser – man tager dermed ikke uafhængigt stilling til den politik man vil føre på markedet.

Den usikkerhed om de helt centrale konkurrenceparametre og det konkurrencepres, der ville have været forbundet med en konkurrence mellem de to virksomheder i tilbudsfasen, blev elimineret ved parternes aftale.

Realiteten i parternes aftale er, at de som konkurrenter har delt kunden – Dansk Supermarked – mellem sig og udvekslet priser. Parternes aftale havde således også reelt samme indhold som en aftale om deling opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud og skal vurderes som en sådan.

Ikke nødvendigt at foretage en endelig markedsafgrænsning

I aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, tager en markedsafgrænsning udgangspunkt i netop det forhold, at aftaledeltagerne har fokuseret deres konkurrencebegrænsende adfærd på bestemte produkter og geografiske områder. Det skyldes, at aftalerne efter deres karakter er særligt skadelige for konkurrencen. Det er derfor ikke nødvendigt at foretage en endelig markedsafgrænsning af det relevante marked.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i udtalelse af 25. juni 2021 ikke segmenteret markedet for livs- og pensionsforsikring yderligere men ladet markedsafgrænsningen stå åben (ekstrakten på s. 1565, 5. afsnit).

Som det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse af pensionsmarkedet fra december 2019 (forsvarets tillægsekstrakt af 14. juni 2023 på s. 421) og som vi har fået forklaret her i retten, består aktørerne på pensionsmarkedet af arbejdsmarkedspensionsselskaber, kommercielle selskaber og pengeinstitutter. AMP-selskaberne er typisk oprettet af fagbevægelsen mv. i forbindelse med indførsel af obligatoriske bidrag i overenskomsterne, mens de kommercielle selskaber fokuserer på det kommercielle marked.

Danica Pension var et af de største selskaber inden for firmapension. PKA-selskaberne var en mastodont på AMP-markedet.

Men PKA ville som nævnt i 2017/2018 – ind på det kommercielle marked, for man havde en ambition om vækst, ikke mindst fordi PFA var begyndt at botanisere på PKA's område.

Og som led i denne vækstrejse, havde man fået ansat Vidne 4 i PKA A/S, bl.a. for at udvikle området. Og det skulle man gennem PKA+, der i 2017 gik fra at være et selskab under afvikling til et selskab, der ledte efter nye kommercielle grupper, der mindede om de grupper som PKA i forvejen servicerede.

Der var ikke vandtætte skotter mellem de to markeder. PKA og Danica Pension havde således mod hinanden budt på [REDACTED] pensionsordning. Og et andet AMP-selskab, Virksomhed 4, var også startet med at byde på kommercielle ordninger.

Samtidig var PKA sammen med Virksomhed 4 som AMP-selskab indbudt til at afgive bud på Dansk Supermarkeds ordning. Ikke som del af et konsortie, ikke som et partnerskab, men som individuelle selskaber.

Markedet for firmapension er ikke således ikke kendetegnet ved sådanne særlige og væsentlige økonomiske eller retlige forhold, at det klare udgangspunkt skal fraviges. Bemærkningerne fra Thursday om, hvad IT-systemer koster, udgør ikke dokumentation for sådanne særlige og væsentlige forhold eller adgangsbarrierer.

Det er derfor ikke nødvendigt at foretage en endelig markedsafgrænsning.

Der er ikke tale om accessoriske begrænsninger

De konkurrencebegrænsende elementer i konsortieaftalen er heller ikke af en art, hvor de kun var en nødvendig og accessorisk begrænsning til en i øvrigt lovlig aftale. Aftaler af denne type angår noget helt andet, hvor det overordnede formål med aftalen netop ikke er at foretage kunde- og markedsdeling.

Sammenfatning

Parternes aftale handlede om, at man fordelte Dansk Supermarkeds udbud imellem sig, selv om i hvert fald en af parterne kunne byde selv. Det er forbudt.

Det må lægges til grund, at det var en fælles forståelse, at ingen af parterne skulle kannibalisere i hinandens porteføljer. Og parterne udvekslede fremadrettede prisinformationer i et omfang, der ikke var strengt nødvendigt, og anvendte dem faktisk til at ensrette – hæve – priserne og dermed koordinere deres bud.

Aftalen er således åbenbart inden for gruppen af erfaringsmæssigt konkurrenceskadelige aftaler, ligesom der ikke er omstændigheder ved aftalen, der tilsiger, at der skal foretages yderligere undersøgelser.

Aftalen indeholder objektivt bedømt efter sin karakter i den markedsræssige sammenhæng et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er nødvendigt at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.

Aftalen må på denne baggrund anses for at have ”til formål” at begrænse konkurrencen, og må derfor anses for en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

8. Fritagelser efter konkurrenceloven

8.1 Individuel fritagelse i konkurrencelovens § 8

Ikke alle konkurrencebegrænsende aftaler er forbudte. I særlige tilfælde kan en konkurrencebegrænsende aftale være tilladt, hvis der er positive virkninger af aftalen, som opvejer de negative.

Forsvaret har i forbindelse med PKA's straflempelsesansøgning af 27. juni 2018 (ekstrakten s. 93, 3. sidste afsnit), PKA+'s straflempelsesansøgning af 22. november 2018 (ekstrakten s. 96, sidste afsnit) og forsvarets forelæggelse af 7. august 2023 på s. 39 overordnet gjort gældende, at konkurrencelovens § 8 finder anvendelse.

Det kræver imidlertid, at de deltagende virksomheder kan løfte bevisbyrden for, at de kumulative betingelser i § 8, stk.1, er opfyldt, altså at aftalen m.v.:

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

Indledningsvis skal anklagemyndigheden bemærke, at alle typer af aftaler i princippet kan være omfattet af fritagelsen.

Aftaler, som den vi skal bedømme, om markeds- og kundedeling betragtes som nævnt som en alvorlig konkurrencebegrænsning, så den tærskel de tiltalte skal over for at dokumentere aftalens objektive fordele, er høj.

Som eksempel herpå kan fremhæves Konkurrencerådets afgørelse af 20. februar 2013 – Foreningen Danske Revisorers kollegiale regler - der også vedrørte en alvorlig konkurrencebegrænsning. Reglerne forbød medlemmerne dels at kapre kunder gennem priskonkurrence, dels uden særlig tilladelse at markedsføre sig over for sygdomsramte og afdøde kollegaers kunder. Rådet udtalte, jf. pkt. 175, MS side 661, at det var

”usandsynligt, at deltagerne i en horisontal aftale, der ... havde prisfastsættelse, kundedeling samt afsætningskontrol som formål, ville kunne dokumentere, at aftalen bidrager til at styrke effektiviteten...”

Det bemærkes, at konkurrencelovens § 8, stk. 2, åbner for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan fritage en aftale efter anmeldelse fra de deltagende selskaber. Denne mulighed, har de tiltalte ikke på noget tidspunkt benyttet sig af.

De tiltalte har ikke løftet bevisbyrden

De tiltalte har ikke løftet deres bevisbyrde for, at aftalen er omfattet af en individuel fritagelse. Det vil anklagemyndigheden fremhæve tre grunde til.

For det første er det ikke dokumenteret, at aftalen styrker effektiviteten.

For at afgøre, om aftalen ”styrker effektiviteten,” skal det vurderes, om aftalens konkurrencebegrænsninger opvejes af dokumenterbare bedre priser eller vilkår fra de to selskaber, end hvis de havde budt hver for sig.

Det følger direkte af Kommissionens Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3) 2004/C 101/08 i pkt. 55, at når der er tale om hardcore begrænsninger, formodes der at bestå negative virkninger for konkurrencen og forbrugerne, jf. MS side 144.

Over for denne formodning skal effektivitetsgevinster således dokumenteres, således at myndighederne kan efterprøve:

- a) de påståede effektivitetsgevinsters art
- b) forbindelsen mellem aftalen og effektivitetsgevinsterne
- c) sandsynligheden for og størrelsen af hver af de påståede effektivitetsgevinster
- d) hvordan og hvornår hver af de påståede effektivitetsgevinster opnås.”

Det fremgår af Kommissionens Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (nu artikel 101, stk. 3) 2004/C 101/08, pkt. 51, MS side 144.

Derudover skal der også bevises en direkte årsagssammenhæng mellem den konkurrencebegrænsende aftale og effektivitetsgevinsterne, jf. pkt. 54, MS side 144.

Til støtte for effektivitetsgevinsterne har Vidne 9 under sagen forklaret bl.a., at konkurrencen blev skærpet mere ved, at der kom et fælles bud fra Danica Pension og PKA. Det fik PFA Pension op på tæerne. Dansk Supermarked fik bedre priser og vilkår i den nye aftale i forhold til den tidligere aftale.

Anklagemyndigheden bemærker, at et eventuelt fald i de priser Dansk Supermarked får hos PFA Pension, ikke har en sådan årsagssammenhæng med den aftale PKA og Danica Pension indgik, at det ville kunne opfylde betingelserne for en effektivitetsgevinst. Priserne og vilkårene i aftalen mellem Dansk Supermarked og PFA Pension kan ikke udgøre dokumentation for, at en aftale mellem Danica Pension og PKA opfylder betingelsen om en ”styrket effektivitet”.

Vidne 10 har til støtte forklaret bl.a., at det fælles tilbud forbedrede konkurrencen og sparede penge. Som det fremgår af forklaringsdokumentet på s. 143, 3. afsnit:

”Vidne 10's opfattelse var, at Dansk Supermarked og Vidne 10 var meget glade for PKA's og Danicas fælles tilbud, der styrkede konkurrencen, og de var tossede på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, da styrelsen spændte ben for samarbejdet.” Samtidig anførte Vidne 10, at der ”er tabt millioner på denne sag. Forsigtigt sat, er der dog tabt [REDACTED] kr. på 5 år. ... Det har kostet mange penge, at PKA ikke kom ind på markedet”

Fælles for såvel Vidne 9 udsagn som Vidne 10 udsagn er imidlertid, at de er udokumenterede, og kan ikke efterprøves.

Det fremgår direkte af Kommissionens Retningslinjer i pkt. 55, MS side 144, at alle påstande om effektivitetsgevinster må dokumenteres således at de kan efterprøves. Udokumenterede påstande vil blive afvist. Det skal retten også gøre her.

For det andet skal forbrugerne, herunder mellemlid, sikres en rimelig andel af fordelene ved de effektivitetsgevinster, der opnås ved aftalen.

Og får brugerne – i den her sag – så en ”rimelig andel” af fordelene?

Svaret er nej! Tværtimod medførte aftalen mellem Danica Pension og PKA højere priser for Dansk Supermarked i parternes tilbud.

I e-mail af 21. marts 2018, jf. ekstrakten på s. 907-909, anført "jobtitel" Vidne 4, PKA, til Tiltalte 2 og Tiltalte 1 bl.a., at PKA den 20. marts 2018 havde et møde med Danica Pension, hvor prisstrategien blev drøftet. Det resulterede i, at PKA hævdede sine priser:

"Danica's priser er en smule højere end PKA's (det vidste vi godt, da risikoregnskabet for lederne er dårligere end for medarbejderne). For at sikre en vis ensartethed på tværs af tilbuddene, hæver vi nogle af vores priser her til start."

"Jobtitel" Vidne 4 bekræftede under sin forklaring indholdet af e-mailen. Vidne 4 forklarede bl.a., jf. forklaringsdokumentet på s. 70, at "ingen af PKA's priser (blev) sat ned efter mødet. Nogle af PKA's priser blev sat op efter mødet. De regnede med at skulle sidde på salamimøder. Det handlede om at sætte priserne på et niveau, så de kunne komme til forhandlingsbordet."

Det drejede sig med andre ord ikke om en bedre pris for Dansk Supermarked men om PKA og Danica Pensions bundlinje. At det sker med forventningen om en senere forhandlingssituation, kan ikke tillægges betydning.

For det tredje er det ikke dokumenteret, at det var nødvendigt, at de to store virksomheder, Danica Pension og PKA, gik sammen i et konsortium. Tværtimod kunne begge selskaber byde hver især. Som nævnt er betingelserne kumulative. Det vil altså sige, at PKA skal løfte bevisbyrden for alle fire punkter. Og det har de ikke.

Selskabernes anbringender I "Vejstribesagen"

Til illustration kan nævnes U.2020.524H, MS side 245 til 522, der på mange måder minder om denne sag.

Sagen drejede sig om, at to entreprenørvirksomheder indgik en konsortieaftale med henblik på at afgive tilbud på et udbud fra Vejdirektoratet vedrørende vejmarkering i tre distrikter. Konsortiet blev vinder af udbuddet med den samlet set laveste pris for alle tre distrikter.

Højesteret fandt, at virksomhederne i kraft af konsortieaftalen havde handlet i strid med konkurrencelovens § 6. Virksomhederne havde hertil påberåbt sig, at aftalen var omfattet af konkurrencelovens § 8.

Virksomhederne anførte bl.a., at konsortiet medførte effektivitetsgevinster, i form af var ledelsesmæssige gevinster, operationelle gevinster og finansielle gevinster, at ingen af virksomhederne ville have budt på nogen del af udbuddet uden konsortieaftalen. Uden konsortiet havde Vejdirektoratet været nødsaget til at betale en højere pris uden konsortiesaftalen. Endvidere blev fremlagt en erklæring fra en norsk økonomiprofessor om effektivitetsfordelene.

Det var desuden helt sædvanligt og proportionalt, at parterne havde fordelt arbejdet mellem sig, i tilfælde af at de vandt udbuddet, og idet konsortieaftalen alene vedrørte et konkret udbud, udelukkede konsortieaftalen ikke konkurrencen på markedet.

Højesteret behandlede spørgsmålet og anførte helt kort, jf. MS side 520, at virksomhederne ”ikke havde godtgjort, at betingelserne for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, er opfyldt.”

Det samme resultat bør retten nå frem til her.

8.2 Gruppefritagelser

Aftalen er efter anklagemyndighedens opfattelse heller ikke omfattet af nogen gruppefritagelser.

Aftalen kan således fx ikke anses for en fælles produktionsaftale, som er omfattet af gruppefritagelsesforordningen for specialiseringsaftaler.

Af gruppefritagelsens artikel 2, pkt. 2 (MS side 161) følger således, at

”fritagelsen finder anvendelse på specialiseringsaftaler, der indeholder bestemmelser om overdragelse af eller meddelelse af licens på intellektuelle ejendomsrettigheder til en eller flere af parterne, forudsat at sådanne bestemmelser ikke udgør hovedformålet med sådanne aftaler, men er direkte knyttet til eller nødvendige for deres gennemførelse.”

Aftalen mellem Danica Pension og PKA indeholder ikke bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder og betingelsen i artikel 2, pkt. 2, er derfor ikke opfyldt.

Endvidere følger af artikel 4 følger (MS side 161), at fritagelsen efter artikel 2 ikke gælder for specialiseringsaftaler, som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger. Det indebærer, jf. artikel 4, litra c., at gruppefritagelsen ikke finder anvendelsen.

9. § 23 – konkurrencelovens straffestemmelser og tilregnelseskrav

Anklagemyndigheden vil nu vende sig mod sanktionen for den tiltalte overtrædelse.

Anklagemyndigheden vil først knytte nogen bemærkninger om det retlige grundlag, navnlig konkurrencelovens § 23 og bestemmelsens forarbejder. Herefter vil vi konkret subsumere overtrædelsen (afsnit 10).

9.1 Konkurrencelovens straffestemmelse

Konkurrencelovens § 23, stk. 1, der fremgår af MS side 23, har følgende ordlyd:

”Medmindre højere straf er forskyldt efter stk. 3 eller efter anden lovgivning, straffes med bøde den, der forsætligt eller groft uagtsomt

1) overtræder § 6, stk. 1,

...

14) EUF-traktatens artikel 101, stk. 1, eller artikel 102, jf. § 24, stk. 1.”

Det subjektive tilregnelseskrav er altså fortsat eller grov uagtsomhed.

9.2 Principperne for beregning af bøder

Principperne for beregning af bøder for konkurrencelovsovertrædelser, der er begået efter den 1. marts 2013, fremgår direkte af lovens § 23, stk. 5, MS side 24:

”Ved udmåling af bøder efter denne lov skal der tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed. Ved udmåling af bøder i forhold til juridiske personer skal der desuden tages hensyn til den juridiske persons globale omsætning.”

I forhold til den konkrete udmåling af bøder til virksomheder, fremgår af forarbejderne til 2012-loven, MS side 68, 1. og 2. spalte, følgende:

”I overensstemmelse med anbefalingen fra et flertal af konkurrencelovsudvalgets medlemmer foreslås det, at de gældende principper for udmåling af bøder til virksomheder for overtrædelse af loven fastholdes. Det indebærer, at bøder til virksomheder fortsat skal udmåles under hensyn-tagen til overtrædelsens grovhed, varighed samt virksomhedens omsætning.

Ved den konkrete udmåling skal der som hidtil ved vurderingen af en overtrædelses grovhed tages udgangspunkt i et grundbeløb alt efter, om overtrædelsen kan karakteriseres som en mindre alvorlig, en alvorlig eller en meget alvorlig overtrædelse.

I overensstemmelse med anbefalingen fra flertallet af konkurrencelovsudvalgets medlemmer foreslås de hidtidige grundbeløb, som er blevet anvendt ved fastsættelsen af grovheden for en overtrædelse, forhøjet væsentligt.

Som udgangspunkt for den konkrete strafudmåling foreslås det, at grundbeløbet for en mindre alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven bør ligge i størrelsesordenen op til 4 mio. kr. Grundbeløbet for en alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven bør ligge i størrelsesordenen fra 4 til 20 mio. kr., og grundbeløbet for en meget alvorlig overtrædelse bør ligge i størrelsesordenen fra 20 mio. kr. og opefter. Som noget nyt – og i overensstemmelse med anbefalingen fra et flertal af konkurrencelovsudvalgets medlemmer – foreslås det, at der fremover ved den konkrete bødeudmåling i større omfang skal tages hensyn til en virksomheds omsætning, således at bøden for alvorlige og meget alvorlige overtrædelser indebærer en væsentlig omkostning for virksomheden relativt til dens omsætning. Hensigten er, at bøder for den samme type overtrædelse skal virke økonomisk ensartede for små og store virksomheder.

Ved den konkrete bødeudmåling skal der fortsat også tages hensyn til varigheden af en overtrædelse. De gældende retningslinjer, hvorefter der sondres mellem en overtrædelse af kortere varighed (mindre end 1 år), af mellemlang varighed (1-5 år) og af lang varighed (over 5 år), foreslås videreført. De gældende retningslinjer, hvorefter grundbeløbet for grovheden af en overtrædelse stiger som følge af tillæg for varigheden af overtrædelsen, foreslås ligeledes videreført, jf. pkt. 2.11.1. ovenfor.

Ved fastlæggelsen af en virksomheds omsætning forudsættes det, at der som noget nyt tages udgangspunkt i de regler, der gælder for beregningen af omsætningen i den gældende § 7, stk. 1, og den gældende § 12, stk. 1 – jf. bekendtgørelse nr. 808 af 14. august 2009. I konsekvens heraf

er det koncernomsætningen, der skal tages hensyn til, og ikke kun – som tidligere – omsætningen i den virksomhed, der har begået overtrædelsen. Som efter de gældende bemærkninger er det som udgangspunkt virksomhedens omsætning fra samtlige de varer og tjenesteydelser, som virksomheden producerer eller distribuerer, der skal tages hensyn til.

Europa-Kommissionen opererer med et bødeloft, idet en bøde maksimalt kan udgøre 10 pct. af virksomhedens koncernomsætning. Der er i Danmark ikke tradition for i lovgivningen at fastsætte maksimum for bøders størrelse. For at sikre ensartethed mellem de danske regler og EU-reglerne bør en virksomhed som udgangspunkt dog ikke pålægges en bøde, der overstiger 10 pct. af virksomhedens samlede årlige koncernomsætning, set som et gennemsnit over de seneste f.eks. 3 år forud for domstidspunktet.”

Der skal altså ved bødeudmålingen tages udgangspunkt i grundbeløb på baggrund af overtrædelsens alvorlighed, varighed og virksomhedernes koncernomsætning. Samtidig fremgår også et bødeloft, således at virksomhederne som udgangspunkt ikke pålægges en bøde, der overstiger 10 procent af virksomhedens samlede årlige koncernomsætning.

Om varighedens betydning af overtrædelsen i forhold til bødeudmålingen fremgår videre af forarbejderne til 2012-loven, MS side 67, 1. spalte, at:

”Ved vurderingen af overtrædelsens varighed sondres der mellem en overtrædelse af kortere varighed (mindre end 1 år), af mellemlang varighed (1-5 år) og af lang varighed (over 5 år), idet størrelsen af bøden stiger i takt med overtrædelsens varighed. En overtrædelse af kortere varighed medfører ikke et tillæg til det grundbeløb, der er fastlagt ud fra vurderingen af overtrædelsens grovhed. En overtrædelse af mellemlang varighed medfører et tillæg på op til 50 pct. af det grundbeløb, der er fastlagt ud fra vurderingen af overtrædelsens grovhed, og en overtrædelse af lang varighed medfører et tillæg på 10 pct. for hvert år, en overtrædelse har fundet sted.”

Om udmåling af bøder til fysiske personer fremgår af 2012 forarbejderne, MS side 69, 1. spalte:

”I overensstemmelse med anbefalingen fra et flertal af konkurrencelovsudvalgets medlemmer foreslås det, at bøder til fysiske personer udmåles under hensyntagen til overtrædelsens grovhed og varighed.

For så vidt angår vurderingen af grovheden af en fysisk persons overtrædelse af konkurrenceloven foreslås det, at der ved den konkrete bødeudmåling tages udgangspunkt i et grundbeløb alt efter, om overtrædelsen kan karakteriseres som en mindre alvorlig, en alvorlig eller en meget alvorlig overtrædelse. Bøden til en fysisk person, der har begået en mindre alvorlig overtrædelse, bør være på mindst 50.000 kr. Bøden for en alvorlig overtrædelse bør være på mindst 100.000 kr., mens bøden for en meget alvorlig overtrædelse bør være på mindst 200.000 kr. De angivne grundbeløb er i overensstemmelse med anbefalingen fra et flertal af konkurrencelovsudvalgets medlemmer.

Konkurrencelovsudvalget har ikke afgivet specifikke anbefalinger om den betydning, som en overtrædelses varighed bør have på den konkrete bødeudmåling til en fysisk person. Ud fra et

ønske om at skabe balance mellem bødeudmålingsprincipperne for fysiske og juridiske persons overtrædelser af loven foreslås det, at der ved vurderingen af varigheden af en overtrædelse, som en fysisk person har begået, anvendes samme metode som for virksomheder.”

For fysiske personer følger kategoriseringen af en overtrædelse således virksomheden, og tager – ligesom virksomheder – udgangspunkt i grundbeløb.

9.3 Strafsubjekt:

Vedrørende strafs subjektet følger det af forarbejderne til konkurrencelovens § 23, stk. 3, at:

”Strafs subjektet efter den forslåede bestemmelse er den, der indgår en kartelaftale med virksomheder i samme omsætningsled, dvs. med konkurrenter. Strafs subjektet vil imidlertid også kunne være den, der opfordrer til eller på anden måde medvirker til, at virksomheder i samme omsætningsled indgår en kartelaftale, f.eks. formanden eller direktøren for en sammenslutning af virksomheder, herunder en brancheforening, jf. de almindelige regler i straffeloven om medvirken.

Udgangspunktet efter Rigsadvokatens meddelelse nr. 5/1999 om valg af ansvarssubjekt i sager om virksomhedsansvar er, at anklagemyndigheden rejser tiltale mod virksomheden, hvis lovovertrædelsen er motiveret af økonomiske grunde, hvis den udviste uagtsomhed fra en ansat ikke er graverende, eller hvis forholdet er begået af virksomhedens underordnede personale (jf. pkt. 2.1. i meddelelsen). Det fremgår imidlertid af Rigsadvokatens meddelelse, at virksomhedsansvaret også kan kombineres med en personlig tiltale mod en fysisk person, hvis ledelsen af selskabet eller en overordnet ansat, herunder direktøren, har handlet forsætligt eller udvist grov uagtsomhed. Er der tale om en underordnet ansat, rejses der kun under særlige omstændigheder tiltale mod denne (jf. pkt. 2.2.1. i Rigsadvokatens meddelelse). ”

10. Udmåling af sanktion

I denne sidste del af proceduren redegøres for anklagemyndighedens stafpåstand i sagen:

- (I) Vi vil først gennemgå sagens beviser i relation til, at der er handlet med den fornødne tilregnelser
- (II) Herefter vil vi komme med nogle uddybende bemærkninger til kategoriseringen af overtrædelsen.
- (III) Efter dette vil vi gennemgå, hvorfor PKA+ og PKA A/S efter anklagemyndighedens opfattelse udgør en koncern ved udmålingen af sanktionen.
- (IV) Endelig vil vi komme med en redegørelse og uddybende bemærkninger i relation til strafpåstanden.

10.1 Tilregnelser

Det følger af straffelovens § 27, at strafansvar for en juridisk person kræver, at der inden for den juridiske persons virksomhed er begået en overtrædelse, og at overtrædelsen kan tilregnes en eller flere til den juridiske person knyttede personer eller den juridiske person som sådan.

De subjektive betingelser for at ifalde et strafansvar efter konkurrencelovens § 23, stk. 1, er som nævnt, at de tiltalte fysiske personer skal have handlet forsætligt eller groft uagtsomt i relation til de objektive gerningsmomenter i tiltalens forhold 1 - med andre ord i relation til:

- (1) en aftale mv. mellem virksomheder i samme omsætningsled om opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud,
- (2) der har til formål at begrænse konkurrencen.

Så for det første, vidste de tiltalte virksomheder, at der var indgået en aftale mv. med Danica om at byde på aftalen med Dansk Supermarked, og hvad hver part skulle byde på? Utvivlsomt.

Vidste de, at Danica selv kunne byde på det hele? Ja. Det har de selv forklaret i deres leniencyansøgning (ekstrakten s. 93). At det skulle være noget advokat Jacob Pinborg har skrevet, uden at PKA har givet udtryk for det, sådan som Tiltalte 2 forklarer (forklaringsdokumentet s. 47) virker ikke sandsynligt eller troværdigt. Men det står ikke alene – det understøttes også bl.a. af Vidne 4's forklaring, hvor det fremgår, at Danica Pension kunne have budt på hele udbuddet (forklaringsdokument s. 73).

Vidste de, at PKA selv kunne byde selv på i hvert fald et delbud? Ja. Det fremgår således af PKA+' egen straflempelsesansøgning (ekstrakten s. 95), at PKA+ kunne tilbyde medarbejdergruppen en "attraktiv løsning". Og vidste de, at det var muligt at afgive delbud? Ja – det stod direkte i udbuddet.

Der har altså utvivlsomt den fornødne tilregnelser hos virksomhederne.

De tiltalte, Tiltalte 2 og Tiltalte 1, deltog begge på møde mellem PKA og Danica Pension den 20. september 2017. Her blev samarbejdet om Dansk Supermarked drøftet. Samme dag blev der afholdt [REDACTED] i Danica Pension, hvor begge de tiltalte deltog, og her blev et udsendt oplæg om samarbejdet med Danica Pension godkendt.

Det må altså lægges til grund, at begge de tiltalte kendte til F1-projektet. Styringsmodellen blev i november 2017 fremsendt til Tiltalte 2 (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 558). Tiltalte 2 var her involveret i task forcen for udbud (ekstrakten pås. 559-560).

Fra tiden efter modtagelsen af udbuddet var Tiltalte 2 aktivt involveret, som det fremgår af mails. Af mail den 23. februar 2018 (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 762) fremgår således, at Vidne 4 havde drøftet de emner, Vidne 4 og Tiltalte 2 havde talt om i relation til udbuddet med Vidne 2. Den 6. marts 2018 blev der indkaldt til møde om priser og prishåndtag til DS, hvor både Tiltalte 2 og Vidne 2 deltog.

Da vi når tættere på afleveringen af tilbuddet – den 19. marts 2018 – blev både Tiltalte 1 og Tiltalte 2 involveret i tilbuddet. Person 4 fra Qvartz sendte således en e-mail til bl.a. Tiltalte 1 og Tiltalte 2 og takkede for "alle jeres input i løbet af de sidste par dage" (ekstrakten af 15. juni 2023, s. 886). Det nævntes samtidig, at der blev afholdt et gruppe-møde dagen efter, hvor de endelige priser og prisstrategi ville blive afklaret.

Den 21. marts 2018 skrev Vidne 4 en e-mail til begge de tiltalte, hvor Vidne 4 gennemgik de elementer, der indgik, og hvordan priserne enten blev fastholdt eller hævet (ekstrakten s. 907-909). Tiltalte 2 svarede senere samme dag, at der var ”OK for Tiltalte 1 til at køre videre”.

Den 23. marts 2018 (ekstrakten s. 916) fremsendes tilbuddet, der fremgår som afsendt af Tiltalte 1 som ”jobtitel”, PKA og Tiltalte 2 som ”jobtitel”.

De personligt tiltalte kender med andre ord faktisk til indholdet af aftalen og til priserne. Tiltalte 1 har forklaret, at Tiltalte 1 ikke har lavet tilbudsbesvarelsen, men læst den, og at Tiltalte 2 og Vidne 4 har udarbejdet tilbudsbesvarelsen (forklaringsdokumentet s. 24).

PKA byder derfor sammen med Danica, til trods for at PKA selv kunne byde på det hele. Dermed har de den fornødne tilregnelser. Samtidig stod det også de tiltalte klart, at Danica kunne byde på det hele.

Begge de tiltalte har været i branchen mange år, og vidneforklaringerne peger helt entydigt på, at det var kendt ”Danica var den store spiller, der havde det hele på hylderne”. Det vidste begge de tiltalte også.

Dermed er der altså som minimum med grov uagtsomhed medvirket til PKA+’ overtrædelse.

En eventuel fejlopfattelse af, at denne form for aftale ikke er i strid med konkurrenceloven, altså et manglende kendskab til konkurrenceloven, er uden betydning for vurderingen. Det forhold, at man ikke til fulde har forstået rækkevidden af konkurrenceloven er en egentlig retsvildfarelse, der er uden betydning for vurderingen af de tiltaltes tilregnelser. Det afgørende er, at de har kendskab til indholdet af den indgåede aftale. Og det har begge de tiltalte haft.

10.2 Kategoriseringen af aftalen

Overtrædelsens grovhed

Konkurrencebegrænsende aftaler, der indgås mellem virksomheder i samme omsætningsled, det vil sige mellem konkurrenter, rubriceres som udgangspunkt som en ”alvorlig” eller ”meget alvorlig” overtrædelse af konkurrenceloven.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved udtalelse af 6. marts 2023 anført, at overtrædelsen som minimum skal kategoriseres som alvorlig (ekstraktens s. 1612-1613). Jeg efter en helhedsvurdering enig i styrelsens kategorisering.

Selv om der er tale om en kartelaftale, der som efter EU-praksis kategoriseres som en alvorlig overtrædelse og at udbuddet vedrørte et stort beløb – indbetalinger på 440 mio årligt i 3- 5 år, så blev aftalen ikke realiseret ud over afgivelsen af tilbuddet, ligesom der ikke blev opnået nogen økonomisk gevinst. Samtidig har begge virksomheder søgt om straflempe.

Anklagemyndigheden finder på denne baggrund, at aftalen alene skal anses for en ”alvorlig” overtrædelse.

Dermed ligger grundbeløbet for sanktionen til virksomhederne i størrelsesordenen 4 til 20 millioner, hvorved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anført, at grundbeløbet bør fastsættes øverst i spændet til 20 mio. kr.

Overtrædelsens varighed

Endvidere fremgår det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sanktionsindstilling, at overtrædelserne er af ”kortere varighed”, da de varigheden til at være under 1 år, altså den periode, der er angivet i tiltalen

Anklagemyndigheden er enig heri, og da der er rejst tiltale for, at overtrædelserne har været fra sommeren 2017 til marts 2018, altså under ét år, skal der således efter forarbejderne ikke ske noget tillæg til ovenstående grundbeløb.

10.3 PKA A/S og PKA+ udgør en koncern?

Som nævnt skal der ved beregningen af bøder til virksomheder tages udgangspunkt i koncernomsætningen ved bødeberegning. Det centrale spørgsmål er her, om PKA A/S og PKA+ udgør en koncern. Hvis ikke de anses som sådan, skal der udmåles en bøde til hver med udgangspunkt i deres respektive egne omsætninger.

Vi har i sagen fået dokumenteret ejerforholdene, hvorved PKA's pensionskasser, Pensionskassen for Sygeplejersker, Lægesekretærer og Radiografer, Pensionskassen for Sundhedsfaglige og Pensionskassen for Socialrådgivere, Socialpædagoger og Kontorpersonale ejer PKA+ og PKA A/S. På tidspunktet for aftalens start i 2017 var disse virksomheder også de eneste pensionskasser de eneste kasser i PKA.

Under overtrædelserne, 1. januar 2018 kom Pensionskassen for Farmakonomer til, men fik ikke ejerskab til PKA+.

Det følger af selskabslovens § 7, stk. 3, at der i tilfælde, hvor et moderselskab ikke ejer over halvdelen af stemmerettighederne i en anden virksomhed, alligevel foreligger en koncern, hvis moderselskabet har bestemmende indflydelse. Der foreligger blandt andet bestemmende indflydelse i henhold til § 7, stk. 3, nr. 3, hvis moderselskabet har:

”... beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på virksomheden. ...”

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 7, stk. 3, nr. 3, at beføjelse betyder, at der skal være et retskrav til at udpege eller afsætte bestyrelsen i det øverste ledelsesorgan.

Det fremgår af PKA+'s aktionæroverenskomst af 1. oktober 2014, som var gyldig indtil 1. december 2018, og dermed gældende i forbindelse med afgivelse af det fælles tilbud til Dansk Supermarked i marts 2018, at bestyrelsen i PKA+ består af 3-5 medlemmer, herunder den til enhver tid gældende direktion i PKA A/S, og at den administrerende direktør i PKA A/S er bestyrelsesformand i PKA+. Herudover skal der være 1 uafhængig, som har kvalifikationer inden for regnskabsvæsen eller revision (ekstrakten s. 1489).

Det skal bemærkes, at aktionæroverenskomsten i pkt. 1.1. nævner: ”direktion i PKA A/S” og i pkt. 1.2. angående formanden angives: ”Den administrerende direktør for PKA A/S”. Det må have formodningen imod sig, at der i samme dokument er brugt to forskellige udtryk, hvis hensigten har været, at det alene er den administrerende direktør, der skal være en del af bestyrelsen (ekstrakten s. 1489).

PKA+ har altså ikke på dette tidspunkt nogen selvstændig beslutningskompetence, men indgår de facto som et selskab underlagt PKA A/S. Dette understreges af overenskomstens pkt. 2.7, hvorefter det tilstræbes, at eventuelle samdriftsfordele med PKA A/S optimeres mest muligt.

Som eksemplificering heraf kan henvises til det bestyrelsesmøde i Pensionskassen for Sygeplejersker og Lægesekretærer af 23. juni 2017, der blev dokumenteret under forelæggelsen, hvoraf det fremgår (ekstrakten s. 116-117, pkt. 5):

”Tiltalte 1 tilføjede uddybende, at PKA+ formelt set er ejet af pensionskasserne i fællesskab, og i praksis håndteres som den fjerde ”pensionskasse”. PKA+ er et livforsikrings-selskab, som styres via bestyrelsen i PKA A/S. Tiltalte 1 selv var som nævnt ”jobtitel” for selskabet, og Tiltalte 2 er ”jobtitel”.

...

Herefter henviste Tiltalte 1 til sammensætningen af bestyrelsen i PKA+ og bemærkede, at såfremt selskabet på sigt skifter karakter og omfang, bør det af hensyn til governance i selskabet overvejes at ændre sammensætningen af bestyrelsen. Men indtil nu har den interne bestyrelse været den mest effektive måde at drive selskabet på.

Person 5 tilføjede, at der på et tidspunkt var et ønske om at afvikle PKA+, men det har været en fordel at have selskabet, som kan anvendes til grupper med samme faglige profil som medlemmerne i pensionskasserne, men med andre ansættelsesmæssige profiler. Dette kan være med til at holde omkostningerne i hele fællesskabet nede.”

PKA+ styres i det hele af PKA A/S og at det er PKA A/S der indgår i forhandlingerne med Dansk Supermarked og Danica.

Optaget af Pensionskassen for farmakonomer flyttede ikke noget. I den nye administrationsaftale, bliver indgået 1. januar 2018, der videreføre de hidtidige arbejdsopgave, fremgår under § 2 (ekstrakten s. 1497):

”Stk. 2. Drift og administration finder sted efter de politikker, retningslinjer og anvisninger, som gives af selskabets bestyrelse og i overensstemmelse med lovgivningens regler.

Inden for rammerne af bestyrelsens politikker, retningslinjer og anvisninger overlades det ved nærværende aftale til PKA A/S at handle på selskabets vegne.

Stk. 3. Det er forudsat, at selskabets direktion består af den eller de samme personer, som udgør direktionen i PKA A/S og at selskabets revision varetages af de samme statsautoriserede revisorer, som varetager revisionen i PKA A/S, og at selskabets ansvarshavende aktuar er identisk med den ansvarshavende aktuar for selskabets ejere.”

Det er også på bestyrelsesmøde i PKA A/S den 22. september 2017 (ekstrakten s. 224) at beslutningen om at gå mod det kommercielle marked bliver taget:

”Beslutning:

Bestyrelsen anbefaler pensionskassernes bestyrelser, at tiltræde at:

- PKA fokuserer på at tilbyde pension til store homogene grupper af overenskomstansatte funktionærer
- PKA kan indgå partnerskaber med kommercielle pensionsleverandører i udbud/tilbud indenfor danske virksomheder i detailhandlen- og servicebranchen
- Pensionsaftaler med nye virksomheder placeres i PKA+

PKA i øvrigt fortsætter arbejdet med vækst og konsolidering indenfor beslægtede faggrupper.”

Med andre ord – beslutningen om at gå mod virksomheder i detail- og servicebranchen bliver reelt ikke truffet af PKA+. Beslutningen om, at det er PKA+, der skal tegne nye pensionsaftaler ind, bliver ikke taget af PKA+ og dette selskabs bestyrelse.

Selskabernes sammenhæng understreges endnu tydeligere af, at PKA’s tilbud til Dansk Supermarked fremstår som afgivet af PKA A/S. Alle mails er således sendt med PKA A/S som afsender, og der er ingen steder nævnt, at man handler for, eller på vegne af PKA+ - heller ikke inde i tilbudsmaterialet. Tværtimod fremgår PKA som én sammenhængende størrelse”. Fx ”medarbejdernes pensionsløsning hos PKA”, ekstrakten s. 1127 at

”PKA er et af Danmarks største pensionsadministrationsselskaber med over 300.000 medlemmer og [REDACTED] under forvaltning”

og på s. 1128:

”PKA er også til stede i hele landet og har i 2017 mødt over 12.500 medlemmer ved 148 møder og stande.”

Det fortsætter nedad og intet sted nævnes det, at det altså kun er PKA+, der skal stå for denne kunde. PKA+ fremgår kun til allersidst.

”Medlemskapital

Ordningen er tilknyttet PKA’s MedlemsKapital (særlige bonushensættelser), som gør det muligt at sende overskud tilbage til medlemmerne/kunderne.

MedlemsKapital er en del af kapitalgrundlaget i PKA+ Pension, og får andel i eventuelt overskud, men skal også være med til at dække eventuelle tab.”

Med andre ord – når man læser tilbuddet står det, som om det er kæmpen PKA A/S man får som aftalepart.

Det må også trods forswarenes anbringender om det modsatte tillægges væsentlig vægt, at det er PKA A/S med koncernforbundne selskaber der søger om straflempe i juni 2023. Her nævnes PKA+ ikke med et ord.

Der kan ikke have været tvivl i PKA gruppen om, at det var selskabet PKA+, der skulle opfylde den kontraktuelle forpligtelse i relation til at levere pensions- og forsikringsydelserne. Det har været bestyrelsesgodkendt i PKA A/S, [REDACTED]

Det forekommer hertil usandsynligt, at selskaberne ikke har givet input og har godkendt ansøgningen, inden den bliver sendt. Det vil være særdeles usædvanligt.

Advokat Jacob Pinborg bliver endvidere ikke engageret lige ved ansøgningen. Nej, han er antaget igennem ca. en måned – fra slut maj 2018 - omkring problemstillingen. Og på dette tidspunkt og i denne periode har ingen i selskaberne fundet anledning til at tage hånden op og sige ”hov – PKA+, der skulle levere ydelsen, er faktisk ikke en del af vores koncern”. Det klinger hult.

I forbindelse med den efterfølgende dataindsamling til brug for advokat Jacob Pinborg's forsikringsydelserne skulle leveres af PKA+ i relation til Dansk Supermarked tilbuddet. I forbindelse med PKA's indgivelse af straflempeansøgning den 27. juni 2018 nævnes der intet specifikt om PKA+, men ansøgningen indgives på vegne af PKA A/S og koncernforbundne selskaber. I ansøgningsskemaet benyttes betegnelsen PKA i relation til beskrivelse af aftalekomplekset. I KFST's kvittering angives PKA A/S som ansøger.

Der var i efteråret 2018 en dialog mellem Konkurrencemyndighederne og PKAs advokater. Alligevel var det først i november, at rette strafs subjekt blev PKA+ - der altså ikke var koncernforbunden med PKA A/S.

Det understøtter, at ud over at PKA+ de facto er koncernforbunden med PKA A/S, så anså PKA det altså også selv for at forholde sig sådan – indtil det blev opportunt at mene noget andet.

10.4 Udmåling

Det er anklagemyndighedens opfattelse, at der skal udmåles en bøde til hver af de to tiltalte virksomheder. Begge selskaber har haft en aktiv rolle i overtrædelsen.

Udgangspunktet er således, at der skal fastsættes en bøde ud fra grundbeløbet for en ”alvorlig” overtrædelse, hvormed spændet ligger fra 4-20 mio. kr. og opefter til hver af de tiltalte.

Bøden udmåles i udgangspunktet også efter koncernomsætningen, således at bøden ikke overstiger det bodeloft på 10 procent, der fremgår af forarbejderne.

PKA A/S havde i 2022 en nettoomsætning på [REDACTED] kr. (tillægsekstrakt af 9. august 2023, s. 601).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anført, at omsætningen for PKA+ skal beregnes efter værdien af de tegnede bruttopræmier med fradrag for skatter og skattelignende indtægter, der opkræves af præmiebeløbet (ekstrakten s. 1615-1616). Anklagemyndigheden er enig i denne opgørelsesmåde.

Værdien af bruttopræmierne i PKA+ havde i 2022 en værdi af [REDACTED] kroner (tillægsekstrakt af 9. august 2023, s. 642). De skatter og skattelignende indtægter, der opkræves af præmiebeløbet, fremgår ikke af årsrapporterne, og omsætningen for PKA+ kan således ikke endeligt opgøres. Vidne 11 fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anførte dog, at der ved bødeberegningen kan tages udgangspunkt i tallet for bruttopræmieindtægterne (forklaringsdokumentet s. 145).

Om den konkrete bødeberegning forklarede Vidne 11 videre, at der i praksis fastsættes bøder på mellem 1-3% af den globale koncernomsætning for store virksomheder, og at de i nogen sager har set bøder på op til 8 procent (forklaringsdokumentet s. 146). I denne sag Her ligger den samlede relevante omsætning i niveauet ca. [REDACTED] kr.

Bøden for de tiltalte personer følger efter forarbejderne kategoriseringen af virksomhedernes overtrædelse med et grundbeløb på mindst 100.000 kr. for alvorlige overtrædelser.

Retspraksis

Forarbejdernes grundbeløb er anvendes også i landsretspraksis. Her kan jeg bl.a. henvise til tre sager om ”alvorlige overtrædelser” af konkurrenceloven fra efter skærpsen.

- Tfk.2020.150 Ø (MS side 664 til 675) – dom af 7. november 2019. Entreprenør havde i 11 tilfælde i forbindelse med indgivelse af tilbud på nedrivningsarbejder havde samordnet praksis ved at udveksle prisoplysninger med andre. Retten lagde vægt på, at der havde været tale om en samlet entreprisum på 11-12 mio. kr., og at virksomheden vandt entreprisen i et forhold, der dog kun vedrørte en entreprisum på 130.000 kr. Retten fastsatte bøden for T ApS til 5 mio. kr. og for de to tiltalte ledende medarbejdere til hver 125.000 kr. Retten lagde herved vægt på, at bøden var lavere end bødeloftet på 10 pct. af koncernomsætningen.

I byrettens dom, der blev stadfæstet, blev forarbejderne gennemgået. Herved fremgik om skærpende og formildende omstændigheder (MS side 671): ”Skærpende omstændigheder kan fx foreligge, hvis en virksomhed gentager overtrædelser af samme art, lægger hindringer i vejen for myndighedernes undersøgelse eller har spillet en førende rolle. Formildende omstændigheder kan fx foreligge, hvis en virksomhed udelukkende har spillet en passiv rolle i forbindelse med overtrædelsen eller ikke reelt har fulgt de ulovlige aftaler. Endvidere kan det efter en konkret vurdering indgå som en formildende omstændighed, hvis overtrædelsen er sket trods virksomhedsledelsens aktive indsats for at få relevante medarbejdere til at følge lovgivningen”

- TfK 2020.290 Ø – dom af 10. december 2019 (MS side 676 til 679). Bøde på 1 mio. kr. til selskab og 100.000 kr. til direktør og bestyrelsesformand. Tiltalte havde i en periode på et år over for sine forhandlere at have stillet krav om, at vejledende priser på hårprodukter skulle overholdes som mindstepriser ved videresalg til forbrugerne. Da bindende pris aftaler i retspraksis betragtes som en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne og efter overtrædelsens grovhed og

varighed samt selskabets omsætning (der ifølge T1 var 53 mio. kr. i 2018), fastsatte byretten bøden til 1 mio. kr. for T A/S og til 100.000 kr. for T1, hvilket landsretten stadfæstede

- Tfk 2021.128Ø – dom af 22. september 2021 (MS side 680 til 691) – stadfæstelse af byrettens dom om bøde til mindre automatikvirksomhed på 400.000 kr. og 100.000 kr. til direktør for aftale med konkurrent om at opdele markedet. Retten lagde vægt at der var tale om horisontal, konkurrencebegrænsende markedsdelingsaftale, som må anses for en alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven. Retten lagde endvidere vægt på aftalens begrænsede varighed samt oplysningerne om virksomhedens omsætning og størrelse, idet der ikke forelå oplysninger, som gav grundlag for at fastsætte en lavere bøde af hensyn til virksomhedens soliditet og betalingsevne.

Den konkrete udmåling

I forhold til overtrædelsen taler med afsæt i U.2020.150Ø i skærpende retning herved, at der er tale om såvel kunde- og markedsdeling som koordinering af bud ved aftalen, at aftalen blev indgået på direktionsniveau og der er tale om bud på en opgave med indbetalinger på [REDACTED] kr. per år og en påtænkt løbetid på 3-5 år.

I formildende retning tæller navnlig, at PKA indgav leniencyansøgninger.

Aftalen må anses for noget mere alvorlig end i TfK 2020.290 Ø ovenfor, hvor der blev udmålt en bøde på ca. 2 % af virksomhedens omsætning navnlig henset til udbuddets størrelse. Som nævnt tilsiger forarbejderne, at der udmåles en bøde, der er fungerer ensartet henset til virksomhedernes størrelse. Derfor er det procenten af omsætningen og ikke bodebeløbets absolutte størrelse retten skal lægge vægt på, når man ser på den øvrige praksis.

Anklagemyndigheden skal herefter på baggrund af sagens samlede omstændigheder i påstå hver af de tiltalte virksomheder idømt en bøde på 12 millioner kroner, svarende til ca. [REDACTED] procent af koncernomsætningen. Beløbene er således [REDACTED] og inden for den ramme, Vidne 11 forklarede i praksis udmåles for store virksomheder.

For de tiltalte personer bemærkes det, at overtrædelsen ikke skete trods ledelsens aktive indsats for at få medarbejdere til at følge lovgivningen. Tværtimod indgik de som en aktiv del. Derfor er der ikke grund til at fravige det grundbeløb, der efter forarbejderne mindst skal udmåles for personer for alvorlige overtrædelser.

Påstanden for de tiltalte personer er således en bøde på 100.000 kr. til hver.”

4.2 PKA's procedure

Advokat Simon Evers Hjelmberg har i skriftlig procedure modtaget den 30. oktober 2023 anført bl.a.:

”...

1. Påstand og baggrund for sagen

På vegne af de tiltalte PKA+ og PKA A/S påstår jeg hermed frifindelse.

Men inden jeg går i gang med at procedere for, at Retten bør frifinde mine klienter, bliver jeg nødt til at adressere en helt grundlæggende fejl ved myndighedernes behandling af denne sag – og dermed en gennemgående fejlagtig præmis i Anklagemyndighedens procedure. En procedure som jeg i øvrigt finder meget teoretisk og helt løsrevet fra virkeligheden.

At der overhovedet er en sag, skyldes nemlig, at PKA og Danicas fælles bud fejlagtigt er blevet stemplet som et kartel til at starte med. Uden at nogen rent faktisk har undersøgt, om det er tilfældet.

Hvis vi spoler tiden tilbage, så startede sagen, fordi Danica, som er en del af Danske Bank-koncernen, indgav en leniency-ansøgning til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ("KFST"). Danske Bank stod dengang midt i danmarkshistoriens største hvidvask-sag, og nu gætter jeg, men Danske Bank-koncernen stod derfor nok heller ikke med et ønske om, at påtage den mindste yderligere regulatoriske risiko. Danicas leniency-ansøgning var baseret på den såkaldte IKAROS-rapport, hvor Danicas advokater på et meget spinkelt grundlag konkluderede, at PKA og Danica var konkurrenter, og at der derfor var tale om et budkartel. Et grundlag, som vi her i retten har fået verificeret, alene var baseret på "efter det oplyste" og uden indhentelse af oplysninger om PKA eller om det konkrete udbud af Dansk Supermarkeds pensionsordning – og uden involvering af Danica selv, da sagen ifølge Danica selv blev håndteret af juridisk afdeling i Danske bank med – må man formode – begrænset indsigt i pensions- og livsforsikringsbranchen.

Konklusionen i IKAROS-rapporten om, at PKA og Danica angiveligt var konkurrenter, var altså ikke baseret på en egentlig vurdering af den konkrete konkurrentrelation. Konklusionen udsprang derimod af, at Danica i samme periode havde indsendt en fusionsanmeldelse til KFST vedrørende opkøbet af SEB Pension. I fusionsanmeldelsen havde man strategisk lagt op til at afgrænse et meget bredt marked for pensions- og livsforsikringer. Den tilgang er helt sædvanlig; Jo bredere marked, desto lavere markedsandele, og dermed også lavere sandsynlighed for, at KFST ville vurdere, at fusionen udgjorde et problem for konkurrencen. Men på et bredt marked for pensions- og livsforsikring ville Danica og PKA jo netop være konkurrenter.

Så da Danske Banks advokater lige før afslutning af fusionsprocessen blev gjort opmærksomme på, at Danica og PKA var gået sammen om at byde på Dansk Supermarkeds pensionsordning, blev de nødt til at oplyse det til KFST. Man har nemlig en pligt til at afgive korrekte og fuldstændige oplysninger i forbindelse med sagsbehandlingen af en fusion. Og manglende overholdelse kan få konsekvenser både i form af bøder og i forhold til fusionsgodkendelsen. KFST har fx for nylig offentliggjort endnu en afgørelse, hvor de generelt indskærper denne pligt for fusionsparter.

Men når nu Danica skulle gøre KFST opmærksom på samarbejdet, så var de jo også nødt til at stå ved de oplysninger, som de allerede havde afgivet til KFST om deres syn på markedet. Altså at Danica og PKA muligvis var konkurrenter, og at Danica af den grund derfor potentielt havde indgået i et ulovligt konsortiesamarbejde med deres konkurrent PKA.

Danica indsendte derfor med det samme en foreløbig leniency-ansøgning – formentlig også for at mindske enhver risiko for at stå med endnu en dårlig sag på forsiden af alle aviserne.

Dengang var reglerne sådan, at hvis KFST modtog en sag, som de umiddelbart vurderede kunne udgøre en overtrædelse – hvis der var et såkaldt mistankegrundlag – så skulle de anmelde den til NSK (dengang SØIK). KFST skulle ikke foretage en egentlig analyse eller vurdering af, om den anmeldte adfærd rent faktisk udgjorde en overtrædelse. Det var op til Anklagemyndigheden, som jo også skulle

føre en eventuel straffesag. Og som vi har fået forklaret under sagen, så lavede KFST da heller ikke sådan en analyse, men kun en helt indledende "screening". På den baggrund anmeldte KFST sagen til Anklagemyndigheden som et muligt kartel.

Problemet er nu bare, at ingen efterfølgende har trykprøvet, om KFST's helt indledende mistankegrundlag holdt stik. Anklagemyndigheden har blot lagt til grund, at der var tale om ulovlig tilbudskoordinering, nok i al væsentlighed fordi parterne har indgivet leniency-ansøgninger – for en sikkerheds skyld.

Og tilbudskoordinering udgør jo som vi har hørt en "til formåls"-overtrædelse. Og derfor mener Anklagemyndigheden heller ikke, at det er nødvendigt at foretage de juridiske eller økonomiske analyser og vurderinger, der sædvanligvis kræves for at konstatere en overtrædelse af konkurrenceloven. Jeg medgiver, at der i forbindelse med sagen er indhentet et omfattende bevismateriale – men selve analysearbejdet er ikke foretaget.

Konkurrenceretligt har det dog enorm stor betydning, hvordan en aftale kategoriseres, bl.a. om der er tale om en til formåls- eller til følge overtrædelse. Det er nemlig afgørende for, hvor meget analysearbejde, der kræves af myndighederne for at bevise en overtrædelse.

Men på grund af den lidt usædvanlige proces i den her sag, er der altså ingen myndigheder, der rent faktisk har foretaget en konkurrenceretlig vurdering af PKA og Danicas adfærd. Og jeg forstår egentlig godt, at når Anklagemyndigheden modtager en anmeldelse fra ressortmyndigheden, hvor der står, at der er tale om et hardcore kartel, så lægger Anklagemyndigheden også som udgangspunkt den præmis til grund for sin videre behandling af sagen. Problemet er som nævnt bare, at KFST netop ikke havde foretaget en egentlig vurdering af sagen.

Den her sag er altså et godt eksempel på en sag, der er "faldet mellem to stole" for at bruge en frase, vi allerede har hørt brugt en del, om end i en anden sammenhæng. Og måske af samme grund er reglerne for henvisning af konkurrencesager også blevet ændret siden da, så det nu er KFST, der som ressortmyndighed har ansvaret for at foretage den korrekte og tilstrækkeligt grundige konkurrenceretlige analyse af, at der kan konstateres en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Og netop grundigheden i det krævede analysearbejde er helt essentielt – og et helt tema for sig, som jeg vil komme meget mere ind på. Og det er derfor også noget, som Konkurrenceankenævnet og Domstolene er vant til at efterse og prøve, når Konkurrencerådet har truffet afgørelser.

Blot for at nævne et eksempel har Konkurrenceankenævnet – hvis formand er højesteretsdommer Jan Schans Christensen – her for bare én måned siden hjemvist en afgørelse til fornyet behandling, netop fordi Konkurrencerådet blot havde lagt til grund, at der var tale om ulovlig markedsdeling og dermed havde stemplet aftalen som en til formåls-overtrædelse. Sagen er hjemvist til fornyet behandling med den (for mig at se) klare besked om, at arbejdet ikke var gjort godt nok.

Det kan man vist roligt sige, det heller ikke er i den her sag.

2. Struktur

Inden vi går i gang med selve materien, vil jeg kort opridse strukturen for resten af min procedure:

- I. Indledningsvist vil jeg behandle spørgsmålet om bevisbyrde – ikke mindst fordi vi har at gøre med en straffesag. I princippet kunne vi stoppe her – for Anklagemyndigheden har ikke løftet sin bevisbyrde. Men jeg vil nu alligevel gå videre.

- II. Først vil jeg dykke ned i KRL § 6 og
 - a. forklare, hvorfor PKA og Danica ikke var konkurrenter,
 - b. derefter hvorfor der ikke var tale om en konkurrencebegrænsende aftale, og
 - c. endelig hvorfor informations- og prisudvekslingen mellem PKA og Danica ikke var ulovlig.
 - III. Herefter går vi videre til KRL § 8, hvor jeg vil dokumentere, at betingelserne for fritagelse efter KRL § 8 om effektivitetsgevinster under alle omstændigheder er opfyldt.
 - IV. Til sidst vil jeg forholde mig til spørgsmålet om tilregnelser og Anklagemyndighedens bødepåstand og forklare, hvorfor bøden både matematisk og juridisk er forkert opgjort.
- For at lette overblikket har jeg udarbejdet et sæt slides, som kommer op på skærmene, og som viser strukturen undervejs. Og allerede nu vil jeg gerne lige advare om, at min procedure bliver noget længere og en del mere detaljeret end Anklagemyndighedens. Det er vigtigt at vi kommer rundt om alle de relevante forhold, og her synes jeg desværre, at Anklagemyndigheden forsimples virkeligheden noget.

Et par lavpraktiske ting, som jeg også lige vil nævne for en god ordens skyld:

Igennem proceduren vil jeg bruge forkortelser for de involverede parter, så Danica Pension Livsforsikringsaktieselskab A/S betegnes "Danica" og PFA Pension Forsikringsaktieselskab betegnes "PFA". I forhold til de tiltalte vil jeg generelt bruge betegnelsen "PKA" om både PKA Administration A/S og PKA+ Pension Forsikringsselskab A/S. De steder, hvor det er vigtigt at skelne mellem de to selskaber, fx ved spørgsmålet om koncernforbindelsen, vil jeg skelne mellem de to PKA-selskaber, som jeg her efter blot vil benævne "PKA A/S" og "PKA+".

Jeg vil desuden løbende citere fra forskelligt materiale undervejs i min procedure. Citaterne er medtaget i den skriftlige procedure, og flere af de centrale citater vil jeg desuden vise på skærmen. Jeg har tilladt mig at understrege og highlighte visse passager i citaterne. Understregninger osv. i citater er altså mine egne.

Under den mundtlige procedure vil jeg ikke henvise direkte til ekstrakten eller de steder i forklaringsdokumentet, hvor de ting, jeg refererer, står ordret. Henvisningerne er i min skriftlige procedure, og hvis Retten eller Anklagemyndigheden ønsker, at vi slår op, gør vi selvfølgelig bare det.

3 Bevisbyrde

3.1 Anklagemyndigheden har ikke løftet sin bevisbyrde

Lad mig lægge ud med kort at opridse, hvad der gælder i forhold til bevisbyrderegler i konkurrencesager.

Europa-Parlamentet og Rådet har nemlig fastlagt særlige regler for, hvem der har bevisbyrden i sager, der omhandler de EU-retlige konkurrenceregler, dvs. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF") art. 101 og 102, som svarer til konkurrencelovens ("KRL") § 6 og 8. Reglerne er fastlagt i den såkaldte Procedureforordnings artikel 2, som I kan se på skærmen, og som fremgår af den supplerende materialesamling s. 5), som fastslår, at bevisbyrden for overtrædelse af TEUF art. 101, stk. 1 (som svarer til KRL § 6) påhviler den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende. Samtidig fremgår det, at de virksomheder, der påberåber sig TEUF art. 101, stk. 3 (der svarer til KRL § 8), har bevisbyrden for, at betingelserne er opfyldt.

Det betyder, at det er Anklagemyndigheden, der i denne sag har bevisbyrden for, at PKA har overtrådt KRL.

Anklagemyndigheden har dog ikke løftet denne bevisbyrde.

Helt grundlæggende har Anklagemyndigheden ikke foretaget de nødvendige og tilstrækkelige undersøgelser og analyser, der er en forudsætning for, at man kan konkludere, at der er sket en overtrædelse af KRL.

Anklagemyndigheden har ikke forholdt sig dybdegående til de relevante markeder, og hvordan de skal afgrænses eller til PKA's henholdsvis Danicas position på de markeder.

Vi er heller ikke blevet præsenteret for konkurrenceretlige analyser eller vurderinger, der viser, at PKA og Danica var konkurrenter i relation til Dansk Supermarkeds konkurrenceudsættelse af deres pensionsordning.

Og endelig har Anklagemyndigheden heller ikke forholdt sig til eller undersøgt de konkurrencefremmende effekter, som det fælles bud mellem PKA og Danica har haft.

Anklagemyndigheden har alene undersøgt de konkurrenceretlige aspekter af sagen ved at stille KFST nogle spørgsmål, som KFST så har besvaret relativt overordnet med en række forbehold og i øvrigt uden at være belastet af faktum i sagen. Jeg forstår godt, at Anklagemyndigheden har forsøgt sig af flere omgange med deres spørgsmål til KFST, da svarene, der er kommet fra KFST, ikke har været særligt brugbare.

Det er stik imod, hvordan konkurrencesager sædvanligvis håndteres. Typisk er forløbet for en konkurrencesag sådan, at der er en række helt faste vurderinger, som skal foretages, før man kan konstatere om, der er tale om en overtrædelse. Det er også sådan KFST behandler de sager, der ender hos dem.

Først og fremmest er det nødvendigt at afgrænse det eller de relevante markeder for at kunne vurdere, om parterne er konkurrenter eller ej. I en sag om konsortiedannelse skal man desuden forholde sig til, hvordan konkurrencen udspillede sig om den konkrete konkurrenceudsættelse. Derefter skal man se på, om der er indgået en aftale mellem parterne og i givet fald, om aftalen er konkurrencebegrænsende og dermed omfattet af KRL § 6.

Selv hvis man når frem til, at aftalen er i strid med KRL § 6, kan man ikke konkludere, at aftalen dermed er ulovlig. Det er også nødvendigt at se på, om aftalen desuagtet indeholder nogle konkurrencefremmende elementer, som opvejer en eventuel begrænsning af konkurrencen. Det vil være tilfældet, hvis betingelserne i KRL § 8 er opfyldt. Hvis det er tilfældet, vil aftalen ikke være omfattet af KRL § 6, og aftalen vil derfor allerede af den grund ikke stride mod konkurrencereglerne.

3.2 KFST's sædvanlige bevisførelse

Som eksempel vil jeg fremhæve Vejstribesagen, som også omhandler et konsortium, men som på en lang række andre og afgørende punkter adskiller sig fra den her sag. Det vil jeg komme meget mere ind på senere i min procedure.

I første omgang vil jeg bare fremhæve indholdsfortegnelsen i Konkurrencerådets afgørelse i Vejstribesagen. Som Retten kan se på skærmen og af den supplerende materialesamling s. 264-266, har Konkurrencerådet og KFST på over ca. 150 sider forholdt sig til, om parterne i sagen, Eurostar og LKF, havde overtrådt konkurrencereglerne ved at afgive et fælles bud. De første ca. 50 sider er brugt på at

beskrive selve adfærden og faktum i sagen, mens de sidste ca. 100 sider er konkurrencemyndighedernes juridiske og økonomiske vurdering.

Her har Konkurrencerådet foretaget en fuld vurdering, hvor de har redegjort for, at alle kriterierne for en overtrædelse er opfyldt, nemlig ved at vurdere:

- Hvilke markeder, Eurostar og LKF var aktive på, og deres position og markedsstyrke på disse markeder
- Om sagen havde samhandelspåvirkning, dvs. grænseoverskridende elementer. Det har betydning for, om EU-konkurrencereglerne finder direkte anvendelse, eller om det kun er nationale regler, der er i spil.
- Om KRL § 6 og TEUF art. 101, stk. 1, var overtrådt. Her forholder Rådet sig konkret til
 - i. hvornår konsortiesamarbejder begrænser konkurrencen og hvilke effektivitetsfordele, de kan medføre,
 - ii. om LKF og Eurostar var aktuelle konkurrenter i forhold til det konkrete bud (dvs. om de hver især havde den fornødne kapacitet til at byde),
 - iii. om LKF og Eurostar var potentielle konkurrenter i forhold til det konkrete bud (dvs. om de hver især inden for udbuddets tidsfrister osv. havde mulighed for at skaffe den fornødne kapacitet til at byde), og
 - iv. om der var tale om en aftale mellem virksomheder, som havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen
- Efter at have konkluderet, at adfærden var omfattet af KRL § 6, forholder Rådet sig til, om aftalen er omfattet af en gruppefritagelse eller opfylder de fire betingelser for individuel fritagelse efter KRL § 8.

Og først der – efter at have været alle de nævnte skridt igennem – konkluderer Rådet, at der er tale om en overtrædelse af KRL § 6.

På samme måde skal Anklagemyndigheden i denne sag redegøre for, at alle de nævnte kriterier er opfyldt, før Anklagemyndigheden har løftet sin bevisbyrde. Det har Anklagemyndigheden helt åbenbart ikke gjort.

Bevisbyrdereglerne er som nævnt sådan, at hvis Anklagemyndigheden har redegjort for, at PKA og Danicas fælles bud var i strid med KRL § 6, så skifter bevisbyrden til PKA, som så skal godtgøre, at effektivitetsfordele og andre konkurrencefremmende aspekter af aftalen opvejer den begrænsning af konkurrencen i medfør af KRL § 8, som Anklagemyndigheden måtte have påvist – men først da!

Det er selvfølgelig derfor en atypisk opgave for PKA at skulle tilbagevise en konkurrencebegrænsende virkning, som helt åbenbart ikke er bevist af Anklagemyndigheden, og som efter min opfattelse heller ikke kan bevises af Anklagemyndigheden, fordi samarbejdet mellem PKA og Danica simpelthen ikke var konkurrencebegrænsende – det var tværtimod netop konkurrencefremmende, helt i overensstemmelse med parternes intentioner.

Jeg vil nu alligevel i resten af min procedure gennemgå og forholde mig til de forskellige forhold, der skulle have været bevist af Anklagemyndigheden, i forhold til KRL § 6 og derudover bevise, at betingelserne i KRL § 8 under alle omstændigheder er opfyldt i sagen.

4 Konkurrencelovens § 6

Så lad os starte med at se på KRL § 6.

KRL § 6, stk. 1, lyder: "Det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen."

Og hvad betyder så det? Helt kort kan man sige, at KRL § 6 indeholder et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.

PKA er tiltalt for sammen med Danica at "have indgået en aftale eller samordnet praksis om opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud, der direkte eller indirekte havde til formål at begrænse konkurrencen mellem virksomheder".

Først og fremmest er det en forudsætning for at kunne indgå en sådan konkurrencebegrænsende aftale, at PKA og Danica var konkurrenter, hvilket vil sige, at de var til stede på samme marked og konkurrerede om de samme kunder. Ellers ville det ikke give mening at tale om at begrænse konkurrencen ved at opdele markeder eller kunder.

Så lad os starte med konkurrentrelationen.

4.1 Konkurrenter

4.1.1 PKA og Danica konkurrerer ikke på det samme marked

Først og fremmest har Anklagemyndigheden ikke løftet bevisbyrden for, at PKA og Danica var eller er konkurrenter. Faktisk har hverken Anklagemyndigheden eller KFST foretaget de nødvendige undersøgelser for at kunne konstatere en konkurrentrelation. Og endelig har heller ikke Danica eller deres rådgivere foretaget disse analyser. Så det er vist sikkert at sige, at vi står i en situation hvor hele fundamentet for konkurrencesagen – og dermed tiltalerne – ikke er blevet tilvejebragt eller blot søgt tilvejebragt af nogen af de involverede parter og myndigheder.

Det fremgår af tiltalerne, at sagen vedrører det kommercielle marked for livs- og pensionsforsikringer i Danmark. Det er et marked, som blev overvejet i forbindelse med fusionen mellem Danica og SEB, som KFST, som tidligere nævnt, behandlede samtidig med, at udbuddet i Dansk Supermarked kørte. Men markedet blev ikke endeligt afgrænset i KFST's fusionsafgørelse, og Anklagemyndigheden har ikke selv foretaget en markedsafgrænsning undervejs i sagen. Det ligger derfor ikke fast, hvad markedet dækker over.

Ingen myndighed har altså foretaget en egentlig markedsafgrænsning efter KRL § 5a. Det ville indebære, at man havde analyseret udbuds- og efterspørgselssubstitution, dvs. undersøgt og vurderet, om PKA og Danicas produkter er indbyrdes substituerbare baseret på deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.

Begge kontorchefer fra KFST, som blev afhørt, har i deres forklaringer bekræftet, at styrelsen ikke har lavet en fuld markedsafgrænsning eller i øvrigt vurderet lovligheden af aftalerne. KFST har blot – efter at være blevet bedt om det af Anklagemyndigheden – udtalt sig overordnet om markedet, men KFST har ikke lavet en dybdegående undersøgelse.

Vidne 12 har fx forklaret – og jeg citerer - at:

"styrelsen ikke har foretaget en markedsafgrænsning efter konkurrencelovens § 5 a i denne sag. De har heller ikke undersøgt, om der var tale om en aftale om opdeling af kunder eller et lovligt konsortiesamarbejde. Styrelsen har taget udgangspunkt i den beskrivelse, som de har fået fra SØIK (nu NSK), og har lagt NSK's karakterisering af samarbejdet til grund. De har ikke foretaget en juridisk subsumption efter konkurrencelovens § 6 eller § 8. De har ikke foretaget en selvstændig myndighedsvurdering baseret på sagens faktum, som de heller ikke er i besiddelse af."

Anklagemyndigheden har heller ikke undersøgt og afgrænset det eller de relevante markeder eller på anden måde undersøgt konkurrentrelationen mellem PKA og Danica, hverken generelt eller i relation til det konkrete udbud. Det, der derimod er sket, er, at Anklagemyndigheden – uden selv at undersøge det nærmere – har lagt til grund, at der er tale om en såkaldt "til formåls"-overtrædelse.

Ifølge Anklagemyndigheden har det ikke været nødvendigt at undersøge den konkrete konkurrentrelation mellem PKA og Danica. Og jeg kan egentlig godt forstå, at man umiddelbart har tænkt, at PKA og Danica kunne være konkurrenter. Det er jo to pensionsselskaber, som opererer inden for nogle ret komplekse og tæt regulerede rammer. Det overvejede jeg da også selv, da jeg allerførst hørte om sagen. Men som vi har hørt både PKA, Danica og samtlige vidner forklare, så er det ikke helt så enkelt.

Både parterne og vidnerne har forklaret, at PKA og Danica i hvert fald ikke selv mener, at de er konkurrenter, og at de ikke så hinanden som konkurrenter i forhold til Dansk Supermarkeds udbud.

Alle i sagen har entydigt forklaret, at der er væsentlige forskelle mellem arbejdsmarkedspensionsselskaber (også benævnt "AMP-selskaber") som PKA og kommercielle selskaber som Danica, og at disse selskaber som det klare udgangspunkt ikke er i konkurrence med hinanden, fordi de sælger vidt forskellige produkter, der er målrettet helt forskellige typer kunder.

Som det er blevet forklaret af flere forskellige personer i denne sag, er PKA et arbejdsmarkedspensionsselskab, der udbyder pensionsordninger til store, ensartede grupper af typisk lavtlønnede medarbejdere. PKA's produkter er derfor billige og simple standardprodukter, som er skræddersyet til og meget fordelagtige for denne gruppe af medarbejdere med lav- og mellemindkomst. Vilkårene for arbejdsmarkedspensionerne er derudover fastsat i overenskomsterne, og PKA er medlemsejet og er derfor ikke sat i verden for at tjene penge til sine ejere, eftersom disse jo samtidig udgør kunderne.

Danica er omvendt et specialiseret, kommercielt pensionsselskab, som fokuserer på en helt anden type medarbejdere, nemlig højtlønnede ansatte i virksomheder. Personer som efterspørger en helt anden type af fleksible og individuelle produkter, der kan skræddersyes til netop deres individuelle behov. Fx i form af større fleksibilitet i investeringsmuligheder, dvs. markedsrenteprodukter med stor valgfrihed og fleksibilitet, private banking og rådgivning om privatøkonomiske forhold – Danica indgår i en stor finansiell koncern, der fungerer som et "finansielt supermarked" med alle de produkter, som personer med høj indkomst typisk efterspørger. Når Anklagemyndigheden forsøger at betegne dette som "krymmel på toppen" er det tydeligt, at Anklagemyndigheden stadig efter fem år simpelthen ikke forstår pensionsmarkedet og -produkterne.

Samtidig er det afgørende at forstå, at Danica er sat i verden for at tjene penge til moderselskabet Danske Bank. Danicas forretningsmodel er derfor skruet sammen på en helt anden måde end et AMP-selskabs forretningsmodel. Der er ikke et sammenfald mellem ejere og kunder/medlemmer.

Der er altså tale om to vidt forskellige aktører, der opererer på hver sit marked med meget forskellige kendetegn og formål.

Det stemmer helt overens med, hvordan KFST selv har beskrevet pensionsmarkederne og de forskellige aktører i sin rapport "Konkurrencen på markedet for pension – december 2019"

"...

2.6. Aktører på det danske pensionsmarked

Udbydere: Pensions- og pengeinstitutter

Der findes i Danmark en lang række udbydere af pensionsordninger. Disse udbydere kan overordnet opdeles i tre kategorier:

Arbejdsmarkedspensionsselskaber (AMP-selskaber) er oprettet af arbejdsmarkedets parter (arbejdsgivere og fagforeninger). AMP-selskaberne administrerer med få undtagelser kun arbejdsmarkedspensioner, dvs. pensioner oprettet gennem overenskomst. Eksempler på AMPselskaber er Sampension, Industriens Pension og MP Pension.

Kommercielle pensionsselskaber opererer på firmapensionsmarkedet og på markedet for individuelle pensioner. Disse selskaber administrerer og sælger således pensionsordninger til virksomheder og til individuelle kunder. Samtidig er visse arbejdsmarkedspensioner placeret i kommercielle selskaber. Eksempler på kommercielle selskaber er PFA Pension, Danica Pension og Velliv."

KFST sonderer altså selv mellem AMP-selskaber og kommercielle selskaber, hvilket klart indikerer, at der er tale om to forskellige markeder. På oversigten over pensionsselskaber i KFST's rapport, som vi også kan se her på skærmen, har KFST da også indsat PKA og Danica i hver deres "kasse", hvor PKA (inklusive PKA+) hører under AMP-selskaber og Danica hører under Kommercielle.

Vidne 10, som var den forsikringsmægler, som er blandt de personer i Danmark, der har det største kendskab til og forståelse for det danske pensionsmarked, har da også forklaret, at der var helt afgørende forskelle på PKA og Danica i forhold til, hvad de hver især kunne bringe til bordet. Og at det netop var derfor, at en konstellation med de to ville give rigtig god mening og værdi for Dansk Supermarked. Det var fordi den konstellation rent faktisk ville skabe noget konkurrence, som ellers var en mangelvare på det danske pensionsmarked – hvilket også var konklusionen fra KFST i deres rapport.

PKA og Danica var og er altså til stede på to forskellige markeder. Allerede derfor er de ikke konkurrenter.

Men selv hvis Retten skulle finde, at PKA og Danica var til stede på samme marked, fx et overordnet pensionsmarked, hvor de var konkurrenter, så er det ikke tilstrækkeligt til at konstatere, at det var i strid med konkurrencereglerne at afgive et fælles bud.

Anklagemyndigheden skal nemlig først og fremmest bevise, at PKA og Danica også var konkurrenter i forhold til det konkrete udbud.

4.1.2 PKA og Danica var ikke konkurrenter i det konkrete udbud

Igen vil jeg starte med at konstatere, at Anklagemyndigheden ikke har løftet bevisbyrden for, at PKA og Danica var konkurrenter i forhold til Dansk Supermarkeds udbud.

Som vi har fastslået, er det lovligt for to virksomheder at afgive et fælles bud, hvis virksomhederne ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave, som skal udføres, også selvom de måske generelt må anses for at være konkurrenter.

EU-Kommissionen beskriver ret klart, hvordan man konkurrenceretligt skal forholde sig til bydende konsortier i sine retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (2023/C 259/01) ("de horisontale retningslinjer").

De horisontale retningslinjer er ikke en bindende retsakt, men udgør en generel vejledning til hvordan konkurrencereglerne bør fortolkes og håndhæves på baggrund af gældende praksis fra bl.a. EU-Domstolen, og retningslinjerne følges generelt af konkurrencemyndigheder både i EU og nationalt. Retningslinjerne ændrer derfor ikke retstilstanden, men bidrager udelukkende til at forklare den eksisterende retstilstand. Retningslinjerne er netop opdateret og blev efter en lang høringsproces offentliggjort den 21. juli 2023.

Som I kan se på skærmen og af den supplerende materialesamling s. 78, følger det af de horisontale retningslinjer i forhold til konkurrentrelationen, at

"En konsortieaftale — uanset dens retlige kvalifikation — vil ikke begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1, hvis den giver parterne mulighed for at deltage i projekter, som de ikke ville have kunnet gennemføre hver for sig. I dette scenarie er parterne i konsortieaftalen hverken faktiske eller potentielle konkurrenter i forbindelse med gennemførelsen af projektet. Dette kan være tilfældet, hvis parterne i en konsortieaftale udfører forskellige tjenesteydelser, der supplerer hinanden med henblik på deltagelse i udbudsproceduren. Dette kan også være tilfældet, når parterne i konsortieaftalen, selv om de alle er aktive på det eller de samme markeder, ikke kan gennemføre projektet hver for sig, f.eks. på grund af projektets størrelse eller dets kompleksitet.

Vurderingen af, om parterne kan deltage i en udbudsprocedure hver for sig, og således er konkurrenter, afhænger først og fremmest af de krav, der er indeholdt i udbudsreglerne. Det, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for at gennemføre den kontraktmæssige aktivitet alene, gør imidlertid ikke automatisk parterne til konkurrenter. Det er nødvendigt at vurdere, om hver part realistisk set er i stand til at opfylde kontrakten på egen hånd, under hensyn til sagens særlige omstændigheder, såsom virksomhedens størrelse og kapacitet, omfanget af den finansielle risiko, der følger af projektet, samt omfanget af de investeringer, der er nødvendige for projektet, og virksomhedens nuværende og fremtidige kapacitet vurderet i lyset af de kontraktlige krav."

Det er altså ikke tilstrækkeligt, at en af parterne rent teoretisk har mulighed for at gennemføre kontrakten alene, hvis de aldrig ville gøre det. Hvis alternativet til, at en part byder som del af et konsortium, er, at der slet ikke bliver indleveret et bud, fordi parten ikke ville byde alene, har konsortiet jo ikke begrænset konkurrencen, men tværtimod styrket den. Man er derfor nødt til at se på, hvad der under hensyn til de konkrete omstændigheder er realistisk. Det er det, der er den afgørende parameter.

Som Anklagemyndigheden ganske rigtigt har forklaret, blev det bl.a. ved Højesterets dom i Vejstribe-sagen fastslået, at vurderingen af en konkurrentrelation i en udbudssituation skal foretages ud fra de krav, der stilles i udbudsmaterialet.

I den forbindelse er det vigtigt at slå fast, at Dansk Supermarkeds udbud ikke var et offentligt udbud. Det var en privat konkurrenceudsættelse. Den var derfor ikke underlagt de særlige og stringente krav til formulering af udbudsmateriale/-betingelser, der gælder for offentlige udbud i henhold til fx udbudsloven – og som fx gjaldt for udbuddet i Vejstribe-sagen. Og udbudsprocessen ved Dansk Supermarkeds konkurrenceudsættelse var i det hele taget en mere fri udbudsproces, end det der kendes og kræves ved offentlige udbud. Der gjaldt altså nogle helt andre regler – eller faktisk slet ingen regler.

Udbudsmaterialet opfyldte nemlig ikke engang de krav, der stilles i udbudsloven, fx i forhold til at man skal redegøre for opdelingen af en kontrakt i delkontrakter, og hvordan tilbud på delkontrakter

evalueres. Og Vidne 10 havde derfor frie rammer til at tilrettelægge udbuddet, så Dansk Supermarked kunne få den bedste løsning og de bedste vilkår. Og det gjorde Vidne 10. Udbudsmaterialet skal læses og forstås i det lys, og det er blandt andet derfor, at udbudsmaterialet på visse områder slet ikke er lige så klart og entydigt, som det ville have været, hvis der var tale om et offentligt udbud. Det uddyber jeg nærmere om lidt.

Men først vil jeg nu vende mig mod det centrale spørgsmål i sagen, nemlig om PKA og Danica var konkurrenter i relation til Dansk Supermarkeds udbud.

4.1.2.1 PKA og Danica var ikke konkurrenter i forhold til den samlede kontrakt

Her er det som det første nødvendigt at fastslå, om konkurrencen i udbuddet udspillede sig om den samlede pensionsordning, eller om man kunne anse pensionsordningerne for henholdsvis medarbejdergruppen og ledergruppen samt sundhedsforsikring for at udgøre delkontrakter, så konkurrencen reelt udspillede sig om hver delkontakt.

Både sagens faktum og ikke mindst bevisførelsen i sagen bekræfter, at konkurrencen i denne sag udspillede sig om den samlede pensionsordning.

Det fremgår af udbudsmaterialet, som I også kan se på skærmen, at "Dansk Supermarked ønsker som udgangspunkt fortsat at have én hovedleverandør på firmapension, men det er muligt at byde på delaftalerne. Det væsentligste for DS er at sikre at både chefer og medarbejder til stadighed har de bedst mulige pensions- og forsikringsaftaler og at den fremtidige administration forbliver så nem og strømlignet som muligt."

Det fremgår også af udbudsmaterialet, at Dansk Supermarked så det som en fordel, at tilbuddet "foretages af et konsortium, der kan sikre DS en nem og homogen administration".

Vidne 10 og Vidne 9 har i den forbindelse forklaret, at Dansk Supermarked ville have, at eventuelle delbud skulle koordineres på forhånd, så der var sikkerhed for, at deltilbud så at sige var "bundet sammen" og dermed tog højde for de potentielle udfordringer, der ellers vil være ved 2-selskabsmodellen. Og her tænkes der både på de økonomiske og administrative udfordringer, der ville være for Dansk Supermarked som arbejdsgiver, og på de udfordringer og ulemper, der ville være for de ansatte i Dansk Supermarked, både medarbejdere og ledere.

Det var altså ikke realistisk at opfylde kontrakten, hvis man ikke kunne levere en samlet pensionsløsning, der dækkede både medarbejderne og lederne, og som samtidig tog højde for og håndterede de udfordringer, der ville være ved, at pensionsordningen ikke var samlet hos én leverandør. Det var derfor ikke muligt at byde ind på dele af kontrakten uden på forhånd at have samarbejdet med en partner om den anden del af aftalen – med andre ord indgå i et konsortiesamarbejde.

Vidne 10 har forklaret, at de problemer, der kunne være ved 2-selskabsmodellen, ikke kunne løses ved for eksempel at indsætte bestemmelser om samarbejde i de enkelte delkontrakter. Det var vigtigt for Dansk Supermarked at "flytte aben og denne kæmpe risiko for medarbejderne til leverandørerne." Vidne 10 har endda forklaret, at det var Vidne 10, der pressede på for en samlet løsning fra Danica og PKA.

At Dansk Supermarked ville have én samlet ordning hang sammen med, at deres daværende pensionsordning lå hos PFA. Dansk Supermarked var derfor vant til at have alle fordelene ved én samlet ordning, fx kun at have én "one point of contact", ligesom der var fælles kundecenter for de mange tusind

medarbejdere i Dansk Supermarked. Derudover var der ingen omkostninger eller administrative udfordringer forbundet med interne jobskifte og overgang fra gruppen af butiksansatte til ledergruppen, når det var samme pensionsleverandør, der havde begge pensionsordninger.

Hvis pensionsordningerne for medarbejdergruppen og lederne derimod skulle ligge hos forskellige pensionsleverandører, som ikke bød ind sammen, ville en butiksansat medarbejder, der blev forfremmet til ledergruppen, skulle igennem et nyt sundhedscheck og blive mødt af gebyrer for at blive omfattet af pensions- og forsikringsordningen for ledere. Samtidig ville medarbejderen ved afgivelsen af de nye helbredsoplysninger risikere at miste sin dækning, hvis vedkommende i mellemtiden var blevet syg.

Alle disse fordele vil jeg i øvrigt uddybe endnu mere, når vi kommer til det såkaldte effektivitetsfor-svar, som vedrører KRL § 8.

Også hvis man ser på, hvad der rent faktisk skete, bekræfter det, at konkurrencen reelt udspillede sig om den samlede kontrakt. For selvom det i princippet var en mulighed ifølge ordlyden af udbudsmaterialet, var der ingen af de inviterede tilbudsgivere, der afgav et tilbud på en delaftale.

Som forsikringsmægler Vidne 10 ved mail af 20. august 2018 har oplyst til KFST, så afgav Virksomhed 2 og Virksomhed 3 for eksempel ikke bud. Det skyldtes netop, at opgaven var for stor, og at de ikke kunne levere et sammenhængende tilbud på den samlede pensionsordning.

Efter Danica havde trukket sig fra det fælles bud, forsøgte PKA jo faktisk som den eneste tilbudsgiver – og efter kraftig opfordring fra Vidne 10 – at afgive et bud kun på kontrakten for medarbejdernes pensionsordning den 3. oktober 2018. Men hvad var det så, der skete?

I stedet for at vurdere PKA's delbud, opfordrede Dansk Supermarked PKA til også at byde på lederne ved beauty contesten den 5. oktober 2018. For når det kom til stykket, ville de slet ikke have et delbud.

Det var altså realiteten, at Dansk Supermarked efterspurgte én pensionsleverandør, der både kunne rumme deres butiksmedarbejdere og ledergruppen. Og i tilfælde, hvor et pensionsselskab ikke kunne løfte begge grupper, var det op til selskabet selv at binde sit tilbud sammen med nogen, der kunne løfte den del, de ikke selv kunne. Selskaberne skulle altså på forhånd i fællesskab sikre, at det for Dansk Supermarked svarede til kun at have én leverandør. Det kunne man reelt kun gøre ved at byde som konsortium – præcis som det også var angivet i udbudsbetingelserne.

På den baggrund kan der ikke herske tvivl om, at konkurrencen udspillede sig for den samlede pensionsordning.

Med det in mente vil jeg så vende mig mod spørgsmålet om, hvorvidt PKA eller Danica hver især kunne byde ind på den samlede pensionsordning.

4.1.2.2 PKA kunne ikke byde selv

Samtlige repræsentanter fra PKA har forklaret, at PKA ikke havde de fornødne produkter og ydelser til at håndtere ledergruppen.

Og det var ikke kun PKA's opfattelse, men også Danicas. Fx har Vidne 2 forklaret, at:

"PKA havde ikke de forcer i forhold til lederne, som Danica Pension havde. Danica Pension og PKA havde hver især noget, som den anden ikke havde, og derfor kunne det være et stærkt partnerskab."

og

"PKA har ikke den rådgivning, som Danske Bank koncernen har. Danske Bank koncernen kan give pensionsrådgivning via Danica Pension men også mere helhedsorienteret rådgivning i forhold til bank- og realkreditprodukter. Det havde PKA vist heller ikke ambition om at udvikle. Vidne 2 kan ikke svare på, om PKA ville kunne have købt sig til sådanne produkter. Bankydelse er vigtige for en ledergruppe, idet deres økonomi typisk er mere kompleks, og de har behov for stærkere rådgivning som går på tværs af økonomien."

Anklagemyndigheden forsøger at affeje den opfattelse ved at sige, at det ikke var et krav, at man kunne levere de produkter til lederne som udbudsbetingelserne eksplicit angav. At det kun var ønsker fra Dansk Supermarkeds side.

Men det er netop her, at det er særligt relevant, at der ikke var tale om et offentligt udbud. Udbudsmaterialet var ikke bygget op med klar angivelse af mindstekrav og ønsker, og Dansk Supermarked havde ikke pligt til at ekskludere tilbudsgivere, der ikke kunne leve op til de fastsatte krav. Det ville have været tilfældet, hvis det var en offentlig udbudsproces efter udbudsloven.

Anklagemyndigheden præsenterer det som om, at Dansk Supermarkeds udbudsmateriale var meget klart i forhold til, hvad der blev stillet af henholdsvis krav og ønsker. Men det var det på ingen måde.

For eksempel må man lægge til grund – og det har Anklagemyndigheden i hvert fald også gjort – at det var et krav fra Dansk Supermarkeds side, at pensionselskaberne skulle kunne levere på de forsikrings-grunddækninger til henholdsvis ledere og medarbejdere, der er oplistet i udbudsmaterialets pkt. 2.8 (ekstrakten s. 696-697). Vidne 10 har forklaret at kravene til medarbejdernes pensionsordning fremgår direkte af butiksoverenskomsten.

Men den ordlyd, der rent faktisk er anvendt i pkt. 2.8 (ekstrakten s. 696) er, som I også kan se på skærmen, at "Der ønskes tilbud på følgende klassiske forsikringsgrunddækninger". Det er altså samme formulering, som Dansk Supermarked bruger i pkt. 2.9 (ekstrakten side 697), der vedrører modernisering af aftalerne, hvor der er angivet at "For at øge medarbejdernes tilfredshed og engagement ønsker DS indarbejdet nye attraktive muligheder i aftalerne...".

Sondringen mellem hvad der er krav og ønsker er derfor slet ikke lige så klar, som det for eksempel var tilfældet i Vejstribesagen, som Anklagemyndigheden flere gange har henvist til. Simpelthen fordi der ikke er den samme lovmæssige ramme, der regulerer, hvornår man kan eller skal ekskludere visse tilbudsgivere.

I en privat konkurrenceudsættelse må man derfor i højere grad se på, hvilke forhold der blev evalueret højt for at kunne fastslå, hvad der udgjorde såkaldte "krav", hvis vi overhovedet skal blive i den terminologi – eller måske bare kalde det for, hvad det er, nemlig forhold der var vigtige og blev tillagt konkret betydning. Det er jo de forhold, konkurrencen udspiller sig om. Og ser man på evalueringskriterierne i udbudsmaterialets pkt. 2.4 (ekstrakten s. 695), så er det tydeligt, at det vægtes højt, at punkterne under "modernisering af aftalerne" er opfyldt. Fx er det nævnt allerede som evalueringskriterie nr. 2, lige efter aftalens samlede økonomi, at "Aftalen fremstår moderne, attraktiv og tilsvarende for chefer og medarbejdere." Det er jo netop listen i pkt. 2.9, der refereres til her. Derudover nævnes som evalueringskriterie nr. 3 "Aftalens aftalemæssige forhold, produktfleksibilitet, kvalitet samt rådgivning og

service", og efter evalueringskriterie nr. 6 lægges der vægt på bl.a. "proaktivitet ift. løbende modernisering af aftalerne."

Det viser altså tydeligt, at de punkter, der var oplyst i udbudsmaterialets nr. 2.9, ikke blot var "noget ekstra" eller "krymmel på toppen", som Anklagemyndigheden formulerer det. Det var tværtimod ydelser og produkter, som var nødvendige at levere, hvis man skulle afgive et realistisk bud.

Og PKA ville ikke realistisk kunne afgive et tilbud med de oplyste produkter til lederne. Vidne 10 siger det selv:

"Som jobtitel" for Dansk Supermarked ville Vidne 10 aldrig turde vælge PKA på lederaftalen, for PKA havde ikke prøvet det før. PKA havde ingen erfaring på firmamarkedet, og de havde heller ikke produkterne. Det var afgørende for Vidne 10, at PKA kom ind med det, som de var gode til og holdt sig til det".

Det tilbud på ledergruppen, PKA indleverede den 22. november 2018, indeholdt jo heller ikke de produkter til lederne, som Dansk Supermarked ville have. PKA kunne kun byde ind med en pensionsordning på lederne, fordi Dansk Supermarked på mødet den 5. oktober 2018 havde frafaldet kravene om produkterne til lederne, så udbuddet og konkurrencen dermed havde ændret sig. Det er det, Tilalte 2 forklarer i sin fremsendelsesmail af tilbuddet.

Og det var altså ikke bare noget, som PKA skrev, fordi der nu var advokat på. Det var sådan, det var – det fremgår jo eksplicit af tilbuddet, at det ikke indeholdt en række af de til lederne efterspurgte produkter i udbudsbetingelserne. Anklagemyndigheden har ikke bevist, at konkurrencen ikke havde ændret sig, og at udmeldingen til PKA på mødet den 5. oktober 2018 ikke var, at PKA ikke længere behøvede at tilbyde bankprodukter osv. til lederne. Eftersom udbudsreglerne ikke gjaldt, var det ikke nødvendigt at ændre udbudsmaterialet. Man kunne frit aftale, som man ville. Både Vidne 9 og Vidne 10 har forklaret, at de ikke kan huske præcis, hvad der blev sagt på mødet den 5. oktober. Men Vidne 10 har samtidig forklaret, at PKAs forsøg på at afgive tilbud alene var ho-vedkulds, og at:

"De ønskede at få et tilbud fra PKA, så de kunne presse de andre leverandører. Men der var ingen chance for, at PKA ville kunne vinde lederaftalen. PKA var meget ærgerlige over at have spildt så meget tid og kræfter på det. Så PKA prøvede at komme med noget. De gjorde hvad de kunne også høflighedsmæssigt. Det var uhøfligt af Danica Pension at trække sig som følge af interne retningslinjer. Det handlede om at presse Virksomhed 4 og Virksomhed 1, der stadig troede, at de var oppe imod denne gazelle."

PKAs bud på ledergruppen var altså på ingen måde konkurrencedygtigt. Tilbuddet blev kun indleveret på stærk opfordring fra Vidne 10 og Dansk Supermarked, men det var ikke et realistisk bud – netop fordi det ikke indeholdt de ydelser til lederne, som Dansk Supermarked ville have. Det var et såkaldt høflighedsbud for at hjælpe Vidne 10 med at skabe konkurrence.

Og i parentes kan jeg bemærke, at tilbuddet jo heller ikke blev accepteret af Dansk Supermarked, der valgte at forlænge med PFA i stedet, selvom dette prismæssigt var betydeligt dyrere end PKA's tilbud. Det må dermed være, fordi PKA's produkter ikke opfyldte de af Dansk Supermarked stillede krav.

Og det er helt sikkert, at PKA aldrig ville have budt på hele kontrakten til at starte med, hvis der ikke havde været den forudgående proces med Danica. Det var altså kun, fordi PKA allerede havde spildt så meget tid og kræfter på det, herunder ikke ubetydelige omkostninger til Qvartz. Så ville de for at

bevare en god relation til Vidne 10 og Dansk Supermarked gerne hjælpe dem ved at lade som om, at der fortsat var et konkurrencepres på helt hovedsageligt PFA.

Men hvis vi lige går tilbage til, hvad testen er ifølge pkt. 352 i de horisontale retningslinjer, så var PKA ikke realistisk set i stand til at opfylde kontrakten på egen hånd, under hensyn til sagens særlige omstændigheder.

Punkterne i udbuddets 2.9 var indeholdt i konsortiets tilbud:

Vi hørte i Anklagemyndighedens procedure, at de umiddelbart kategoriserer tilbuddets pkt. 2.5, 2.7, 2.8, 2.10 og 2.11 som krav, mens de af en eller anden grund synes 2.9 er noget helt andet. De siger endda om pkt. 2.9, at "det er ikke engang flødeskummet på toppen. Det er ren krymmel."

Som jeg lige har forklaret, giver det i det hele taget ikke mening at kategorisere de enkelte punkter som værende enten "krav" eller "ønsker" i et privat udbud. Alligevel gør Anklagemyndigheden meget ud af det. De påstår også – uden i øvrigt at dokumentere det – at konsortiets tilbud ikke "leverer (...) på alle de "krav" der er i 2.9."

Lad os i den forbindelse lige se på, hvad pkt. 2.9 indeholdt og holde det op mod konsortiets tilbud. Vi kan tage det bullet for bullet.

- "VIP-pakke med rejseforsikring, rabatter på privat-forsikring, bankprodukter, helhedsøkonomisk rådgivning."

VIP-pakken er en væsentlig konkurrenceparameter, der har til formål at sikre ledergruppen den bedst mulige individuelt tilpassede pensionsordning. Her tilbyder Danica ordningen "Et skridt foran", hvor de ansatte bliver kontaktet, når de fx bliver gift, får børn, nyt job, køber hus eller nærmer sig pensionsalderen. Her kommer Danica proaktivt med klare anbefalinger til at tilpasse dækningsniveauer og opsparingsmuligheder. Derudover får alle i ledergruppen med en årsløn på mindst 1 mio. kr. tilknyttet en fast chefrådgiver, der hjælper med helhedsøkonomisk rådgivning i form af "formueplanlægning, skatte- og indkomstopptimering, arveplanlægning, investering, udstationering med meget mere." Derudover har Danica naturligvis et tæt samarbejde med Danske Bank og tilbyder igennem Danske Bank Private Banking at udarbejde formueprognoser og rådgive om hele chefens og familiens økonomi og arveplanlægning gennem generationer.

Det kan altså konkluderes, at første bullet var inkluderet i det fælles tilbud.

- *"Muligheden for investering i navngivne aktivklasser, populære alternative aktivklasser eller endnu bedre – aktiver som vedrører DS forretning (eks. Investering i nye butikker som en del af DS ekspansion i udland og lign.)"*

Denne bullet er vist blevet tæsket godt og grundigt igennem i løbet af bevisførelsen, så jeg vil ikke bruge så meget krudt på den. Jeg henviser blot for god ordens skyld til det fælles tilbud, hvor der på side 32 fremgår, at Danica tilbyder "Danica Select hvor cheferne selv investerer sin pensionsordning i aktier, obligationer og investeringsforeninger, og har fuld frihed til selv at sammensætte sin investeringsportefølje."

Det kan altså konkluderes, at anden bullet var inkluderet i det fælles bud.

- *"Forebyggelses- og sundhedstilbud"*

Konsortiet har afsat hele 9 sider, der handler om sundhedsløsningen. Sundhedspakken omfatter, udover selve sundhedssikringen, en række samarbejder med professionelle, der forebygger sygdom. Her nævnes blandt andet "Second opinion via Best Doctors", "Stress hotline", "Online sundhedstjek", "Webinarer om sundhed" mm.

Det kan altså konkluderes, at tredje bullet var inkluderet i det fælles bud.

- "Senior-pakke: DS forventer i fremtiden at ville fastholde flere seniorer og deltidsalderspensionister i et DS-ansættelsesforhold. De vil oftest være tilknyttet DS i et mindre omfang end fuldtidsansatte. Til denne overgangsgruppe ønskes DS også attraktive prisaftaler på forsikringspakken og pensionsopsparingen."

Seniorpakken fremgår af tilbuddets kapitel 5 – Modernisering af pensionsaftalen for de ansatte og Dansk Supermarked: "Seniorpakke: For at understøtte Dansk Supermarkeds forventninger om at fastholde flere seniorer og deltidspensionister i fremtiden, tilbydes udvikling af en særlig seniorpakke til alle chefer og medarbejdere i denne målgruppe med eksempelvis rådgivning om testamente, seniorboliger og seniormøder med særlig rådgivning om pensionsalderen."

Det kan altså konkluderes, at fjerde bullet var inkluderet i det fælles bud.

- "Digitale oplevelser og integration"

Konsortiets tilbud indeholdt et hav af digitale løsninger. Ledergruppen ville få adgang til Danicas onlineværktøjer Danica PensionsStart, Danica PensionsTjek og Danica PensionsPlan. Det fremgår af tilbuddet til medarbejdergruppen, at "Medarbejderen bestemmer selv, hvordan og hvornår de vil rådgives – ved selvbetjening, i App, på chat, i telefon eller ved et Webmøde." Udover det, tilbyder konsortiet at udvikle en digital helbreds løsning (fx en app) til at forbedre helbredet blandt de ansatte. Den digitale løsning skal være integreret med sundhedsforsikringen og Dansk Supermarkeds lønsystem. Konsortiet anslår i øvrigt, at Dansk Supermarked kunne opnå en besparelse på ca. [REDACTED] kr. alene ved at den digitale løsning kan indhente 10% flere refusioner.

Det kan altså konkluderes, at den femte bullet er indeholdt i det fælles bud.

- Særligt medarbejdergruppen er i fremtiden hårdt ramt af modregning i offentlige pensionsydelse. Et attraktivt obligatorisk tilbud med opsparing i alderssum er vigtigt for denne gruppe m.fl.

Det fremgår af tilbuddet, at PKA anbefaler "at aldersopsparingen indgår som en obligatorisk del af opsparingen, og at alle medarbejdere så vidt muligt udnytter indbetalingsgrænsen. Udbetalinger fra aldersopsparingen kan ske som både livrente, rate og/eller sum." Der skal netop ikke ske modregning i folkepensionen ved udbetaling af aldersopsparing.

Det kan altså konkluderes, at den sjette bullet var inkluderet i det fælles bud.

Så for at sammenfatte, er det altså helt tydeligt fra konsortiets tilbud, at der blev leveret på alle bullets i pkt. 2.9.

4.1.2.3 Danica kunne ikke byde selv

Som det også er kommet frem under bevisførelsen, havde Danica på papiret de efterspurgte produkttyper. Men ingen af Danicas produkter var tilpasset eller målrettet Dansk Supermarkeds overenskomstansatte medarbejdergruppe, og Danicas produkter var bl.a. derfor langt fra konkurrencedygtige i pris. Det står desuden klart, at det ikke ville være lønsomt for Danica at byde på hele ordningen. Derfor var der alene tale om en teoretisk mulighed for at byde ind på medarbejdergruppen, som Danica aldrig realistisk ville forfølge.

Danica er sat i verden for at tjene penge til moderselskabet Danske Bank. Danicas forretningsmodel er derfor skruet sammen på en helt anden måde end et AMP-selskabs forretningsmodel. AMP-selskaberne er typisk medlemsejede og skal derfor ikke generere et overskud, der kan udbetales til aktionærer. Som vi hørte Vidne 6 forklare, forsøger PKA at ramme nulpriserne over tid så godt som muligt. Med andre ord, at PKA's indtægter i form af præmieindbetalinger skal svare til deres skadesudgifter, så der ikke genereres et overskud. Vidne 6 udtalte således "at man i PKA styrer efter at opnå balance mellem skader og præmier. (...) PKA nedsætter prisen, hvis PKA har haft overskud og omvendt sker der prisstigning, hvis der har været underskud. Der sker justering hvert år. PKA er medarbejderejet [medlemsejet] og har ikke noget at bruge et overskud til. Regnskabet skal balancere for at være fair for medlemmerne."

Hvis Danica skulle have konkurreret med AMP-selskaberne, ville Danica have været tvunget til at lave hele deres forretningsmodel om til et slags filantropisk foretagende, hvor Danica som det eneste selskab i Danske Bank-koncernen ikke skulle tjene penge til moderselskabet.

Danica ville helt konkret skulle have ændret i deres produktudbud og været indstillede på at drive en forretning, der ikke genererer et overskud over tid. Alternativt skulle Danica være villig til at sælge sine produkter til langt under kostpris. Som vi har fået forklaret, var Danicas produkter dyrere og tilpasset en helt anden type medarbejdere og med en langt større indbygget grad af fleksibilitet. Den slags produkter er selvsagt dyrere at producere og sælge.

Som eksempel vil jeg fremhæve Danicas tab af erhvervsevneforsikring, som netop ikke – i modsætning til PKA's tab af erhvervsevneforsikringsprodukt, TAE Stabil – var udviklet til at modregne de offentlige ydelser. Derfor var Danicas tab af erhvervsevneforsikring også markant dyrere end PKA's produkt. Helt konkret kunne PKA's produkt sælges til [redacted] kr., mens Danicas pris skulle ligge over [redacted] kr. for at Danica fik dækket de forventede skadesudgifter.

Men kan man virkelig lægge ind som præmis, at Danica bare skulle være villige til at tabe penge? Nej, testen er ikke, om Danica teoretisk set og med den konsekvens, at de ville skulle prissætte under deres omkostninger, kunne have budt på medarbejderne.

Man kan spørge sig selv: Hvis det nu var så realistisk for Danica bare at byde på medarbejdergruppen – ja, hvorfor gjorde de det så ikke bare?

Det er essentielt at holde sig for øje, at når man vurderer, om to produkter er substitutter, så er der tre kriterier, man kigger på. Det drejer sig om produkternes i) anvendelsesformål, ii) egenskab og iii) pris. Både PKA's og Danicas TAE-produkter havde naturligvis det formål at sikre den forsikrede mod tab af erhvervsevne. Det bestrider jeg ikke. Men som jeg lige har forklaret, havde PKA og Danicas TAE-produkter helt forskellige egenskaber og helt forskellige prispunkter. Danicas TAE-produkt var mere fleksibelt og tilpasset til den individuelle forsikrede, mens PKA's TAE-produkt dækkede alle de forsikrede ens og modregnede de offentlige ydelser i udbetalingen. Derfor var de også prissat helt forskelligt.

Lad mig komme med et intuitivt eksempel. Hvorfor ser vi aldrig hjemmeplejen i København køre rundt i fx en stor Mercedes? Både en Mercedes og fx en VW Up kan vel transportere folk fra A til B. Så de har det samme anvendelsesformål. Det gør vi ikke, fordi en Mercedes har nogle andre egenskaber og – ikke mindst – en helt anden pris end en VW Up. Mercedes ville derfor aldrig afgive et bud på den type af kontrakt. Det ville simpelthen ikke give mening. Både fordi Mercedes ville skulle sænke sine priser langt ned under deres omkostninger for at konkurrere med en VW Up, men også fordi den type af biler, som hjemmeplejen efterspørger, netop ikke er en Mercedes, men derimod en langt mere simpel og omkostningseffektiv bil – uanset at både en Mercedes og VW Up altså kan transportere folk fra A til B. Mercedes og VW Up er dermed ikke konkurrerende produkter ift. hjemmeplejen i København, fordi de har forskellige egenskaber og pris.

Det var altså helt evident ikke en mulighed for Danica enten fundamentalt at ændre sin forretningsmodel eller at sælge sine produkter med tab. Og dermed var det ikke en realistisk mulighed for Danica at byde på medarbejdergruppen eller hele ordningen. Det blev også slået fast af Vidne 1:

"Danica Pension ville ikke byde på hele ordningen, for Danica Pension var dybt kommercielle, og Danica Pension ville ikke lave forretning på noget, som de ikke kunne tjene penge på. Danica Pension ønskede slet ikke at sælge pensionsordninger til de butiksansatte. Det var kun muligt for Danica Pension at skabe overskud på lederne."

Og også at: "Danica Pension var ikke interesseret i den gruppe, som PKA var interesseret i. De to selskaber delte ikke noget som sådan, for Danica Pension ville slet ikke gå ind i forhold til de butiksansatte, som slet ikke var Danica Pensions kundegruppe. De butiksansattes lønninger - og dermed bidragene - er relativt lave og der er stor medarbejderudskiftning. Ud fra en lønsomhedsbetragtning var det uinteressant for Danica Pension af byde på butiksansatte."

Opsummerende er pointen altså, at Danica ikke kunne lægge et realistisk bud på medarbejdergruppen. Og konkurrenceretligt er det altså ikke tilstrækkeligt, at Danica teoretisk kunne byde ind på hele ordningen. Det er nødvendigt at se på, om Danica realistisk kunne byde, hvilket skal vurderes i lyset af de konkrete omstændigheder i sagen.

Det er i hvert fald klart kommet frem under bevisførelsen og dermed i hvert fald sandsynliggjort, at Danica ikke realistisk kunne byde, hvilket så meget desto mere kræver, at Anklagemyndigheden med styrke beviser, at det ikke forholder sig sådan – for sådan er reglerne om bevisbyrde som bekendt i konkurrencesager.

PKA og Danica var derfor ikke konkurrenter i forhold til Dansk Supermarkeds konkurrenceudsættelse af deres pensionsordning.

4.1.2.4 PKA og Danica var heller ikke konkurrenter i forhold til eventuelle delkontrakter

Og inden vi går videre, vil jeg lige bemærke, at selv hvis Retten skulle finde, at konkurrencen udspillede sig om delkontrakter, så var PKA og Danica stadig ikke konkurrenter.

For hvis vi nu skulle lege med tanken om, at konkurrencen faktisk udspillede sig om delkontrakter, og at PKA og Danica også ville have afgivet et bud på en delkontrakt, så ville PKA jo netop have budt på medarbejdergruppen, mens Danica ville have budt på ledergruppen. Som jeg netop har forklaret, så var PKA ikke realistisk i stand til at byde på ledergruppen, ligesom Danica heller ikke realistisk var i stand til at byde på medarbejdergruppen.

Altså ville PKA og Danica ikke have konkurreret om den samme delkontrakt, og dermed ville PKA og Danica heller ikke i dette scenarie have været konkurrenter.

4.1.3 Potentiel konkurrence

Vi kan altså konkludere, at PKA og Danica ikke var faktiske konkurrenter i forhold til det konkrete udbud. Næste skridt i vurderingen af konkurrentforholdet er at undersøge om PKA og Danica var potentielle konkurrenter.

Igen bemærker jeg, at Anklagemyndigheden ikke har løftet bevisbyrden for, at PKA og Danica var potentielle konkurrenter. Alle omstændigheder ved det konkrete udbud peger derimod i den modsatte retning – nemlig at PKA og Danica heller ikke var potentielle konkurrenter.

Begrebet potentiel konkurrence defineres i de horisontale retningslinjers punkt 16 som, og jeg viser det også på skærmen og det kan findes i den supplerende materialesamling s. 16-17:

"[...] En virksomhed behandles som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det uden aftalen er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed, inden for en kort periode vil foretage de nødvendige supplerende investeringer eller afholde andre nødvendige omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked, hvor sidstnævnte virksomhed opererer. Denne vurdering skal baseres på realistiske forhold: En rent teoretisk mulighed for at træde ind på markedet er ikke tilstrækkelig."

Af de horisontale retningslinjer fremgår uddybende, at en "kort periode" afhænger af den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, og forholdene i den pågældende sag [...]."

4.1.3.1 PKA var ikke en potentiel konkurrent til Danica

Lad os så se på, om PKA var en potentiel konkurrent til Danica Pension. Som vi har set mange gange i løbet af bevisførelsen, var et væsentligt konkurrenceparameter i forhold til ledergruppens pensionsordning, at man kunne tilbyde individuelt tilpassede investeringsmuligheder af ledernes pensionsmidler.

Helt konkret står der i udbudsmaterialet under punkt "2.9 Modernisering af aftalen" i anden bullet "Mulighed for investering i navngivne aktivklasser, populære alternative aktivklasser (...)". En væsentlig konkurrenceparameter var altså, at man kunne tilbyde ledergruppen at investere sine pensionsmidler individuelt i navngivne aktivklasser. Som det tydeligt er blevet fastslået under afhøringerne, har PKA ikke denne type af produkter på hylderne. Hvis PKA skulle være i stand til at konkurrere med Danica om ledergruppens pensionsordning, skulle PKA altså have foretaget nogle betydelige og tidskrævende investeringer (afholdt af bl.a. Pensionskassen for Sygeplejersker) rettet mod højtlønnede medarbejdere og chefer – stik imod PKA's forretningsmodel.

I den sammenhæng har vi fået forklaret af Vidne 5 fra konsulentfirmaet Thursday, at netop investering i navngivne aktivklasser er et fleksibelt opsparingsprodukt, som kræver nogle helt særlige IT-systemer. Thursday forklarede, at de har estimeret omkostningerne forbundet med udvikling af et system, der kan håndtere investeringer i tre forskellige scenarier. Her var scenarie 3, det dyreste scenarie, det system der kunne håndtere investering i navngivne aktivklasser, hvilket Danica havde inkluderet i sit tilbud til Dansk Supermarked.

Vidne 5 forklarede, at "Omkostningerne vil være mellem [redacted] og [redacted] kr. De taler om engangsomkostningerne, men de løbende driftsomkostninger i dette scenarie – som i de to andre scenarier – vil også stige. Vidne 5 vil mene, at implementering fuldt ud af scenarie 3 i Forca A/S ville tage 2-3½ år." Disse investeringer på [redacted] kr. relaterer sig altså til udelukkende til etableringsomkostningerne forbundet med investeringsproduktet. Selv scenarie 2, som beskriver en situation, hvor PKA

"blot" investerer i et system, som svarer til PFA's nuværende system, men altså ikke et system, som levede op til betingelserne i udbudsmaterialet, skulle PKA have afholdt omkostninger mellem [redacted] og [redacted] kr., og det alene i implementeringsomkostninger.

Hertil kommer omkostninger til bl.a. etablering og løbende drift af en hel ny rådgivningsafdeling, der ville kunne rådgive kunderne om deres forskellige investeringsmuligheder – et setup der ikke i dag findes i PKA al den stund at PKA's nuværende opsparingsprodukt ikke indeholder nogen valgmuligheder, der kræver særlig rådgivning.

Både Vidne 3 og Tilfælde 2 har da også enstemmigt forklaret, at det ville kræve omfattende investeringer og lang tid for PKA at udvikle de nødvendige produkter til Dansk Supermarkeds ledergruppe.

Det var altså fuldstændig udelukket, at PKA kunne indtræde på dette marked og realistisk være i stand til at opfylde kontrakten i forhold til Dansk Supermarkeds ledergruppe inden for udbuddets tidsmæssige rammer. Igen vil jeg henvise til de horisontale retningslinjer, som fremhæver, at "den blotte hypotetiske mulighed for at komme ind på et marked eller ønsket derom ikke tilstrækkeligt" Dermed var PKA ikke en potentiel konkurrent til Danica Pension om ledergruppen i Dansk Supermarked.

Når Anklagemyndigheden i sin procedure anfører, at PKA+ havde en strategi om at konkurrere med bl.a. Danica om de kommercielle kunder er dette ikke korrekt. PKA+ både kunne og ville kun tilbyde pensionsordninger til overenskomstdækkede medarbejdergrupper – og dermed netop ikke i konkurrence med netop Danica.

4.1.3.2 Danica var ikke en potentiel konkurrent til PKA

Lad os nu se på, om Danica var en potentiel konkurrent til PKA. Altså om Danica inden for en kort periode realistisk set ville foretage de handlinger, som skulle til, for at Danica kunne servicere medarbejdergruppen i Dansk Supermarked.

Som nævnt havde Danica fx ikke et TAE-produkt, der var tilpasset PKA's og andre AMP-selskabers kundegrupper. For realistisk at kunne afgive et bud på medarbejdergruppen (eller en tilsvarende kontrakt) skulle Danica altså udvikle et lignende produkt, som kunne tage højde for modregning af offentlige ydelser på samme måde som PKAs TAE Stabil-produkt.

Det ville kræve en markant økonomisk og tidsmæssig investering, som skulle måle sig med som minimum den forventede gevinst ved at udvikle produktet. Det var på tidspunktet reelt umuligt, og i øvrigt i modstrid med Danicas forretningsmodel, at Danica kunne udvikle et sådant produkt i perioden mellem udbuddet og tidspunktet for tilbudsafgivelse. Vidne 2 bekræftede da også, at hverken Danica eller Danske Bank-koncernen realistisk set ville have foretaget de nødvendige investeringer.

Lad mig igen minde om ordlyden i de horisontale retningslinjer vedrørende vurderingen af potentiel konkurrence: "Denne vurdering skal baseres på realistiske forhold: En rent teoretisk mulighed for at træde ind på markedet er ikke tilstrækkelig."

Og i afsnittet om konsortier, skriver Kommissionen netop, at det blandt andet er nødvendigt at tage højde for omfanget af de investeringer, der er nødvendige for projektet. Danica er et specialiseret, kommercielt pensionsselskab, som realistisk set ikke ville have kastet en masse penge efter investeringer i nye IT-projekter og produkter målrettet et kundegruppe, som Danica alligevel ikke kunne tjene

penge på, fordi disse kunder var vant til at få deres pensionsordning fra selskaber, som ikke skulle tjene penge til aktionærerne. Det var altså rent teoretisk, at Danica ville gå ind på AMP-markedet.

Dermed var Danica heller ikke en potentiel konkurrent til PKA om medarbejdergruppen i Dansk Supermarked.

4.1.3.3 PKA og Danica er fortsat hverken faktiske eller potentielle konkurrenter

Som nævnt tidligere, kræver begrebet "potentiel konkurrent", at virksomheden inden for en kort periode realistisk set kan og vil indtræde på markedet.

Den "korte periode" afhænger af den relevante juridiske og økonomiske sammenhæng. Her er den relevante juridiske og økonomiske sammenhæng i tidsmæssig forstand perioden fra udsendelse af udbudsmaterialet til fristen for tilbudsgivning. Selv hvis man skulle se på spørgsmålet om potentiel konkurrence mellem PKA og Danica mere generelt, er der intet, der taler for, at de var potentielle konkurrenter på tidspunktet. Selv uden at tage den relevante juridiske og økonomiske sammenhæng i betragtning, står der i Kommissionens horisontale retningslinjer i noten om potentiel konkurrence, at en "periode på højst tre år" kan anses for en "kort periode" i visse sammenhænge.

Nu er der reelt set gået 5 år, og Dansk Supermarkeds pensionsordning er kommet i udbud igen. Nu kan vi drage fordel af at kunne se på det faktiske hændelsesforløb hen over de seneste 5 år i stedet for – som man almindeligvis må gøre – at foretage en vurdering af, hvad der sandsynligvis vil ske i fremtiden. Hvad er der så sket i løbet af disse 5 år?

PKA+ er i gang med at lukke ned, og PKA+ har ikke foretaget de nødvendige investeringer, der skal til for at træde ind på det kommercielle marked, og der er heller ikke andre selskaber administreret af PKA A/S, som byder ind på kommercielle pensionsordninger. Så de faktiske omstændigheder i perioden efter tilbudsafgivelsen i 2018 og frem til i dag dokumenterer, at PKA ikke på tidspunktet var en faktisk eller potentiel konkurrent til Danica. PKA+ har heller ikke budt ind på den nye aftale for Dansk Supermarked.

Danica er fortsat ejet af Danske Bank og har fortsat til formål at tjene penge til koncernen. Danica har heller ikke budt ind på Dansk Supermarkeds pensionsaftale, som vi fik bekræftet i Vidne 10's forklaring. Der er altså heller ingen faktiske omstændigheder, hverken i 2017-2018 eller i perioden frem til i dag, der taler for at Danica var en faktisk eller potentiel konkurrent til PKA på tidspunktet for Dansk Supermarkeds udbud af pensionsaftale i 2018.

PKA og Danica skal altså frifindes, allerede fordi selskaberne ikke var konkurrenter – hverken aktuelt eller potentielt.

4.2 Konkurrencebegrænsende aftale

Men for fuldstændighedens skyld vil jeg nu også behandle anden del af vurderingen i henhold til KRL § 6, nemlig vurderingen af, om PKA og Danicas fælles bud overhovedet udgjorde en konkurrencebegrænsende aftale. For at kunne det, må vi altså nu og i det følgende teoretisk forestille os, at PKA og Danica rent faktisk var konkurrenter.

Anklagemyndighedens tiltale går kun på, at PKA's adfærd har haft "til formål" at begrænse konkurrencen. Tiltalen omfatter ikke en "til følge"-betragtning.

Og Anklagemyndigheden har overordnet og meget forenklet præsenteret den juridiske ramme for, hvornår en aftale generelt kan anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Den ramme er jeg sådan set enig i. Jeg er bare fundamentalt uenig i, at PKA's adfærd – eller konsortiesamarbejder generelt – passer ind i den ramme.

Anklagemyndighedens argumentation bliver imidlertid både cirkulær og selvopfyldende. Anklagemyndigheden anfører vel i realiteten, at de ikke behøver at foretage en markedsafgrænsning og dermed bevise at aftaleparterne var konkurrenter, allerede fordi den hævdede overtrædelse (tilbudskoordinering og kundedeling) klassificeres som en til formåls-overtrædelse, der så heller ikke kræver nogen særlige undersøgelser og analyser at bevise, hvorved vi er tilbage til udgangspunktet om, at intet er bevist. Men samarbejdet bliver jo ikke til et kartel, bare fordi Anklagemyndigheden siger, at det er et kartel – og i denne sag er der sådan set ikke andet grundlag end netop Anklagemyndighedens udokumenterede og bestridte synspunkter herom.

4.2.1 Konsortieaftaler udgør ikke efter sin art en til formåls-overtrædelse

Jeg vil starte med at citere, hvad EU Kommissionen har fastslået om bydende konsortier i de horisontale retningslinjer – og det fremgår af den supplerende materialesamling s. 77- 78 og jeg viser det også på skærmen:

"Begrebet bydende konsortier betegner en situation, hvor to eller flere parter går sammen om at afgive et fælles bud i forbindelse med et offentligt eller privat udbud.

I dette afsnit må bydende konsortier ikke forveksles med tilbudskoordinering (eller samordning af tilbud), nemlig ulovlige aftaler mellem økonomiske aktører, som har til formål at fordreje konkurrencen i forbindelse med udbudsprocedurer. Tilbudskoordinering er en af de mest alvorlige konkurrencebegrænsninger, som udgør et konkurrencebegrænsende formål, og kan antage forskellige former, f.eks. fastsættelse af indholdet af deres tilbud på forhånd (navnlig prisen) for at påvirke udfaldet af proceduren, afholdelse fra at afgive tilbud, fordeling af markedet på grundlag af geografi, ordregivende myndighed eller genstanden for udbuddet eller indførelse af rotationsordninger for en række procedurer. Formålet med alle disse former for samordning er at sætte en tilbudsgiver, der er udpeget på forhånd, i stand til at sikre sig en kontrakt, samtidig med at der skabes det indtryk, at der er tale om en konkurrencepræget procedure. I konkurrenceretten er tilbudskoordinering en form for kartel, der består i manipulation af proceduren for indgivelse af tilbud for at få tildelt en kontrakt.

Tilbudskoordinering indebærer normalt ikke fælles deltagelse i udbudsproceduren. Det er typisk snarere en skjult eller stiltiende aftale mellem potentielle deltagere om at samordne deres tilsyneladende individuelle beslutninger med hensyn til deltagelse i udbudsproceduren. [...]"

Der er altså inden for konkurrenceretten stor forskel på ulovlig tilbudskoordinering og bydende konsortier, og de to typer af adfærd må ikke forveksles. Og hvis man er i tvivl, må man jo netop foretage de fornødne undersøgelser og analyser af det konkrete samarbejde i den konkrete retlige og økonomiske kontekst, før man kan subsumere det konkrete samarbejde i den rette kategori.

Det har Anklagemyndigheden ikke gjort, og det er præcis derfor, at Anklagemyndigheden fejlagtigt har forvekslet et lovligt konsortiebud med et ulovligt tilbudskoordineringskartel. Anklagemyndigheden har altså umiddelbart sat et kartel-label på PKA og Danicas fælles bud og konstaterer derfor blot, at der er tale om en til formåls-overtrædelse, og at det derfor ikke er nødvendigt at foretage en konkret vurdering af adfærden. Det hænger formentlig sammen med den uheldige og fejlbehæftede proces og sagsbehandling, der har kendetegnet hele denne sag.

Men denne kategorisering af aftalen er ikke bevist og i øvrigt forkert.

Tilbudskoordinerings er en skjult aftale eller samordning mellem tilbudsgivere med det formål at manipulere udbudsprocessen for at sikre, at den ene tilbudsgiver kan vinde kontrakten – det kunne være ved at undlade at byde eller ved at afgive et bevidst ikke-konkurrencedygtigt bud. Aftalen vil typisk forudsætte, at den anden tilbudsgiver på en eller anden måde får noget ud af at "hjælpe", fx ved at blive sikret at vinde næste udbud, eller at den vindende tilbudsgiver lover at bruge den hjælpende tilbudsgiver som underleverandør. Det udgør uden tvivl en til formåls-overtrædelse.

Men PKA og Danicas fælles bud var ikke tilbudskoordinerings. Der var tværtimod tale om et helt gennemsigtigt og åbent samarbejde, hvor PKA og Danica bød i fællesskab med det formål at skabe konkurrence i Dansk Supermarkeds konkurrenceudsættelse. Konkurrence, som ikke ville have været der, hvis parterne ikke havde kunnet byde ind sammen. Kunden – Dansk Supermarked – og pensionsmægleren Vidne 10 opfordrede ligefrem til koordinering, samarbejde og konsortiedannelse.

Den omstændighed, at Anklagemyndigheden også kalder det for en markeds- og/eller kundedelingsaftale, gør som nævnt ikke i sig selv, at det bliver en markeds- og/eller kundedelingsaftale.

En fælles tilbudsgivning indebærer i sagens natur altid en vis form for koordineret adfærd og fordeling af opgaver, som dog ikke nødvendigvis er udtryk for en markeds- og/eller kundedelingsaftale

Hvis Anklagemyndighedens præmis lægges til grund, vil konsekvensen være, at fælles tilbudsgivning altid vil blive anset for markeds- og/eller kundedelingsaftale – eftersom der altid i en eller anden udstrækning vil ske en fordeling af opgaven/kontrakten mellem konsortiedeltagerne. Det er derfor ikke tilstrækkeligt, at Anklagemyndigheden blot henviser til, at PKA og Danica bød ind på hver sin del af aftalen hhv. medarbejdergruppen og ledergruppen. Et sådant samarbejde kan aldrig i sig selv betyde, at der er tale om markeds- og kundedeling.

Og det er ikke fordi, jeg mener, at det aldrig kan være konkurrencebegrænsende, hvis to konkurrenter går sammen i et konsortium. Det kan det godt. Men det er det ikke nødvendigvis. Og det er det slet ikke i denne sag.

Af de horisontale retningslinjer fremgår nemlig, som I kan se på skærmen og af den supplerende materialsamling at:

"I tilfælde, hvor artikel 101, stk. 1, finder anvendelse på fælles tilbudsgivning, er det generelt nødvendigt at foretage en individuel vurdering af konsortieaftalen under hensyntagen til alle relevante faktorer, herunder parternes stilling på det relevante marked, antallet af andre sandsynlige deltagere i udbudsproceduren og markedsstilling, konsortieaftalens indhold, de berørte produkter eller tjenesteydelser og markedsvilkårene. Begrænsningen kan anses for at have konkurrencebegrænsende formål eller virkning, afhængigt af aftalens indhold og de særlige omstændigheder i sagen. [...]"

Fælles tilbudsgivning er altså ikke en aftaletype, der i sig selv kan karakteriseres som en til formåls-overtrædelse. Hvordan aftalen kategoriseres, afhænger derimod af aftalens konkrete indhold og de særlige omstændigheder i sagen, hvorfor der er tale om en såkaldt "til følge" kategori.

Som Anklagemyndigheden selv har peget på i sin procedure, så følger det af praksis fra EU-Domstolen, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes restriktivt. Det er netop fordi, man ellers risikerer, at de relevante myndigheder fritages for deres pligt til at bevise den konkrete konkurrencebegrænsende følge. For at være omfattet af til formåls-begrebet, skal der altså foreligge "pålidelige og solide erfaringer for, at adfærden efter sin art er skadelig for konkurrencen".

Eftersom fælles tilbudsgivning både kan være konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende er det grundlæggende forkert at behandle PKA og Danicas fælles tilbud som en aftale, der allerede efter sin art er skadelig for konkurrencen. Der findes nemlig ikke sådanne solide og pålidelige erfaringer for, at fælles tilbudsgivning altid vil være skadelige for konkurrencen. Det kan sagtens være direkte konkurrencefremmende – og netop derfor, skal det undersøges nærmere.

Og som Anklagemyndigheden også selv har fremhævet i sin procedure, fastslog Højesteret i Vejstribe-sagen netop, og jeg viser det lige på skærmen, at "der for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrence-skadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger."

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

Som vi kan se af citaterne fra dommen, forholdt og analyserede Højesteret i Vejstribe-sagen sig altså konkret til aftalens indhold og kontekst og først på den baggrund, blev det fastslået, at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål. Der blev altså lavet en fuld vurdering på trods af, at parterne i Vejstribe-sagen ubestridt udbød præcist de samme produkter – vejstriber – og var begge aktuelt til stede på markedet som hinandens største og nærmeste konkurrenter.

En sådan undersøgelse har Anklagemyndigheden ikke foretaget i denne sag, og jeg vil derfor nu vende mig mod det spørgsmål – altså om det fælles bud konkret udgjorde en til formåls overtrædelse.

4.2.2 Det fælles bud udgjorde ikke en til formåls-overtrædelse

Og lad mig slå det fast med det samme: Det fælles bud mellem PKA og Danica udgjorde heller ikke konkret en til formåls-overtrædelse.

Det følger af fast EU-praksis, at der ved fastlæggelsen af, om der foreligger en formålsovertrædelse, skal inddrages relevante forhold som:

- (i) aftalens indhold,
- (ii) de formål, der søges gennemført med aftalen, og
- (iii) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.

Hvor dybdegående en analyse af den retlige og økonomiske kontekst, der er krævet, afhænger af aftalens kompleksitet og sagens faktiske omstændigheder. Selv ved klassiske, klokkeklare kartelaftaler om fx markedsdeling, er det stadig nødvendigt at myndigheden foretager en (om end begrænset) kontekst-analyse.

Og som led i den analyse skal myndigheden tage behørigt hensyn til eventuelle konkurrencefrem-mende virkninger, som parterne har påberåbt sig, for at kunne klassificere aftalen som havende et konkurrencebegrænsende formål.

Anklagemyndigheden har ikke foretaget en sådan analyse, og Anklagemyndigheden har derfor ikke løftet bevisbyrden for, at der er tale om en til formåls-overtrædelse. Og jeg erindrer lige om, at KFST netop heller ikke foretog denne analyse.

Og der stilles altså – modsat hvad Anklagemyndigheden har givet udtryk for – visse minimumskrav til det analysearbejde, der under alle omstændigheder skal foretages. Ved vurderingen skal der bl.a. tages hensyn til hvilken type produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, og hvordan markedsdynamikkerne fungerer på de berørte markeder.

Konkurrenceankenævnet har i flere sager vurderet, at Konkurrencerådets analyse af den retlige og økonomiske kontekst ikke har været tilstrækkelig og på den baggrund hjemvist sager til fornyet behandling.

Eksempelvis hjemviste Konkurrenceankenævnet ved afgørelse af 12. september 2018 sagen Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening, Tagpapbranchens Oplysningsråd, Icopal Danmark og Nordic Waterproofing mod Konkurrencerådet, fordi nævnet fandt, at Konkurrencerådets analyse af, om der var tale om en til formåls-overtrædelse ikke var tilstrækkelig. Ankenævnet fandt, at Konkurrencerådets analyse af den økonomiske og retlige sammenhæng ikke var tilstrækkelig. Konkurrenceankenævnet udtalte herefter, at Konkurrencerådet ikke med den fornødne sikkerhed havde godtgjort, at der forelå en til formål-overtrædelse.

Sagen endte endda ud med, at KFST, efter at sagen blev hjemvist, valgte at lukke sagen af ressourcehensyn, fordi det ville kræve et for stort analysearbejde at kunne konstatere en overtrædelse.

Og som jeg lagde ud med at forklare i morges, så har Konkurrenceankenævnet senest for under en måned siden hjemvist en afgørelse til fornyet behandling hos Konkurrencerådet, netop fordi Rådet fejlagtigt havde klassificeret en aftale indgået i den frivillige kæde Botex som ulovlig markedsdeling og dermed konstateret, at det udgjorde en til formåls-overtrædelse. Som I kan se på skærmen og af den supplerende materialesamling s. 239, fastslog Konkurrenceankenævnet derimod, at der var tale om en fælles indkøbsordning – og altså ikke et kartel:

"Som sagen er oplyst, er det Konkurrenceankenævnets vurdering, at samarbejdet i Botex udgør en egentlig fælles indkøbsordning og ikke blot tjener som middel til at iværksætte et kartel ved f.eks. opdeling af markeder."

Konkurrenceankenævnet henviste i deres afgørelse til de horisontale retningslinjer fra juli 2023 og fandt, at aftalen ikke udgjorde en til formåls-overtrædelse. Det var derfor forkert, at Rådet havde karakteriseret aftalen som en ulovlig markedsdeling og ikke havde foretaget en fuld vurdering af aftalens konkurrencebegrænsende virkninger.

Og i både Tagpap-sagen og Botex-sagen havde KFST rent faktisk lavet en analyse – selvom den var forkert – og Konkurrencerådet havde truffet en afgørelse på grundlag af disse analyser. Som vi har hørt begge repræsentanter fra KFST forklare, har styrelsen i denne sag end ikke foretaget en sådan analyse.

Det tætteste, vi kommer på en egentlig vurdering, eller noget konkret, som man som forsvarer har kunnet forholde sig til, er Anklagemyndighedens noget overfladiske procedure, som vi netop har hørt. Men det forhold, at Anklagemyndigheden nærmest bare konstaterer, at PKA og Danicas fælles bud udgjorde en til formåls-overtrædelse, gør det altså ikke til en til formåls-overtrædelse. Det skal vurderes og begrundes konkret.

Og for god ordens skyld vil jeg også lige forholde mig til Anklagemyndighedens udlægning af de nævnte passager om kannibalisierung, som Anklagemyndigheden synes at mene udgør et bevis for en ulovlig markedsdeling.

Anklagemyndighedens teori om markedsdeling bygger nemlig tilsyneladende udelukkende på, at konsulenthuset Qvartz og Vidne 8 fra Danica enkelte steder i det ellers meget omfattende materiale har brugt vendingen, at man ikke vil kannibalisere i hinandens kunder eller noget tilsvarende. I den e-mail af 14. september 2017 fra Vidne 8, som er blevet fremhævet flere gange af Anklagemyndigheden fremgår dog også eksplicit, at kannibalisierung ikke ville være et 'issue'. Det har Anklagemyndigheden behændigt overset i sin procedure. Nok fordi det netop understreger, at PKA og Danica ikke var konkurrenter, hvorfor snakken om kannibalisierung heller ikke gav mening. Vidne 4 har da også eksplicit bekræftet, at det slet ikke gav mening at tale om kannibalisierung.

Men så lad os se lidt på den kontekst, som til formåls-vurderingen skal foretages i.

Som nævnt er det i den her sag vigtigt at huske på, at det drejer sig om et udbudsmarked. Udbudsmarkedet har nogle helt særlige konkurrenceretlige karakteristika, der også betyder, at incitamentsstrukturen og skadesteorien er anderledes end på et klassisk marked med mange kunder – altså hvor der ikke er tale om en konkret konkurrenceudsættelse.

Den klassiske økonomiske skadesteori i en kartelsag er, at karteldeltagerne kan hæve prisen på sine produkter for til gengæld at sælge mindre, fordi karteldeltagerne har aftalt at dele markedet mellem sig – nøjagtig som Anklagemyndigheden har redegjort for i sin procedure. Karteldeltagerne vil altså kun være villige til at indgå i en kartelaftale, hvis de er sikre på, at de kan hæve priserne, som følge af kartellet. Med andre ord, at kartellet udelukker eller stærkt begrænser konkurrencen.

Men på et udbudsmarked kan man ikke automatisk konkludere, at en konsortieaftale giver konsortiedeltagerne mulighed for at hæve priserne ved at byde sammen. Derfor kan man heller ikke konkludere, at konsortieaftalen har til formål at begrænse konkurrencen, selvom den indeholder en aftale om, hvem der udfører hvilke dele af arbejdet.

Lad mig uddybe hvorfor.

Det gælder i et udbud som dette, at man enten vinder eller taber udbuddet. Det er et såkaldt winner takes it all-marked, hvor kun det bedste bud vinder. Tilbudsgiveren ender altså helt binært med en markedsandel på enten 0% eller 100% på "markedet for den specifikke kontrakt" – her pensionsordning til Dansk Supermarkeds ansatte, medarbejdere og ledere.

Hvis den vindende tilbudsgiver er et konsortium bestående af to deltagere, så skal de to konsortiedeltagere således dele præmien – altså dele "markedet for den specifikke kontrakt". Det er altså umiddelbart en dårlig idé at indgå i et konsortium, hvis man havde en vinderchance ved at byde alene, fordi man så ville kunne have fået hele kontrakten for sig selv.

Det kan derfor kun give mening, rent rationelt, at deltage i et konsortium i ét af to scenarier.

Scenarie 1: Hvis konsortiet helt eliminerer konkurrencen om kontrakten, så kan deltagerne hver især sætte en højere pris, end hvis de afgav bud hver for sig. Herved sikrer konsortiedeltagerne sig, at de med sikkerhed vinder kontrakten. Samtidig kan de sælge deres produkter til højere priser – netop fordi de har elimineret konkurrencen. Fordelene er altså til at få øje på – hvis man et øjeblik ser bort fra, at det er ulovligt. Dette er naturligvis til skade for konkurrencen. Et eksempel på dette er Vejstribesagen, hvor LKF og Eurostar helt eliminerede konkurrencen om i hvert fald Region Hovedstaden og dermed

kunne sætte en højere pris. Højesteret fandt derfor også – hvilket var ret åbenbart – at konsortiet mellem LKF og Eurostar var ulovligt.

Men denne sag er fundamentalt anderledes. Alle aktører, som var blevet inviteret til at byde, vidste fra start, at konkurrencen aldrig kunne blive elimineret, fordi man som minimum ville være oppe imod den eksisterende leverandør PFA. End ikke teoretisk ville det derfor give mening for PKA og Danica at danne et konsortium med formålet om at begrænse konkurrencen og derigennem opnå en højere pris.

Hvad er så grunden til, at PKA og Danica gik sammen i et konsortium?

Scenarie 2: Alternativet til det ulovlige scenarie, som jeg lige har skitseret, er at konsortieaftalen derimod er et udtryk for, at deltagerne hver for sig ikke kunne lægge et konkurrencedygtigt bud. Konsortiedeltagerne kan i stedet udnytte hinandens komplementaritet og derved tilbyde kunden et langt bedre bud. Dette øger deres sandsynlighed for at vinde betragteligt og lægger dermed et markant øget konkurrencepres til gavn for konkurrencen. Det var præcis det, som skete i denne sag. PKA og Danica havde absolut 0% chance for at vinde hver især ved at lægge bud hver for sig. Men ved at gå sammen kunne det måske lade sig gøre at give et bedre bud end PFA.

Den retlige og økonomisk kontekst var altså sådan, at både PKA og Danica havde et legitimt incitament til at danne konsortiet, netop fordi konsortiet skabte mere værdi for Dansk Supermarked og bedre konkurrence end noget teoretisk solobud fra enten PKA eller Danica på enten hele eller dele af kontrakten. Og dette gør sig så meget desto mere gældende i lyset af dels PFA's markedsstyrke (om end Anklagemyndigheden ikke har ulejliget sig med at foretage en markedsafgrænsning, der er en forudsætning for opgørelsen af markedsandele) og dels det forhold, at PFA var den eksisterende leverandør, og at det derfor krævede "noget ekstra" for at vinde pga. det yderligere administrative arbejde, der altid er forbundet med et leverandørskifte – ikke mindst for en virksomhed med op imod 20.000 medarbejdere og chefer.

Den eneste tidligere erfaring man havde gjort sig – i en hel anden udbudsramme ([REDACTED]) - havde jo med al tydelighed vist, at parterne ikke var i stand til at udfordre PFA hver for sig. Hvis Anklagemyndigheden havde foretaget en konkret vurdering, ville de have konstateret, at det fælles bud ikke havde til formål at begrænse konkurrencen – det giver simpelthen ikke rationel mening i den konkrete kontekst.

Men allerede fordi de ikke har foretaget sådan en vurdering, skal de tiltalte frifindes.

4.2.3 Samarbejdet havde ikke konkurrencebegrænsende følger

Hvis det ikke kan konstateres, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, skal man se på, om aftalen har konkurrencebegrænsende følger.

Anklagemyndigheden har ikke rejst tiltale om en "til følge"-overtrædelse, så det vil jeg ikke bruge meget tid på nu her. Jeg vil nøjes med blot at konstatere, at konsortiet mellem Danica og PKA ikke begrænsede konkurrencen.

Samarbejdet bidrog derimod til at øge konkurrencen, hvilket også var hele formålet med samarbejdet. Det har vi fået bekræftet af samtlige vidner – både repræsentanterne fra PKA og Danica, men også fra både Vidne 9 og Vidne 10. Deres eneste interesse var at få skabt så meget konkur-

rence om Dansk Supermarkeds pensionsordning som muligt, så medarbejderne og lederne i Dansk Supermarked kunne få den bedst mulige pensionsordning. Repræsentanterne fra både Danica og PKA har også enstemmigt bekræftet dette.

At konkurrencen blev forbedret skyldtes, at der med konsortiet blev skabt en helt ny aktør på markedet, der kunne tage kampen op med PFA. Det har jeg allerede været inde på mange gange i min procedure, og det er også blevet bekræftet igen og igen af vidnerne. Endda også af Vidne 3, som i [REDACTED] var "jobtitel" hos PFA. Vidne 3 var derfor blandt de allernærmeste til på egen hånd at vurdere virkningen af konsortiet på konkurrencen. Vidne 3 beskrev, at konsortiedannelsen bekymrede PFA, og at PFA på den baggrund løbende skærpede deres priser, fordi man var oprigtigt bekymret for, at konsortiet ville vinde kontrakten med Dansk Supermarked.

4.3 Informations- og prisudveksling

Udover at Anklagemyndigheden mener, at PKA og Danica overtrådte konkurrencereglerne ved at aflevere et fælles bud, så er det også Anklagemyndighedens opfattelse, at det i sig selv udgjorde en overtrædelse af KRL § 6, at PKA og Danica har udvekslet information, herunder set hinandens priser i forbindelse med, at de skulle afgive det fælles bud. Ifølge Anklagemyndigheden udgør denne prisudveksling ulovlig informationsudveksling mellem konkurrenter.

Allerede fordi PKA og Danica ikke er konkurrenter, kan der ikke være tale om ulovlig informationsudveksling mellem konkurrenter.

Men selv hvis man lægger til grund, at PKA og Danica var konkurrenter, så er det både sædvanligt og nødvendigt, at virksomheder, der går sammen i et tilbudskonsortium, får indsigt i visse oplysninger om hinanden. Det er faktisk en forudsætning for at kunne arbejde sammen og levere det bedste fælles bud.

Det er endvidere både sædvanligt, nødvendigt og lovligt i fællesskab at tilrettelægge den nærmere budstrategi og forhandlingsstrategi og herunder- også prisstrategi.

Som I kan se på skærmen og af Anklagemyndighedens materialesamling side 133-134, følger det direkte af KFST's konsortievejledning under overskriften "Informationsudveksling når konsortium overvejes", at:

"Hvis det omvendt viser sig, at de mulige samarbejdspartnere ikke vil kunne udføre opgaven alene og dermed ikke kan afgive et selvstændigt bud, vil udveksling af oplysninger mellem virksomhederne udgøre informationsudveksling blandt virksomheder, der ikke er konkurrenter i forhold til den konkrete opgave. I sådanne tilfælde kan virksomhederne udveksle de oplysninger, der er nødvendige for at byde sammen og for at kunne udføre opgaven, hvis konsortiet vinder kontrakten."

Og under punkt 4.2 nedenunder, "Informationsudveksling under samarbejdet", skriver KFST:

"Virksomheder, der samarbejder i et konsortium, opnår indsigt i hinandens virksomheder. For at undgå ulovlig informationsudveksling er det vigtigt, at man begrænser udvekslingen af konkurrencefølsomme oplysninger til det, der er nødvendigt for at kunne udføre det pågældende samarbejde. Det er således ikke lovligt at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger, der rækker videre end det, der er nødvendigt for opgaven. Det kunne fx være udveksling af fremtidige priser, udveksling om virksomhedens fremtidige budstrategi eller oplysninger om virksomhedens fremtidige produktion og salg."

Det er altså fuldt ud tilladt at udveksle oplysninger – også konkurrencefølsomme oplysninger – så længe det er nødvendigt for at kunne byde sammen og udføre samarbejdet.

PKA og Danica er ikke gået videre end tilladt. Som det er forklaret af Tiltalte 1, ventede de til allersidste øjeblik med at give hinanden indblik i deres priser, netop fordi priser kan være kommercielt følsomme, også selvom man ikke er direkte konkurrenter. PKA var derfor opmærksomme på først at udveksle priser, da det var sikkert, at Danica og PKA ville afgive fælles bud. Det var derfor først på fællesmødet den 20. marts – dvs. få dage inden, de indleverede det fælles bud – at henholdsvis PKA og Danicas priser kom ind i det endelige tilbud. Men selv på dette møde drøftede de ikke som sådan priserne, hvilket blandt andet er bekræftet af Tiltalte 2.

Det var nødvendigt for PKA at se Danicas priser for at få en fornemmelse af, hvor Danica lå prismæssigt. Men PKA kunne ikke bruge Danicas priser til noget i forhold til deres egen forretning. Vidne 6 har fx forklaret, at, og jeg citerer: "Forespurgt om vidnet ville kunne gøre brug af Danica Pensions priser på chefgruppen ved vidnets beregninger på medarbejdergruppen forklarede Vidne 6, at Vidne 6 ikke ville kunne bruge priserne til ret meget, da der er tale om andre jobfunktioner, anden alderssammensætning og andre produkter. Det er dog altid svært at se andre selskabers priser mv. Det er mere af nysgerrighed og faglig interesse end fagligt brugbart."

Ikke engang "jobtitel" i PKA's pensionskasser kunne altså udlede noget af Danicas priser. Det er vanskeligt at se, hvordan andre medarbejdere som fx Tiltalte 2 eller Tiltalte 1, som ikke var "jobtitel" og derfor slet ikke har de samme forudsætninger for at forstå den forsikringsmatematik, der ligger til grund for beregningen af forsikringspriser, så skulle kunne bruge priserne til noget.

PKA kunne altså ikke anvende Danicas priser i forhold til deres egen prissætning. Danicas priser vedrørte jo produkter, som PKA slet ikke havde. Og derudover var det en anden bestand, der lå til grund for Danicas priser. Danicas priser var beregnet på baggrund af data om lederbestanden, mens PKA's priser var udregnet på baggrund af data for medarbejderbestanden. Priserne var dermed ikke sammenlignelige.

Det eneste PKA kunne udlede fra Danicas priser var, om de nogenlunde lå i den høje eller lave ende, og derfor om Danica havde gjort sig så umage for at være konkurrencedygtige, som de havde lovet. Det var nødvendigt for PKA at få bekræftet, at Danica bød ind med konkurrencedygtige priser, da man vidste, at man var oppe mod PFA. Det samlede bud kan jo i sagens natur ikke blive bedre end summen af de enkelte dele – så hvis en del var meget ugunstigt, ville det jo påvirke konkurrencedygtigheden af det samlede tilbud. Det var derfor vigtigt at både priserne på medarbejdere og lederne var så konkurrencedygtige som muligt. Vidne 2 fra Danica har da også forklaret, at det var nødvendigt for at kunne indlevere det fælles tilbud, at Danica fik en fornemmelse af PKA's priser, men at de ventede til få aftener inden tilbuddet skulle indleveres.

Det er rigtigt, at man hos PKA besluttede at hæve sine priser en smule i det endelige tilbud. Grunden til det var simpel; nemlig at man vidste, at Vidne 10 brugte sin "salamimetode". Man ville derfor være nødt til at byde ind med nogle priser, som man havde mulighed for at skære lidt af. Det var rent forhandlingsteknisk og helt sædvanligt i den slags kommercielle forhandlinger. Det var altså udtryk for en helt sædvanlig drøftelse og fastlæggelse af den fælles budstrategi.

PKA havde ikke tidligere stor erfaring med at deltage i lignende private udbud, og PKA kendte ikke Vidne 10 og hans metoder. PKA havde derfor umiddelbart beregnet deres priser ud fra, hvad de forventede at kunne byde ind med til slut. Men på mødet med Danica den 20. marts, gik det op for PKA, at de ville være nødt til at byde ind med højere priser for at have noget at forhandle med.

Det fremgår også direkte af mailen af 21. marts 2018 fra Vidne 4 til Tiltalte 1 og Tiltalte 2 [ekstrakten s. 907], at det var det, der var formålet. Her skriver Vidne 4, og jeg citerer: "Vi havde i går aftes møde med Danica. Vi fik drøftet vores fælles værditilbud og lavet en fælles strategi for vores tilbudsgivning og prisforhandling. Danica's priser er en smule højere end PKA's (det vidste vi godt, da risikoregnskabet for lederne er dårligere end for medarbejderne). For at sikre en vis ensartethed på tværs af tilbuddene, hæver vi nogle af vores priser her til start. Det er vores forventning at der bliver mindst 2 "salamimøder" med Vidne 10 og DS, hvor det vil være forventet (og taktisk klogt) at vi bringer noget til bordet. Således ender den samlede businesscase forventeligt på det niveau vi regnede i går (medsendt)"

Tanken var altså hele tiden, at PKA skulle ende på de priser, som PKA ensidigt havde beregnet i business casen, hvilket er bekræftet af Tiltalte 2.

Som både Tiltalte 2 og Tiltalte 1 har forklaret, så skulle PKA's priser gå i nul. Det betyder, at der skulle være balance mellem de forventede skadesudgifter og forventede præmie-indbetalinger på produktniveau.

PKA forsøgte at ramme deres kostpris på forsikringsydelserne, og det var også derfor, at de tilbød, at hvis medarbejderne blev mindre syge, end man havde lagt til grund i risikoregnskabet, ville et eventuelt overskud gå tilbage til medlemmerne. Det ville altså ikke komme PKA til gode at hæve priserne. Så det er svært at se skadeteorien her.

Men de kunne samtidig ikke gå under de nulpriser, de havde beregnet. Hvis PKA derfor bød ind med en for lav pris, ville PKA skulle hæve prisen igen året efter for at undgå et systematisk underskud. PKA kunne nemlig heller ikke dække et eventuelt underskud fra Dansk Supermarked med bidrag fra andre kasser. Det er ulovligt. Derfor var PKA nødt til at lægge lidt til for at have noget at forhandle med, for ellers risikerede de at stå meget dårligt i forhandlingen. Men slutpriserne ville være de samme.

Derudover er pensions- og forsikringsselskabers priser helt generelt kun i begrænset omfang konkurrencefølsomme. Finanstilsynet fører tilsyn med pensions- og forsikringsselskaber, og både PKA og Danica Pension skulle (og skal) efter lov om finansiel virksomhed, med tilhørende bekendtgørelse om anmeldelse af det tekniske grundlag (BEG nr. 932 af 4/7/2013) indberette deres beregningsmetodik til Finanstilsynet, som skal godkende. Det tekniske beregningsgrundlag er derfor tilgængeligt for alle på Finanstilsynets hjemmeside. Og generelt er der en meget høj grad af gennemsigtighed i branchen. Tiltalte 2 forklarede det meget godt, og jeg citerer ham derfor:

"[...] Indberetningen til Finanstilsynet angår bl.a. beregning af forsikring og priser, gebyrer og administrationsomkostninger. Aktuaren og den administrerende direktør underskriver og indsender til Finanstilsynet. Alle gebyrer, priser, reguleringer m.v. skal indberettes og formen for beregningsgrundlaget og maksimalgebyret. Formlen kræver indgående viden, men priser og gebyrer står i kroner og ører. Disse oplysninger offentliggøres på Finanstilsynets hjemmeside. Der findes også en såkaldt omkostningsbekendtgørelse, som regulerer aktuarens rapportering af betaling fra pensionsselskabet til mæglere. Hvis man kender risikobestanden og risikoregnskabet, kan alle bydere i princippet beregne andre selskabers nul-pris. På forsikrings- og pensionsdelen er der i princippet ikke sensitive priser, for der er så meget åbenhed. Men rabatter kan være prissensitive, og offentliggøres ikke. Der kan godt være forskel på, hvordan priser beregnes. Et forsikringsselskab måler typisk op imod selskabets egen bestand, og supplerer med tal fra Danmarks Statistik. Det er risikoregnskabet, der er vigtigt her."

Men for at opsummere, så var det ikke i strid med KRL § 6, at PKA og Danica fik indsigt i hinandens priser lige før den fælles tilbudsafgivelse – selv hvis det mod forventning måtte lægges til grund at parterne rent faktisk var konkurrenter ift. Dansk Supermarkeds udbud.

Man holdt sig nemlig til – som KFST selv skriver det i sin konsortievejledning – at "udveksle de oplysninger, der var nødvendige for at kunne byde sammen.", selv hvis man anså PKA og Danica for konkurrenter. Det er ikke selvstændigt i strid med konkurrencereglerne.

For helt kort at opsummere i forhold til KRL § 6: Anklagemyndigheden har ikke bevist, at PKA og Danica var konkurrenter, eller at der var tale om en konkurrencebegrænsende aftale, herunder at aftalen kunne kategoriseres som tilbudskoordinering, kundedeling eller ulovlig informationsudveksling. Og nu vil jeg gå videre til at dokumentere, at betingelserne i KRL § 8 under alle omstændigheder er opfyldt i denne sag.

5 Konkurrencelovens § 8

Som jeg tidligere har været inde på, består vurderingen af, om en aftale er i strid med KRL af to trin:

1. For det første skal aftalen være i strid med KRL § 6. Aftalen skal altså enten have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og
2. For det andet skal aftalen vurderes i henhold til KRL § 8. Heri ligger, at det skal undersøges, om aftalen medfører effektivitetsfordele, som kan opveje aftalens konkrete negative virkninger. Kort sagt om fordelene for forbrugerne opvejer aftalens potentielle konkrete konkurrenceskadelige virkninger.

Det betyder, at selv aftaler, som påvirker konkurrencen negativt og dermed er i strid med § 6, alligevel er fritaget via § 8, hvis aftalerne har tilstrækkelige positive virkninger.

5.1 § 8-vurdering og effektivitetsgevinster i en konsortiesammenhæng

Specifikt i forhold til konsortiesamarbejder indebærer KRL § 8, at samarbejder indgået mellem virksomheder, der selv ville kunne byde på opgaven, ikke automatisk er ulovlige. Hvis virksomhederne sammen tilbyder et bedre produkt eller en bedre service, som kommer forbrugerne til gode, fritages samarbejdet, der dermed er lovligt.

I KFST's konsortievejledning er dette beskrevet i kapitlet om effektivitetsfordele. Som I kan se på skærmen og af materialesamlingen s. 122 skriver KFST følgende:

"Hvis virksomhederne sammen kan give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis de bød hver for sig, kan samarbejdet imidlertid alligevel være lovligt, selvom virksomhederne er konkurrenter i forhold til den udbudte opgave."

De horisontale retningslinjer indeholder en tilsvarende beskrivelse af, hvordan konsortieaftalers effektivitetsgevinster skal vurderes i henhold til TEUF art. 101, stk. 3, der svarer til KRL § 8.

§ 8-forsvaret påhviler som bekendt forsvaret. Men KRL § 8 bliver først relevant, så at sige "aktiveret", når myndighederne har løftet bevisbyrden for, at KRL § 6 er overtrådt, og at aftalen dermed har en konkurrenceskadelig virkning. Forsvaret skal jo netop have mulighed for at dokumentere, at de konkrete beviste konkurrenceskadelige virkninger opvejes af andre fordele. Og at samarbejdet derfor sam-

let set ikke begrænser konkurrencen. Fordi Anklagemyndigheden ikke har løftet denne bevisbyrde eller konkret peget på, hvorfor og hvordan samarbejdet mellem PKA og Danica konkret skadede konkurrencen, er det også en lidt usædvanlig opgave for mig som forsvarer at skulle tilbagevise nogle virkninger, som jeg ret beset ikke kender til.

Når det så er sagt, vil jeg nu bruge noget tid på at gennemgå og dokumentere de effektivitetsgevinster, som konsortiet under alle omstændigheder skabte til fordel for både medarbejderne og lederne hos Dansk Supermarked og for Dansk Supermarked som organisation.

Og lad mig indledningsvist understrege, at det er faktuel forkert, når Anklagemyndigheden påstår, at PKA ikke har benyttet sig af muligheden for at påberåbe sig et effektivitetsforsvar. Allerede i PKA's straflempelsesansøgning henviste PKA til, at samarbejdet ville kunne fritages efter KRL § 8 som følge af effektivitetsgevinster. PKA har samtidig i hele bevisførelsen, herunder vidneafhøringerne fokuseret på at få dokumenteret de nævnte effektivitetsgevinster, som jeg nu én gang for alle vil gennemgå samlet og detaljeret.

Som nævnt består § 8-vurderingen af at undersøge, om konsortievirksomhederne tilsammen kunne afgive et mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis virksomhederne bød hver for sig. Dvs. om samarbejdet førte til økonomiske fordele i form af effektivitetsgevinster.

Hvad ligger der så i ordet "effektivitetsgevinster"?

Effektivitetsgevinster kan komme i mange forskellige former og varianter. Som et eksempel nævner KFST i deres konsortievejledning "nye og forbedrede produkter", og mere præcist skriver KFST, som I kan se på skærmen og af materialesamlingen s. 124, at:

"Kvalitative effektivitetsgevinster kan fx bestå i nye eller forbedrede produkter eller tjenester. Det kan fx være, at to virksomheder, der er aktive inden for den samme branche, hver især er særligt kompetente inden for nogle underområder, eller hver især besidder særlig knowhow, og dermed sammen kan levere et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de vil kunne hver for sig."

Læg her særligt mærke til formuleringen "to virksomheder, der er aktive inden for den samme branche, hver især er særligt kompetente inden for nogle underområder, eller hver især besidder særlig knowhow".

Det er svært at forestille sig to virksomheder, som passer bedre på den beskrivelse end Danica og PKA:

Begge selskaber er aktive inden for den samme branche, nemlig pensions- og livsforsikringsbranchen, men selskaberne er samtidig hver især specialiseret inden for to vidt forskellige hovedområder. Danica er et højt specialiseret kommercielt pensionsselskab med særlige kompetencer og knowhow målrettet højtlønnede medarbejdere og chefer. Personalegrupper, som stiller store krav til deres pensionsordninger i form af fx valgfrihed i deres investeringsmuligheder, privatøkonomisk rådgivning og bankydelse. Da Vidne 1 blev afhørt, forklarede Vidne 1 fx, at AMP-selskaberne slet ikke har den nødvendige produktfleksibilitet eller det nødvendige rådgivningsapparat som de kommercielle selskaber har. Dette blev også bekræftet af Vidne 2. Derudover fremgår det tydeligt af forklaringerne fra alle vidner, der repræsenterer PKA, at PKA hverken i 2017 havde eller i dag har tilsvarende produkter.

Omvendt er PKA et specialiseret AMP-selskab med mange års erfaring med at tilbyde simple, standardiserede pensionsordninger til store, ensartede overenskomstdækkede medarbejdergrupper, fx sygeplejersker, socialrådgivere, farmakonomer osv. Til lave priser. Fordi Danica er et kommercielt selskab med det simple formål at tjene penge, har Danica hverken erfaring, kompetencer eller interesse i disse målgrupper.

Hver især besidder Danica og PKA altså nogle helt særlige kompetencer og knowhow inden for forskellige komplementære underområder, hvilket netop er en af årsagerne til, at PKA og Danica tilsammen kunne afgive et langt mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis Danica og PKA havde budt hver for sig. Og netop dette samarbejde var måske eneste mulighed for at skabe et reelt alternativ til PFA, som sidder overordentlig tungt på netop dette marked.

EU Kommissionens horisontale retningslinjer har også et meget illustrativt eksempel på et konsortiesamarbejde, som opfylder fritagelsesbetingelserne. I eksemplet kan de to virksomheder endda sagtens byde alene på hele kontrakten, men fordi deres fælles bud ville være mere konkurrencedygtigt end de individuelle bud, hvad angår både pris og kvalitet, navnlig i forhold til de valgfrie produkter, som er særligt vigtige for ordregiveren, vil aftalen opfylde betingelserne i TEUF art. 101, stk. 3, svarende til betingelserne i KRL § 8.

5.2 Samarbejdet mellem PKA og Danica opfylder betingelserne i KRL § 8

Jeg vil nu gå lidt nærmere ned i de formelle, juridiske betingelser, som skal være opfyldt for, at et konsortiesamarbejde kan fritages efter § 8, og forklare helt konkret, hvorfor hver af disse fire betingelser under alle omstændigheder er opfyldt i denne sag.

Formelt set skal fire kumulative kriterier være opfyldt:

1. For det første skal virksomhederne gennem samarbejdet give et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de ville kunne hver for sig,
2. For det andet skal fordelene i rimeligt omfang komme forbrugerne til gode,
3. For det tredje må samarbejdet ikke gå længere end nødvendigt, og endelig
4. Må virksomhederne ikke kunne udelukke konkurrencen om de pågældende opgaver.

Inden jeg går videre, bemærker jeg, at hverken Anklagemyndigheden eller KFST har foretaget en vurdering efter KRL § 8. De to kontorchefer fra KFST, som har aflagt forklaring, har begge eksplicit forklaret, at KFST ikke har forholdt sig til konsortiesamarbejdets effektivitetsgevinster, og altså dermed ikke har undersøgt, om samarbejdet kunne fritages efter KRL § 8.

Fx udtalte Vidne 12, at "I tilfælde af at en aftale er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, så kan den undtages efter § 8, hvis en analyse viser, at aftalen rummer effektivitetsgevinster, der kan komme forbrugerne til gode. Men det er ikke en analyse, som styrelsen har foretaget."

Vidne 11 bekræftede også, at styrelsen alene foretog en "overfladisk vurdering", og at der ikke blev lavet "en reel undersøgelse af, om der var tale om en aftale eller et lovligt konsortium".

Anklagemyndigheden har heller ikke på noget tidspunkt berørt KRL § 8 og de tilhørende effektivitetsgevinster – ud over blot overfladisk at behandle det i deres procedure. Anklagemyndigheden har der-

imod tilsyneladende blot lagt til grund, at betingelserne ikke er opfyldt uden at forholde sig til de konkrete omstændigheder i sagen. Det fremgår ellers tydeligt af både konsortievejledningen og de horizontale retningslinjer, at der altid skal foretages en konkret vurdering af, om betingelserne er opfyldt. Vidne 11 understregede i sin afhøring, at denne type af undersøgelser normalt tager lang tid og typisk kræver større undersøgelser.

Intet af dette er dog blevet foretaget, og de effektivitetsgevinster, som PKA påberåbte sig i straflempelesansøgningen af 27. juni 2018, er derfor ikke på noget tidspunkt blevet prøvet. Anklagemyndigheden har derfor heller ikke på dette punkt løftet sin bevisbyrde.

Jeg er endvidere temmelig sikker på, at hvis KFST rent faktisk fik foreholdt sagens faktum, så ville de nå frem til at samarbejdet konkret fremmede konkurrencen – ikke at det begrænsede konkurrencen. KFST har jo selv efterlyst mere konkurrence i denne sektor – og hvis den ikke skulle komme fra samarbejder som dette, så er det svært at se, hvor den skulle komme fra.

5.2.1 Betingelse 1 – effektivitetsgevinster

Lad os starte med at se på den første af de fire betingelser, som går på, at virksomhederne gennem samarbejdet skal afgive et mere konkurrencedygtigt tilbud, end de ville kunne hver for sig.

Hvad ville PKA og Danica have gjort hver for sig? Man kan i princippet forestille sig mange alternative scenarier til konsortiesamarbejdet. Lad os fokusere på de to centrale for den konkrete situation:

- (i) at PKA og Danica hver især (i hvert fald i teorien) havde afgivet et tilbud på hele kontrakten, dvs. på både medarbejder- og ledergruppen, eller
- (ii) at PKA havde lagt et delbud på medarbejdergruppen, og at Danica havde lagt et delbud på ledergruppen uden nogen former for indledende samarbejde.

5.2.1.1 Konsortiet sammensatte det bedste fra to verdener

Hvis vi starter med at sammenligne konsortiets tilbud med det alternative hypotetiske scenarie, hvor PKA og Danica hver især havde afgivet et bud på hele kontrakten, så rammer vi ind i kernen af formålet med samarbejdet mellem Danica og PKA – nemlig at udnytte hinandens komparative fordele i form af specialistviden og specialprodukter. Altså at tilbyde Dansk Supermarked en pensionsordning, som var skræddersyet til medarbejdergruppen henholdsvis ledergruppen. Med Vidne 3 ord kombinerede PKA og Danica "det bedste fra to verdener". Og Vidne 2 forklarede fx, at "Danica og PKA hver især havde noget, som den anden ikke havde, og derfor kunne det være et stærkt partnerskab". Vidne 10 brugte analogien med en marathondløber og en 100-meter sprinter til at beskrive forskellene mellem PKA og Danica. Og jeg har selv tidligere brugt en bilanalogi til at beskrive forskellene mellem PKA og Danica.

Men hvori bestod forskellene helt konkret, og hvorfor var disse forskelle så afgørende? Som jeg allerede har været inde på mange gange, var og er PKA et specialiseret AMP-selskab. Uden at skulle gentage mig selv for meget, betyder det, at PKA tilbyder pensionsordninger til store, ensartede medarbejdergrupper på overenskomster eller overenskomstlignende vilkår, til meget lave markedspriser, der svarer til PKA's omkostninger. Dansk Supermarkeds medarbejdergruppe var et skoleeksempel på netop den type af medarbejdere. Gruppen passede derfor perfekt ind i PKA's forretningsmodel.

Som beskrevet af både Vidne 3, Tiltalte 1 og Tiltalte 2 fra PKA efterspørger denne medarbejdergruppe en billig og simpel pensionsordning. Og fordi medarbejdernes indbetalinger til deres pensionsopsparing typisk er forholdsvis lave, er det afgørende, at medarbejderne ikke betaler for en masse produkter og løsninger, som de ikke har brug for. Kort sagt at den løbende opsparing ikke bliver spist op af unødvendige administrationsomkostninger og gebyrer for produkter, som de alligevel ikke bruger.

Og her skal jeg lige erindre alle om, at sådanne gebyrer og administrationsomkostninger relativt set betyder virkelig meget for de lavtlønnede overenskomstansatte medarbejdere i Dansk Supermarked og meget vel ville spise hele opsparingen op.

Omvendt var og er Danica et specialiseret, kommercielt pensionsselskab, som fokuserer på en helt anden type medarbejdere, nemlig højtlønnede ansatte i virksomheder, som blandt andet efterspørger fleksible investeringsmuligheder, dvs. markedsrenteprodukter med stor valgfrihed, private banking og rådgivning om privatøkonomiske forhold. Fx til ansatte i banker, rådgivnings- eller advokatbranchen. Danicas pensionsordninger og -løsninger har derfor også nogle helt andre og højere prispunkter end PKA's pensionsordninger.

Og når vi taler om lige præcis forskelle i prispunkter og produkttyper mellem PKA og Danica, vil jeg fremhæve PKA's produkt, TAE Stabil, der som vi har fået forklaret, er en tab af erhvervsevneforsikring, som er særligt attraktiv for lavtlønnede, fordi den tager højde for de offentlige ydelser. TAE Stabil kan altså sælges til en langt lavere pris end almindelige tab af erhvervsevneforsikringer, da omkostningerne hertil jo selvsagt er langt lavere (for særligt lavtlønnede).

PKA kunne derfor tilbyde medarbejdergruppen i Dansk Supermarked en af markedets absolut laveste priser, hvis ikke den laveste pris, på TAE-forsikringen. Som beskrevet af blandt andet Vidne 2 havde Danica ikke et tilsvarende produkt på hylderne. Den TAE-forsikring, som Danica kunne tilbyde medarbejdergruppen ville derfor være markant dyrere, selv uden en eventuel fortjeneste på toppen. Dette blev også bekræftet af Vidne 4.

Til illustration af hvor konkurrencedygtig PKA's TAE-produkt var, vil jeg erindre om Vidne 6 afhøring, hvor notatet af 4. juli 2023 benævnt "Prisberegning" blev gennemgået. Vidne 6 forklarede, at PKA med produktet TAE Stabil kunne have tilbudt medarbejderne en pris på helt ned til [REDACTED] kr. per medarbejder per år. Altså en pris, der var markant lavere end PKA's sædvanlige "nulpris" på mere end [REDACTED] kr. per medarbejder per år. Dette var netop muligt, fordi PKA Stabil-produktet tog højde for modregningen af de offentlige ydelser. Fordi Danica ikke havde et tilsvarende produkt med modregning af de offentlige ydelser, ville Danica også skulle have sat en pris på mere end [REDACTED] kr. per medarbejder og helt op til [REDACTED] kr. per medarbejder, hvis Danica på både medarbejder- og ledergruppen skulle have genereret et nulresultat, altså hvis de kun akkurat skulle få dækning for de forventede skadesomkostninger.

Det er altså ubestridt af alle, at medarbejdergruppen hos Dansk Supermarked ville være gået glip af en relevant og meget billig forsikrings- og pensionsordning, som var skræddersyet til lav- og mellemindkomstgruppen, hvis Danica havde afgivet et bud på hele kontrakten. Helt tilsvarende ville ledergruppen hos Dansk Supermarked være gået glip af produkter og valgmuligheder, der var skræddersyet til netop deres behov, hvis PKA alternativt havde afgivet et bud på hele kontrakten.

Effektivitetsgevinsterne ved at PKA og Danica bød sammen bestod altså for det første i, at man kunne udnytte hinandens komplementaritet til at sikre, at både medarbejderne og lederne fik de absolut bedste og mest konkurrencedygtige produkter.

Vidne 10 forklarede det i sin afhøring blandt andet på følgende måde, hvor Vidne 10 brugte løber-analogien, og jeg citerer: "PKA har DNA på de overenskomstsatsatte, som ligner deres eksisterende medlemmer. PKA er meget effektive på denne type medarbejdere, og det var kardinalpunktet i konkurrencen. Danica Pension er slet ikke effektive nok på denne type medarbejdere, for deres priser er for høje. Danica Pension er 100-meter løberen, hvor PKA mere er en marathondløber. De to selskaber var stærke, hvis de slog sig sammen i udbuddet, hvor de stillede op i to discipliner."

Og videre at: "der med et samlet bud ville kunne skabes meget effektivitet, og det ville komme medarbejderne og Dansk Supermarked direkte til gode. Derfor er Vidne 10 også enormt ærgerlig over, hvor meget denne sag har kostet på konkurrencen."

I fravær af konsortiet ville Dansk Supermarked i dette scenarie skulle vælge mellem et tilbud fra Danica, hvor medarbejdergruppen altså havde betalt en alt for høj pris for avancerede opsparings- og bankprodukter, som de ikke efterspurgte, og et tilbud fra PKA, hvor lederne skulle have affundet sig med simple og mindre tidssvarende basisløsninger, som ikke levede op til deres krav og ønsker. Altså to tilbud, der hver især var mindre konkurrencedygtige end både PFA's eksisterende løsninger og konsortiets samlede tilbud.

Denne sag er derfor først og fremmest et eksempel på de effektivitetsfordele, som skabes, når to virksomheder inden for samme branche men med hver deres specialviden og knowhow byder sammen i et konsortium – præcis som fremhævet af KFST i deres konsortievejledning.

5.2.1.2 Ingen ansatte "faldt mellem to stole" og Dansk Supermarked fik 'one-point-of-contact'

Hvis vi nu vender os mod den alternative hypotetiske situation, hvor PKA havde lagt et delbud på medarbejdergruppen, og Danica havde lagt et delbud på ledergruppen uden nogen former for samarbejde.

Jeg har allerede været inde på, hvorfor dette scenarie ikke var en reel mulighed, nemlig at det var en betingelse fra Dansk Supermarked, at delbud skulle koordineres på forhånd, så der var sikkerhed for, at de to deltilbud spillede sammen. At Dansk Supermarked stillede dette krav skyldtes netop de effektivitetsgevinster, som blev skabt ved at binde tilbuddene sammen via et konsortiesamarbejde.

Særligt var der to helt klare effektivitetsgevinster, som gjorde et konsortiums tilbud langt mere konkurrencedygtigt end to særskilte delbud:

- a) Ingen ville "falde mellem to stole" i forbindelse med afgivelse af helbredsoplysninger ved interne jobskifte mellem medarbejder- og ledergruppen, og
- b) Fordelen ved 'one-point-of-contact'

Begge forhold er fremhævet af Vidne 9 og Vidne 10 i deres vidneforklaringer. Vidne 9 beskrev fx i sin forklaring, at "det ville være en fordel, at Danica og PKA bød sammen, fremfor at de bød uafhængigt af hinanden, hvis de kunne løse udfordringerne" Og med "udfordringerne" henviste Vidne 9 netop til afgivelse af helbredsoplysninger og 'one-point-of-contact'.

Og i Vidne 10 afhøring blev disse to forhold eksplicit betegnet som 'kardinalpunkter' i opgaveløsningen for Dansk Supermarked. Altså punkter, som set fra Vidne 10's og Dansk Supermarkeds perspektiv absolut skulle løses for at afgive et relevant bud.

Helt tydeligt er det også, at ingen af de to forhold kunne være løst, hvis ikke PKA og Danica var gået sammen i et konsortium forud for afgivelsen af det fælles tilbud. Der er altså tale om effektivitetsgevinster, som havde en væsentlig økonomisk værdi for Dansk Supermarked og dets ansatte, og som kun kunne realiseres via konsortiesamarbejdet.

(a) – ingen falder mellem to stole ved jobskifte (afgivelse af helbredsoplysninger)

Den første klare fordel ved konsortiet – i denne sammenhæng for medarbejderne i Dansk Supermarked – frem for to isolerede delbud var, at problematikken omkring de interne jobskifte var løst.

Lad os starte med at kigge på betydningen af de mange interne jobskifte mellem medarbejder- og ledergruppen. Vidne 9 anslog i sin vidneafhøring, at helt op til 20% af medarbejdergruppen skifter til ledergruppen. Og med Vidne 10 ord var der tale om en ekstrem jobrotation, fordi mange af de ansatte i medarbejdergruppen var unge mennesker.

Udfordringen ved de mange jobskifte bestod i at sikre, at medarbejderne ved et skifte ikke skulle betale et gebyr ved skiftet, fx gebyr for en ny helbredsattest, og ikke på ny skulle afgive helbredsoplysninger for at fastholde deres dækning for tab af erhvervsevne efter jobskiftet. Hvis ikke denne problematik blev løst, ville medarbejderen i forbindelse med et jobskifte både skulle betale for at overgå til en ny pensionsordning (der erindres her igen om, at medarbejderne i Dansk Supermarked tilhører lavtlønsgruppen, for hvem sådanne omkostninger er meget betydningsfulde – relativt til lønindkomsten) og samtidig risikere pludselig at stå uden en tab af erhvervsevneforsikring, hvis det nye forsikringsselskab ikke ønskede at forsikre medarbejderen pga. vedkommendes helbredstatus.

For bedre at forstå denne lidt tekniske problemstilling har PKA's "jobtitel", Vidne 6, udarbejdet et notat, som Vidne 6 satte nogle flere ord på i sin afhøring. Det drejer sig om notatet af 4. juli 2023, som har titlen "Fordele for de ansatte ved partnerskab mellem Danica og PKA+".

Som forklaret af Vidne 6, kunne udfordringen ved at skulle afgive helbredsoplysninger på ny få enorme konsekvenser for den enkelte medarbejders forsørgelsesgrundlag. Afgivelse af nye helbredsoplysninger indebar en risiko for, at vedkommende ikke igen kunne blive optaget på normale vilkår i TAE-ordningen pga. vedkommendes helbred på tidspunktet for jobskifte. Fx hvis vedkommende i mellemtiden havde fået dårlig ryg eller var blevet ramt af psykisk sygdom. Og uden en TAE-forsikring ville medarbejderen ikke være berettiget til compensationen fra forsikringsselskabet, hvis vedkommende mistede sit job pga. mistet erhvervsevne, fx som følge af sygdom. Fra at være garanteret en bestemt dækning fra forsikringsselskabet, ville vedkommende altså blot være berettiget til offentlige ydelser.

Vidne 6 redegjorde også for, hvorfor denne risiko faktisk var mere udtalt, end man måske lige skulle tro. Alle medarbejdere, der blev forfremmet til ledergruppen, ville være tvunget til at afgive helbredsoplysninger på ny og dermed risikere at miste sin dækning. Selv hvis man blev forfremmet til ledergruppen uden en lønstigning, ville man altså skulle afgive nye helbredsoplysninger, hvis man skulle skifte fra PKA's TAE Stabil til Danica traditionelle TAE-dækning.

Og den fælles brancheløsning "Jobskifteordningen" var ikke tilstrækkelig til at håndtere udfordringerne. Dette blev også forklaret af Vidne 6 og desuden bekræftet af Vidne 10, som understregede, at der ikke fandtes en tilstrækkelig brancheløsning om afgivelse af helbredsoplysninger til at håndtere de interne jobskifte.

Det var altså en nødvendighed at PKA og Danica talte sammen og i fællesskab fandt en løsning, der sikrede, at medarbejderne var garanteret automatisk at overgå til den nye TAE-ordning uden risiko for ikke at kunne blive optaget.

Denne problemstilling var altså ikke blot en teknikalitet. Det var velkendt i hele branchen, at to-selskabsmodellen uden et samarbejde mellem de to pensionsselskaber havde dette indbyggede problem. Vidne 10 beskrev i sin afhøring, at: "Hele branchen var ved at gå i stå, for der var ikke leverandøraftale om at modtage de dårlige liv på dette tidspunkt."

Altså at der ikke fandtes nogen foranstaltninger eller regulering, der sikrede, at personer med et svækket helbred, såkaldte "dårlige liv" med et mindre pænt ord, var garanteret at blive optaget i en ny forsikringsordning ved et internt jobskifte.

Med Vidne 10's ord var Danica og PKA derfor: "tvunget til at tale om dette og skabe løsninger" og "det var et stort problem, som de måtte løse i forbindelse med udbuddet, hvis der blev indgået delaftaler i stedet for at én enkelt leverandør tog hele ordningen".

Denne problemstilling kunne altså ikke have været løst, hvis PKA og Danica hver for sig havde afgivet et delbud uden et forudgående samarbejde. Med andre ord muliggjorde samarbejdet mellem PKA og Danica, at der kunne afgives et betydeligt mere konkurrencedygtigt tilbud, end hvis Danica og PKA havde budt hver for sig.

(b) – Fordelen ved 'one-point-of-contact'

Den anden klare fordel ved konsortiet – i denne sammenhæng for Dansk Supermarked som virksomhed – frem for to isolerede delbud var, at problematikken omkring kommunikation mellem Dansk Supermarked og pensionsleverandørerne også ville blive løst, den såkaldte 'one-point-of-contact-problematik'. Heri lå som fremhævet tidligere, at Dansk Supermarked kun ville have én indgang til den samlede pensionsordning, som Dansk Supermarked kunne rette alle deres henvendelser til, og som tog ansvaret for den samlede aftale, og som havde det fulde overblik over ordningen.

Vidne 9 fremhævede allerede dette, da Vidne 9 deltog i et møde med Danica d. 4. december 2017, hvor der blandt andet blev drøftet fordele og ulemper ved Dansk Supermarkeds nuværende set-up med PFA. Her blev det fremhævet, at det var nemmere organisationsmæssigt og kommunikativt kun at have én indgangsvinkel, som man var vant til med PFA. Dette punkt var endda så vigtigt for Dansk Supermarked, at det blev skrevet ind i de endelige udbudsmateriale, at Dansk Supermarked som udgangspunkt ønskede én hovedleverandør.

Under Vidne 9's vidneforklaring gentog Vidne 9, at dette gjorde administrationen og kommunikationen lettere. Den løbende administration og informationsudveksling mellem Dansk Supermarked og pensionsselskabet indgik desuden som et særskilt evalueringskriterie i udbudsmaterialet, og Vidne 9 uddybede i sin vidneforklaring, at aftalen skulle være "let og smidig" at administrere.

Vi har også hørt fra Vidne 10, at 'one-point-of-contact' udgjorde en betydelig effektivitetsgevinst ved et samlet bud fra PKA og Danica, hvor der blev samarbejdet om blandt andet dette punkt. Helt konkret ville én indgangsvinkel frem for to betyde en direkte omkostningsbesparelse for Dansk Supermarked, der kunne spare løntimer til papirarbejde og bureaukrati i forbindelse med kommunikation mellem ansatte og pensionsselskaberne. Men derudover kunne PKA og Danica nøjes med færre ansatte til at behandle skadesanmeldelser, udarbejde rapporter og pleje kundeforholdet til Dansk Supermarked, hvilket kunne komme tilbage til Dansk Supermarked gennem lavere priser.

Igen er der tale om en problemstilling, som ikke kunne have været løst, hvis PKA og Danica hver for sig havde afgivet et delbud uden et forudgående samarbejde, fordi der (selvsagt) dermed ville have været to indgangsvinkler for Dansk Supermarked.

5.2.1.3 Konsortiet forbedrede konkurrencen

Endelig vil jeg fremhæve den måske største og vigtigste effektivitetsgevinst ved konsortiesamarbejdet, som bestod i, at konkurrencen blev forbedret, fordi der blev skabt en ny aktør, som kunne tage konkurrencen op med PFA. Jeg har allerede været inde på dette mange gange, men fordi det er så centralt, tillader jeg mig at gentage.

Som vidnerne tydeligt har beskrevet, pressede samarbejdet mellem PKA og Danica PFA til at sænke deres priser og forbedre deres vilkår. Dette i sig selv udgør en meget væsentlig effektivitetsfordel ved samarbejdet. Og som yderligere dokumentation for denne konkurrenceskabende effekt vil jeg igen henvise til de beregninger, som eksperterne Vidne 6 og Vidne 10 har foretaget for at kvantificere, hvor meget Dansk Supermarked kunne have sparet pga. PKA's lavere priser ved at vælge konsortiet frem for PFA. Beregningerne viser dermed også, hvor stort et konkurrencepres konsortiet lagde på PFA.

Vidne 6 har fx i sit notat af 4. juli 2023 med titlen "Økonomisk værdi af tilbud for Salling Groups medarbejdere" vist, at det allerede efter ■ år har kostet Dansk Supermarkeds medarbejdere samlet set mere end ■ kr. at fortsætte med PFA i stedet for at skifte til PKA. Efter ■ år vil det have kostet omkring ■ kr. Der er altså tale om meget store beløb – ikke bare samlet set men også for den enkelte medarbejder. For en 30-årig medarbejder svarer besparelsen ved PKA's ordning til ca. ■ års indbetalinger.

Lad os lige holde fast i det tal i et øjeblik. En medarbejder kunne altså have opnået samme pensionsformue med ■ år mindre på arbejdsmarkedet, hvis vedkommende havde haft sin pensionsordning hos PKA via konsortiet – i de sidste ■ år. Effekterne vil kun stige over tid, hvis man fortsætter i PFA. Vi taler om butiksansatte, som for størstedelens vedkommende har et hårdt fysisk arbejde gennem hele deres arbejdsliv. Medarbejdere som er i høj risiko for fysisk nedslidning. Værdien af ■ års pensionsindbetalinger kan derfor på ingen måde undervurderes. Denne besparelse hos medarbejdergruppen kom ovenikøbet sammen med et værditilbud fra Danica til ledergruppen, der tilgodeså deres individuelle behov for helhedsøkonomisk rådgivning og specialiserede investeringsmuligheder langt bedre end PFA's ordning, da Danica naturligvis har et samarbejde med Danske Bank og flere muligheder for investeringer end PFA – endda helt ned til navngivne aktivklasser.

Vidne 6 beregning understøttes også af Vidne 10, som forsigtigt anslog, at medarbejderne i hvert fald havde tabt ■ kr. efter de første ■ år alene som følge af PFA's "gebyrmølle". Og det var uden at konsortiet var igennem Vidne 10's salamimetode, der alt andet lige ville have reduceret priserne yderligere, med en endnu større økonomisk forskel til følge. Her vil jeg igen minde om, at ■ kr. kan mærkes hos en gruppe ansatte, der indbetaler ■ kr. til pension om året i gennemsnit, mange betydeligt mindre. Der kan derfor på ingen måde herske tvivl om, at konsortiets bud var ekstremt konkurrencedygtigt, og at det derfor skærpede konkurrencen og pressede PFA til at tilbyde bedre priser og vilkår. Dette i sig selv udgør en helt central effektivitetsgevinst.

Uanset at både Vidne 9, Vidne 10, Vidne 6 og endda en repræsentant fra PFA har bekræftet og dokumenteret ved hjælp af beregninger, at PFA's priser og vilkår blev forbedret som en direkte konsekvens af samarbejdet mellem PKA og Danica, har Anklagemyndigheden i sin procedure postuleret, at der ikke synes at være en årsagssammenhæng mellem faldet i priserne hos PFA og den skærpede konkurrence fra samarbejdet mellem PKA og Danica. Anklagemyndigheden har dog ikke ulejliget sig med at underbygge disse synsninger, som derfor fremstår udokumenterede og i modstrid med alt, hvad der er blevet sagt og lagt frem i sagen.

Anklagemyndigheden har desuden anført, at Vidne 9 og Vidne 10's udsagn om, at konkurrencen er blevet forbedret skulle være udokumenterede og ikke mulige at efterprøve. Her vil jeg erindre Retten om, at det netop var muligt at efterprøve disse forhold, og at forsvaret derfor gentagne gange har anmodet om at få indsigt i Dansk Supermarkeds priser og vilkår hos PFA. Anklage-myndigheden har dog modsat sig dette og dermed effektivt set selv aktivt forhindret forsvaret i at indhente vigtig dokumentation. Og når forsvaret brugte så mange processuelle kræfter på at få disse oplysninger frem, var det netop fordi, oplysningerne var helt centrale for at underbygge, at konsortiet pressede PFA til at sænke sine priser.

Det kan derfor ikke komme de tiltalte til last, at Anklagemyndigheden bevidst har afskåret forsvaret fra at indhente PFA's priser og vilkår som yderligere dokumentation til støtte for effektivitetsforsvaret. Derimod bør det resultere i processuel skadevirkning, og Retten skal derfor lægge forsvarets forklaringer og øvrig dokumentation til grund for Rettens vurdering. Enhver berettiget tvivl bør komme de tiltalte til gode – som det altid er tilfældet inden for strafferetsplejen.

Vi kan altså konkludere, at den første af de fire betingelser med sikkerhed og til fulde er opfyldt.

5.2.2 Betingelse 2 – fordele for forbrugerne

Lad os gå videre til den anden betingelse, som indebærer, at fordelene i rimeligt omfang kommer forbrugerne til gode.

Her skal man bemærke, at begrebet 'forbrugerne' i bred forstand omfatter aftagerne af produktet eller ydelsen, som konsortiesamarbejdet vedrører.

I den her sag var det altså både ordregiver i form af Dansk Supermarked og Dansk Supermarkeds ansatte, som skulle have fordel af effektivitetsgevinsterne.

Der kan på nuværende tidspunkt ikke herske nogen tvivl om, at alle de fordele, som jeg lige har været inde på, kom både Dansk Supermarked og Dansk Supermarkeds ansatte direkte til gode. Jeg vil derfor ikke bruge så lang tid på dette, men nøjes med at opsummere at:

- Udnyttelsen af PKA og Danicas komparative fordele ubetinget og helt entydigt gav Dansk Supermarkeds ansatte en enorm fordel. Medarbejdergruppen og chefgruppen ville få det bedste fra to verdener og dermed en samlet set langt mere attraktiv pensionsordning: Lavere priser og mere relevante produkter til medarbejderne og flere valgmuligheder, bedre rådgivning og mere fleksible investeringsmuligheder til cheferne.
- Kigger vi på gevinsten knyttet til de mange interne jobskifte og afgivelse af helbredsoplysninger, er det også evident, at det forhold, at PKA og Danica bandt deres to deltilbud sammen i et konsortium, kom Dansk Supermarkeds ansatte, særligt medarbejdergruppen, til gode. Helt konkret betød det, at ansatte i Dansk Supermarked dermed ikke risikerede at miste en stor del af deres forsørgelsesgrundlag, hvis de skiftede job og efterfølgende blev ramt af sygdom. Her er der igen tale om en meget væsentlig fordel, som kom Dansk Supermarkeds ansatte direkte til gode.
- At PKA og Danica bandt deres to deltilbud sammen i et konsortium løste også Dansk Supermarkeds ønske om 'one-point-of-contact'. Denne fordel kom først og fremmest Dansk Supermarked som organisation til gode, fordi det gjorde den samlede pensionsordning lettere at håndtere og administrere internt i organisationen og dermed sparede Dansk Supermarked for en række ekstra administrationsomkostninger og gjorde kommunikationen lettere.

- Effekten af den forbedrede konkurrence kom også entydigt Dansk Supermarkeds ansatte til gode, som nu de facto har en bedre aftale med PFA, end de ellers ville have fået, hvis konsortiet ikke havde presset PFA til at sænke deres priser og generelt give et bedre tilbud, selvom det endte som det gjorde.

Derudover er det vigtigt at huske på, at PKA er medlemsejet, og at ejerne, som også er medlemmer, derfor ikke har en interesse i – ja, ikke en gang en mulighed for – at sætte høje priser og generere et overskud til selskabet. I det hypotetiske scenarie, hvor PKA som en del af konsortiet kunne have hævet sine priser, så de oversteg PKA's forventede udgifter til skadesudbetaling, ville PKA blot skulle tilbagebetale overskuddet fra en sådan prisstigning til medlemmerne, altså medarbejderne hos Dansk Supermarked, i det følgende år. Der var altså ikke engang teoretisk nogen fordele, som ikke ville gå direkte til forbrugerne.

Derfor savner det også mening, når Anklagemyndigheden fremhæver, at samarbejdet skulle have ledt til højere priser. Anklagemyndigheden misser fuldstændigt, at PKA ikke kan hæve sine priser op over sine omkostninger uden samtidig at skulle tilbagebetale denne merpris til sine medlemmer. Derudover overser Anklagemyndigheden helt den konkrete retlige og økonomiske kontekst, som konkurrencen udspillede sig i, nemlig et budmarked, hvor det eneste man får ud af at hæve sine priser er samtidig at forringe chancerne for overhovedet at vinde, eftersom PFA under alle omstændigheder, som en super dominerende spiller på markedet, vil afgive et konkurrencedygtigt tilbud.

Endelig gælder mere generelt, at jo lavere markedsandel, konsortiedeltagerne har, jo mere sandsynligt er det, at effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode. Som vi har set, udgjorde PKA+'s markedsandel på et overordnet pensionsmarked tæt på 0%. Det er derfor helt utænkeligt, at effektivitetsgevinsterne ikke ville komme forbrugerne til gode.

Betingelse 2 er derfor også uden tvivl opfyldt.

5.2.3 Betingelse 3 – Nødvendige begrænsninger

Den tredje betingelse skal sikre, at samarbejdet ikke går længere end nødvendigt. Med andre ord at samarbejdet ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som ikke er nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne.

Samarbejdet mellem PKA og Danica indebar alene en aftale om, at hver part bød ind på den del af aftalen, som de hver især havde kompetencerne til at løse konkurrencedygtigt. PKA og Danica havde forud for tilbudsafgivelsen desuden aftalt at løse de udfordringer, som både Dansk Supermarked og Vidne 10 havde peget på som kardinalpunkter. Det vil altså sige håndteringen af interne job-skifte i forhold til gebyrer og afgivelse af helbredsoplysninger og 'one-point-of-contact'. Dvs. at der kun blev samarbejdet om forhold, som var strengt nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne.

PKA og Danica pålagde derimod ikke hinanden nogen former for indbyrdes begrænsninger. Hverken i tid eller omfang. Man havde ikke forpligtet sig til ikke at indgå andre samarbejder.

Betingelse 3 er derfor også uden tvivl opfyldt.

5.2.4 Betingelse 4 – Ingen udelukkelse af konkurrencen

Den fjerde og sidste betingelse går på, at samarbejdet ikke må kunne udelukke konkurrencen om de pågældende opgaver.

Her vil jeg starte med igen at understrege, at konsortiet ikke havde en konkurrencebegrænsende virkning, men derimod en konkurrenceskabende virkning. Som jeg allerede har gentaget mange gange, blev der med konsortiet skabt en ny konkurrencedygtig aktør, som kunne udfordre den eksisterende leverandør PFA. Det har vi fået bekræftet af både Vidne 10, Vidne 9 og af repræsentanter fra både PFA og Danica. I fravær af samarbejdet mellem PKA og Danica ville der derfor have været ét færre konkurrencedygtigt tilbud at vælge mellem for Dansk Supermarked.

Fordi samarbejdet ikke begrænsede konkurrencen i den konkrete konkurrenceudsættelse, kan der heller ikke på nogen måde siges at være sket en udelukkelse af konkurrencen på et mere overordnet plan på det relevante marked for pensionsordninger.

Det giver derfor ikke mening at tale om, hvorvidt og i hvilket omfang konsortiet kunne udelukke konkurrencen, når konsortiet entydigt forbedrede konkurrencen.

Men for fuldstændigheden skyld vil jeg alligevel kort gennemgå de forhold, som der typisk ses på under dette punkt.

Generelt gælder, at jo lavere markedsandel, konsortiedeltagerne tilsammen har, jo mindre vil sandsynligheden være for, at konsortiesamarbejdet udelukker konkurrencen. Det er desuden relevant at se på, hvem de øvrige tilbudsgivere var.

Lad mig starte med at gentage, at Anklagemyndigheden tidligere har dokumenteret, at PKA+'s "markedsandel" på et overordnet (men ikke nærmere defineret) marked var 0%. Af den grund alene er det utænkeligt, at konsortiesamarbejdet kunne udelukke konkurrencen.

Helt overordnet gælder desuden, at for at der kan ske en udelukkelse af konkurrencen eller en skade på konkurrencen, skal de to konsortiedeltagere lægge et konkurrencepres på hinanden. Jo større det indbyrdes konkurrencepres er mellem virksomhederne, dvs. jo tættere konkurrenter virksomhederne siges at være, desto større skadevirkning kan der potentielt opstå. Sådanne skadevirkninger vil typisk være højere priser eller lavere kvalitet.

Fordi PKA og Danica hver især er specialiserede inden for forskellige typer af pensionsordninger, lægger de ikke et konkurrencepres på hinanden. PKA og Danica anså slet ikke hinanden for at være konkurrenter – hverken generelt set eller i forhold til Dansk Supermarkeds pensionsordning. Det har vi fået bekræftet utallige gange fra alle sider. Samarbejdet mellem PKA og Danica havde derfor slet ikke potentialet til at skade konkurrencen.

Mere konkret i forhold til konkurrenceudsættelsen af Dansk Supermarkeds pensionsordning, vil jeg også fremhæve, at PFA, som sad på kontrakten forud for udbuddet, var den absolut markedsledende inden for pensionsordninger til detailsektoren. Det er netop fordi de er nogle af de eneste, der kan både lidt af det Danica er gode til og lidt af det PKA er gode til. Konsortiet udelukkede derfor heller ikke konkurrencen i den forstand, at Dansk Supermarked var tvunget til at vælge konsortiet, fordi der ikke var andre tilbudsgivere at vælge imellem. Både Virksomhed 1 og Virksomhed 4 afgav tilbud, og konkurrencen fra særligt Virksomhed 1 var enorm.

PFA var bogstavelig talt skrevet ind i HK Handel-overenskomsten for detailbranchen, hvor det fremgår, at medmindre andet er aftalt, skal pensionsordningen etableres hos PFA. Derudover er der markante omkostninger forbundet med et leverandørskifte for kunden – her Dansk Supermarked. Hovedreglen var altså, at PFA var leverandør af pensionsordninger til Dansk Supermarked, og der skulle derfor noget ekstra til i form af lavere priser og bedre vilkår, hvis PKA og Danica skulle have succes med at vinde kontrakten fra PFA. Både HK Handel og Dansk Erhverv havde endda begge repræsentanter i

PFA's bestyrelse, og Vidne 3 som på daværende tidspunkt var "jobtitel" i PFA forklarede, at det blev anset som et politisk vigtig udbud, og at det var et såkaldt "must-win-battle".

PKA og Danica kunne derfor ikke sætte en høj pris eller forringe kvaliteten i deres fælles tilbud, fordi de vidste, at deres tilbud ville være i skarp konkurrence med PFA. Vidne 9 forklarede også, at det er en stor øvelse at skifte pensionsleverandør, og at Dansk Supermarked ikke var utilfredse med PFA. Hvis Dansk Supermarked havde modtaget et tilbud, som var på linje med PFA's priser og vilkår, ville man blot have fastholdt PFA som leverandør. Der skulle altså noget særligt til, og en ny leverandør skulle komme med noget mere eller andet attraktivt for, at Dansk Supermarked ville skifte leverandør.

Der er altså ingen konkrete omstændigheder, som understøtter, at konsortiesamarbejdet på nogen måde kunne have skadet eller udelukket konkurrencen om Dansk Supermarkets pensionsordning. Igen vil jeg drage en (omvendt) parallel til Vejstribesagen, hvor konsortiet netop i (i hvert fald) Region Hovedstaden decideret udelukkede konkurrencen, fordi der her ikke var nogen konkurrenter, som havde lagt et bud. Altså havde ordregiveren ingen andre valgmuligheder end at gå med konsortiet i Region Hovedstaden. Det var som bekendt ikke tilfældet i den her sag, hvor der både var bud fra Virksomhed 1 og Virksomhed 4.

Hvis vi tager udgangspunkt i, at Virksomhed 1 og Virksomhed 4 bød som de eneste udover PKA og Danica, ville der dermed aldrig i noget scenarie have været mere end 3 konkurrerende bud på hverken hele eller dele af kontrakten. Og dermed er konkurrencen ikke blevet reduceret.

5.3 Opsummering

Lad mig kort opsummere. Samarbejdet mellem PKA og Danica forbedrede konkurrencen ved (1) at tilbyde Dansk Supermarked det bedste fra to verdener, (2) at sikre at ingen faldt mellem to stole ved interne jobskifte, (3) at tilbyde 'one-point-of-contact', og (4) ikke mindst at forbedre konkurrencen om Dansk Supermarkets pensionsordning væsentligt. Konsortiets bud var derfor utvivlsomt bedre end, hvad PKA og Danica hver især kunne have tilbudt.

Alle disse fordele tilfaldt samtidigt forbrugerne, samarbejdet gik ikke længere end nødvendigt, og konkurrencen blev samtidig forbedret – ikke udelukket. Aftalen kan derfor individuelt fritages efter KRL § 8.

Afslutningsvis vil jeg blot henvise til tidligere praksis fra Konkurrencerådet, nemlig catering-sagen, hvor en aftale mellem to cateringfirmaer blev individuelt fritaget efter KRL § 8, netop fordi samarbejdet sikrede, at der kom en ny aktør på markedet, som ikke ellers ville have været til stede, og dermed en øget valgmulighed for kunderne – meget lig i den her sag. I catering-sagen opererede de to cateringfirmaer hovedsageligt på hver sin side af Storebælt og komplementerede derfor hinanden geografisk, men konkurrerede produktmæssigt. Sagen gik på, om de lovligt kunne byde sammen på kontrakter, der krævede, at man kunne levere catering landsdækkende, og altså dele kontrakten geografisk mellem sig.

Konkurrencerådet fandt, at der var tale om et horisontalt markedsføringssamarbejde i strid med KRL § 6, men at samarbejdet kunne individuelt fritages efter KRL § 8.

Rådet fremhævede i den forbindelse – som I kan se i den supplerende materialesamling på s. 278 og på skærmen:

"Som tidligere nævnt opererer de fleste grossister på dette marked inden for en vis geografisk afstand af deres virksomheds beliggenhed, og der eksisterer kun få virksomheder, der aktuelt eller potentielt har den nødvendige kapacitet til at byde ind på store landsdækkende kunders udbud af leverancerne.

Selv om det er styrelsens vurdering, at der kan rejses berettiget tvivl, om samarbejdet objektivt set er nødvendigt for, at parterne – især OVIC – selv vil kunne levere til landsdækkende kunder, bør aftalen efter styrelsens opfattelse ses i lyset af denne markedsstruktur.

Dertil kommer, at det er tvivlsomt, at en ophævelse af aftalen ville betyde, at både OVIC og Schulz ville eller kunne agere hver for sig, så der dermed kom endnu en aktør på banen.

Således som markedet ser ud i dag, er det derfor styrelsens opfattelse, at samarbejdet sikrer, at der findes en ekstra spiller på markedet, der kan øge konkurrencen om leverancerne til de landsdækkende kunder og dermed styrke effektiviteten i distributionen af cateringvarer."

Rådet så altså på de konkrete markedsstrukturer og vurderede, at samarbejdsaftalen var lovlig, fordi den sikrede øget konkurrence på et marked, hvor der ellers kun var få aktører, der havde kapacitet til at levere. Konkurrence, som kun tvivlsomt ville have været der uden samarbejdsaftalen.

Det svarer jo næsten 1:1 til den her sag. Helt tilsvarende i catering-sagen komplementerer Danica og PKA hinanden – her dog ikke geografisk men på produktsiden – hvilket betyder, at de tilsammen kunne tilbyde øget valgmulighed og dermed et bedre produkt til Dansk Supermarked. Og ved at gå sammen tilføjede de en ekstra spiller til konkurrencen, som ikke bare tvivlsomt ville, men utvivlsomt ikke ville, have været der uden det fælles konsortium.

Jeg vil nu gå videre til at behandle Anklagemyndighedens bødepåstand og forklare, hvorfor bødepåstanden tager udgangspunkt i en række forkerte antagelser og desuden er udmålt forkert.

Men først vil jeg kort komme ind på spørgsmålet om tilregnelse.

6 Tilregnelse

For de tiltalte har under alle omstændigheder ikke haft den fornødne tilregnelse til at overtræde KRL.

Der har utvivlsomt ikke været forsæt, for som vi har fået forklaret var hele formålet med samarbejdet jo at skabe konkurrence, ikke at begrænse den.

Og der kan heller ikke være tale om grov uagtsomhed. I kravet om uagtsomhed ligger generelt, at den pågældende har tilsidesat den agtpågivenhed, som kan kræves af vedkommende under de givne forhold. Målestokken i uagtsomhedsbegrebet er individuel i den forstand, at der skal tages hensyn til den handlendes situation og hans personlige forudsætninger for at kunne erkende situationen og handle derefter. KRL § 23, stk. 1, stiller krav om grov uagtsomhed, som må afgrænses over for simpel uagtsomhed, der ikke er strafbart i konkurrencelovens forstand. Grov uagtsomhed kræver, at der er udvist en særligt høj grad af uagtsomhed, dvs. at man helt klart har afvejet fra den standard for pligtmæssig optræden, man sædvanligvis kunne tænkes at skulle leve op til.

Og det er ikke bare et spørgsmål om kendskab til reglerne, som Anklagemyndigheden forsimplet fremfører. Hverken PKA eller Danica vurderede ud fra deres kendskab til markedet, at de var konkurrenter i forhold til Dansk Supermarkeds udbud. Derfor var der ikke et problem.

Parterne kan jo ikke selv lave de omfattende markedsanalyser, som KFST kan, herunder fx høringer af kunder og konkurrenter. Så det, der må forventes, er, at man laver en vurdering ud fra den viden, man har. Netop det gjorde man – og den vurdering var, at man ikke var konkurrenter.

Og som omfanget af denne sag er et tydeligt eksempel på, så er grænsen mellem hvornår der er tale om lovlige (konkurrencefremmende) konsortiesamarbejder og ulovlige (konkurrencebegrænsende) karteller, på ingen måde klar. Med andre ord burde de tiltalte ikke have vidst, at det her var et problem.

Men det vil mine kollegaer her komme meget mere ind på.

Jeg vil nu gå videre til at behandle Anklagemyndigheden bødepåstand.

7 Bødeberegning

Anklagemyndighedens nedlagte bødepåstand lyder på 12 mio. kr. til hver af PKA A/S og PKA+. Det vil sige i alt 24 mio. kr.

Allerede nu vil jeg påpege, at Anklagemyndigheden har opgjort deres bødepåstand i strid med ne bis in idem-princippet, og dermed lagt op til at straffe PKA+ og PKA A/S for det samme forhold to gange. Det går selvsagt ikke – hverken juridisk eller matematisk. Men det kommer jeg ind på senere.

De nedlagte bødepåstande er herudover baseret på en række forkerte antagelser og forhold, der resulterer i, at beløbene er helt ude af proportioner. De forhold vil jeg bruge den sidste del af min procedure på at behandle, men overordnet er der tale om at:

- 1) PKA+ og PKA A/S er ikke koncernforbundne
- 2) PKA A/S har ikke medvirket til PKA+'s eventuelle overtrædelse af KRL
- 3) Det fælles tilbud udgjorde ikke et kartel
- 4) Bødepåstanden baserer sig på det forkerte omsætningsbegreb

Nu vil jeg så dykke ned i de enkelte forhold.

7.1 PKA+ og PKA A/S udgør ikke en koncern

Anklagemyndigheden har for det første lagt til grund, at PKA+ og PKA A/S udgør en koncern. Denne antagelse er forkert, og det vil jeg nu uddybe.

7.1.1 PKA A/S og PKA+ indgår i et administrationsfællesskab – ikke i en koncern

PKA A/S er et administrationsselskab, der er ejet af pensionskasserne Pensionskassen for socialrådgivere, socialpædagoger og kontorpersonale, Pensionskassen for sundhedsfaglige og Pensionskassen for sygeplejersker og lægesekretærer, og PKA A/S har til formål at administrere de enkelte pensionskasser. Vi kan se ejerstrukturen her på skærmen, samt hvem der sad i bestyrelsen og direktionen i de to selskaber i perioden medio 2017 til medio 2018, som er den periode, der er nævnt i tiltalen.

Pensionskasserne er ejet af medlemmerne, dvs. opsparerne. Fx ejer sygeplejerskerne og lægesekretærerne Pensionskassen for Sygeplejersker og lægesekretærer osv.

PKA+ er på linje med PKA A/S ejet af Pensionskassen for socialrådgivere, socialpædagoger og kontorpersonale, Pensionskassen for sundhedsfaglige og Pensionskassen for sygeplejersker og lægesekretærer.

Det er dermed ikke PKA A/S, der hverken direkte eller indirekte ejer PKA+, eller omvendt. Begge selskaber er ejet af pensionskasserne, men ingen af pensionskasserne har kontrol over hverken PKA A/S eller PKA+, hvilket ville være tilfældet, hvis de udgjorde en koncern.

PKA A/S og PKA+ indgår derimod i et administrationsfællesskab. Administrationsfællesskaber er et anerkendt og sædvanligt anvendt organiseret samarbejde mellem pensionskasser og/eller livforsikringsselskaber vedrørende administration af alle eller en del af aktiviteterne. Det er meget udbredt særligt i pensions- og forsikringsbranchen at organisere sig i administrationsfællesskaber, og sådanne fællesskaber er i fuld overensstemmelse med lov om finansiel virksomhed og i øvrigt indgående reguleret i Outsourcingbekendtgørelsen.

7.1.2 KFST's egne analyser viser, at der ikke er en koncernforbindelse

KFST har faktisk selv redegjort for dette i deres analyse af pensionsmarkedet fra december 2019. Hvis man ser på figur 2.18, som jeg har vist på skærmen, er der en oversigt over pensionsselskaber. Her kan man – som vi tidligere har bemærket – se PKA under AMP-selskaber. Men det, som jeg vil fremhæve her, er den ring, der er tegnet rundt om PKA. Den viser nemlig, at der er tale om et administrationsfællesskab.

I note 3 til figuren står der uddybende, som I også kan se på skærmen, at:

"P+ og PKA kan betegnes som rene administrationsfællesskaber. FORCA sælger diverse administrationsydelser og er ejet af PKA, PBU og Lærernes Pension. Kunderne hos FORCA kan således købe forskellige elementer af administrationen og i varierende omfang."

Man kan også se, at nogle af de andre selskaber er forbundet med streger – fx Danica og SEB Pension. Stregerne angiver, at selskaberne er koncernforbundne. Og her vil jeg så for god ordens skyld bemærke, at der ikke er streger mellem selskaberne i PKA-administrationsfællesskabet.

Generelt sonderer KFST i sin analyse mellem pensionsselskaber, der er indbyrdes forbundet via administrationsfællesskaber, hvor parterne blot deler administrationsomkostninger mv., og pensionsselskaber, hvor parterne reelt er koncernforbundne fx som følge af en fusion, hvor der er sker et reelt kontrolskifte.

Tabel 6.1 i analysen indeholder en oversigt over "Oprettede administrationsfællesskaber og fusioner for AMP siden 2005" (side 200). Her ses det, at PKA er oprettet i 2008 som et administrationsfællesskab bestående af PKA+, Pensionskassen for Sygeplejersker og Lægesekretærer, Pensionskassen for socialrådgivere, socialpædagoger og kontorpersonale og Pensionskassen for sundhedsfaglige, som er administreret af PKA A/S.

I tabellens højre kolonne kan man derimod se, at nogle af pensionskasserne i PKA efterfølgende er fusioneret. I 2011 fusionerede flere pensionskasser (Pensionskassen for Bioanalytikere, Pensionskassen for Sundhedsfaglige, Pensionskassen for Jordemødre, Pensionskassen for Kost- og Ernæringsfaglige, Pensionskassen for Ergo terapeuter og Fysioterapeuter) og blev til det, der nu er Pensionskassen for Sundhedsfaglige. I 2014 var der to fusioner i PKA-fællesskabet:

- 1) Pensionskassen for Sygeplejersker fusionerede med Pensionskassen for Lægesekretærer og blev til Pensionskassen for Sygeplejersker og Lægesekretærer, og

- 2) Pensionskassen for Socialrådgivere og Socialpædagoger fusionerede med Pensionskassen for Kontorpersonale, og det blev til Pensionskassen for Socialrådgivere, socialpædagoger og kontorpersonale

I tilknytning til den tabel bemærker KFST følgende på analysens side 199, og jeg citerer: "En række AMP-selskaber er desuden fusioneret, jf. tabel 6.1. Denne konsolidering kan bl.a. være drevet af et ønske om at udnytte stordriftsfordele ved at have en større bestand af kunder og en større pensionsformue. En fusion, hvor fuld kontrol overtages af den ene part, giver principielt bedre mulighed for at høste alle skalafordele end et administrationsfællesskab, hvor de deltagende selskaber beholder hver sin bestyrelse, formue og identitet m.v., ligesom medlemmerne fortsat har deres opsparing og investeringer i de respektive selskaber."

Pensions- og forsikringsselskaber, der indgår i et administrationsfællesskab, beholder altså deres selvstændighed og identitet. De er altså ikke – i modsætning til et fusionsscenario – underlagt kontrol fra de selskaber, de indgår i administrationsfællesskabet med.

Det følger altså entydigt fra KFST's egne og grundige analyser af pensionsmarkedet, at PKA A/S og PKA+ ikke er koncernforbundet.

Som yderligere bevis for, at PKA A/S og PKA+ ikke udgør en koncern, kan jeg oplyse, at PKA har anmeldt de fusioner i PKA, som jeg netop har nævnt, til KFST, som efterfølgende har godkendt fusionerne. Vidne 12 forklarede ellers ordret, at

"En koncernintern fusion uden kontrolskifte skal ikke anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen".

Og i modsætning til efter den daværende straflempelsesansøgningsproces, så indgiver man altså ikke en fusionsanmeldelse "for en god ordens skyld". Det ville altså ikke have givet mening at anmelde disse fusioner, hvis pensionskasserne allerede var koncernforbundne. Og KFST ville have været forpligtet til at afvise anmeldelserne, hvis de mente, at selskaberne allerede var en del af samme koncern. Eftersom der ikke er koncernforbindelse mellem pensionskasserne, er det svært at se, hvordan der kan være en koncernforbindelse mellem to selskaber, som er ejet af pensionskasserne.

7.1.3 PKA A/S havde ikke bestemmende indflydelse i PKA+

Anklagemyndigheden har hele vejen igennem sagen postuleret, at PKA+ og PKA A/S udgør en koncern.

Ifølge Anklagemyndigheden havde PKA+ på tidspunktet for Dansk Supermarkeds udbud ikke en selvstændig beslutningskompetence og var i det store hele styret af PKA A/S. Det er forkert af flere grunde:

Som led i administrationsfællesskabet har PKA A/S og PKA+ indgået en administrationsaftale, der regulerer de administrative opgaver, som PKA A/S varetager for PKA+. Men PKA A/S har ikke i medfør af administrationsaftalen nogen beføjelse til at træffe beslutninger om eller på anden måde styre de finansielle og driftsmæssige forhold i PKA+.

Derudover var det ikke PKA A/S, der forhandlede med Dansk Supermarked. Som vi har hørt forklaret af vidnerne i sagen, så skulle Dansk Supermarkeds pensionsordning ligge i PKA+, hvis udbuddet blev vundet. At nogle af medarbejderne fx brugte en e-mailsignatur med deres rolle i PKA A/S til korre-

spondance vedrørende udbuddet, betyder ikke, at det så var PKA A/S, der indgik i forhandlingerne eller afgav tilbuddet. Det var en lavpraktisk ting, at man ikke skiftede signatur. Måske var det lidt rodet, men det var altså ikke fordi PKA A/S af den grund havde noget med tilbudsafgivningen at gøre.

Anklagemyndigheden synes derudover at mene, at PKA A/S skulle have bestemmende indflydelse over PKA+, fordi PKA A/S har beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan hos PKA+, hvilket er en betingelse i selskabslovens § 7, stk. 3, nr. 3. Men det er heller ikke korrekt.

PKA A/S havde ikke beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i PKA+'s bestyrelse. Det fulgte af aktionæroverenskomsten for PKA+ af 1. oktober 2014, som var gældende på det tidspunkt, hvor PKA og Danica afgav fælles bud til Dansk Supermarked, at bestyrelsen i PKA+ skulle bestå af 3-5 medlemmer, herunder den til enhver tid gældende direktion i PKA A/S. Derudover fulgte det, at den administrerende direktør i PKA A/S var formand for bestyrelsen i PKA+.

██████ i PKA A/S, som var registreret i CVR-registeret, bestod i perioden fra medio 2017 til medio 2018 alene af Tiltalte 1, der var "jobtitel" i PKA A/S. I kan se ejer-strukturen med ledelsesmedlemmerne på skærmen igen. Dermed havde PKA A/S kun mulighed for at udpege ét bestyrelsesmedlem i PKA+. Bestyrelsen i PKA+ bestod på daværende tidspunkt de facto af i alt fire medlemmer, og direktionen i PKA A/S, dvs. Tiltalte 1, udgjorde således ikke flertallet af medlemmerne i PKA+'s bestyrelse. Desuden var set-up'et jo kun, som det var, fordi ejerpensionskasserne havde aftalt det i aktionæroverenskomsten – en aftale, som ejerkreds til enhver tid blot kunne ændre. Det gav altså ikke PKA A/S selvstændig kompetence til noget som helst.

Og PKA A/S havde derfor heller ikke beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan hos PKA+, så selskabslovens § 7, stk. 3, nr. 3 finder ikke anvendelse.

7.1.4 En skrivefejl i straflempelsesansøgning kan ikke tillægges juridisk betydning

Det kan i øvrigt ikke tillægges betydning for koncernspørgsmålet, at PKA A/S ved sin straflempelsesansøgning søgte om straflempe for PKA A/S "med koncernforbundne selskaber og pensionskasser". Det var en fejl fra PKA A/S' daværende advokat, Jacob Pinborg, at ansøgningen blev indleveret af PKA A/S, og også at der henvistes til koncernforbundne selskaber. Jacob Pinborg har forklaret dette af flere omgange, bl.a. til KFST (den 17. november 2020) og SØIK (den 20. november 2020). Og Jacob Pinborg har ved mail af 1. september 2023 bekræftet, at han ikke foretog en selskabsretlig analyse af koncernbegrebets rækkevidde i forhold til PKA A/S, eller i øvrigt drøftede spørgsmålet om koncernforbindelse med PKA A/S. Det var derfor blot en skrivefejl, og noget man almindeligvis skriver ind for en sikkerheds skyld, da en sådan ansøgning helst skal omfatte så bredt som muligt, uanset om der så konkret er koncernselskaber eller ej.

7.1.5 Koncernforbindelse udelukker tiltale for medvirken

Og lige som afslutning i forhold til koncernspørgsmålet vil jeg fremhæve, at anklagemyndigheden begår en åbenbar fejl ved, med den ene hånd, både at rejse tiltale mod PKA+ og PKA A/S, og med den anden hånd, at beregne en bøde til de to selskaber på baggrund af en påstået koncernforbindelse mellem selskaberne.

Dette vil I sagens natur indebære en helt åbenbar dobbeltstraf i strid med det helt grundlæggende strafferetlige princip, ne bis in idem, som følger af tillægsprotokol 7 til EMRK og EU-chartrets artikel 50.

EU-Domstolen fastslog allerede i C-204/00, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (pr. 338), at ne bis in idem-princippet i relation til konkurrencesager kræver:

- at der er identitet mellem de sanktionerede personer, som påberåber sig princippet,
- at den retsbeskyttede interesse er den samme, og
- at der er tale om samme faktiske omstændigheder.

I denne sag kan der ikke være nogen tvivl om, at samtlige betingelser er opfyldt.

Anklagemyndigheden har som bekendt gjort meget ud af forklare netop identiteten mellem PKA+ og PKA A/S.

Der kan heller ikke herske to meninger om, at det er den samme interesse, som søges beskyttet ved såvel tiltalen mod PKA+ som PKA A/S, da der er tale om tiltale for overtrædelse af samme regler udløst af det samme påståede gerningsindhold.

Der kan heller ikke være tvivl om, at de faktiske omstændigheder er identiske i begge tilfælde.

Anklagemyndighedens tilgang i denne sag er derfor et skoleeksempel på ne bis in idem.

Det forekommer da også påfaldende, at SØIK på et tidligere tidspunkt i sagen – inden det blev til NSK – selv har givet udtryk for, at PKA A/S og PKA+ enten måtte være koncernforbundne, eller at PKA A/S skulle anses for medvirkende til PKA+'s overtrædelse.

I et brev af 28. maj 2020 fra (daværende) SØIK til Rigsadvokaten redegør SØIK for baggrunden for den lange sagsbehandling i sagen. På brevets side 9 forklarer SØIK, at en del af grunden til, at PKA A/S og PKA+ på daværende tidspunkt havde været sigtet i næsten to år, var, at der udestod en afdækning af, om PKA A/S og PKA+ indgik i en koncern.

Her anfører SØIK – og jeg citerer fra femte afsnit på side 9, som også kan ses på skærmen:

"Spørgsmålet, om der foreligger en økonomisk enhed i konkurrencelovens forstand, har betydning for, hvorvidt der kan rejses tiltale mod PKA A/S for medvirken til PKA+ overtrædelse, jf. straffelovens § 23. Er udfaldet af efterforskningen, at der foreligger en koncern i konkurrenceretlig forstand, kan der alene rejses tiltale mod PKA+, men til gengæld skal PKA A/S omsætning på cirka [redacted] kr. indgå ved bødeberegningen af sanktionen."

Anklagemyndigheden har som bekendt rejst tiltale mod PKA A/S for medvirken. Ifølge SØIKs egen udtalelse til Rigsadvokaten ville det være forkert at rejse denne tiltale, hvis PKA+ og PKA A/S var koncernforbundne. Så i hvert fald en af Anklagemyndighedens vurderinger må være forkert – enten om koncernforbindelse eller medvirken.

I denne sag får Anklagemyndighedens manglende iagttagelse af ne bis in idem-princippet meget konkrete konsekvenser.

Anklagemyndigheden har i sin bødepåstand taget udgangspunkt i "koncern"-omsætningen (dvs. summen af PKA A/S og PKA+'s omsætning). Denne koncernomsætning er af Anklagemyndigheden opgjort til ca. [redacted] kr.

Samtidig har Anklagemyndigheden nedlagt påstand om, at både PKA+ og PKA A/S hver især pålægges en bøde udmålt med udgangspunkt i de samlede [REDACTED] kr.

Hvis Anklagemyndighedens bødepåstand tages til følge, vil PKA+ dermed blive straffet på baggrund af PKA A/S' omsætning for et forhold, som PKA A/S allerede er blevet straffet for, med udgangspunkt i den samme omsætning. Tilsvarende vil PKA A/S blive straffet på baggrund af PKA+' omsætning for et forhold, som PKA+ allerede er blevet straffet for, med udgangspunkt i den samme omsætning.

Anklagemyndigheden prøver altså at blæse og have mel i munden samtidig, hvilket man som bekendt ikke kan. Og i det her tilfælde er en sådan tilgang i strid med både EMRK og EU's charter.

7.2 PKA A/S har ikke medvirket til PKA+'s overtrædelse af KRL

Og det bringer mig til det næste forhold – nemlig at Anklagemyndigheden mener, at PKA A/S skulle have medvirket til PKA+'s (påståede) overtrædelse af KRL. Det er også forkert.

PKA A/S er en juridisk person. PKA A/S kan derfor ikke selv udføre handlinger, men kan kun handle via personer ansat i PKA A/S, som efter selskabets vedtægter osv. har bemyndigelse til at handle på vegne af PKA A/S. Det fremgår ikke af tiltalen af PKA A/S, hvilke personer, Anklagemyndigheden mener, har handlet på vegne af PKA A/S.

Men ifølge tiltalerne af Tiltalte 1 og Tiltalte 2 har de medvirket til, at PKA+ overtrådte KRL i kraft af deres roller både som af henholdsvis "jobtitel" og "jobtitel" i PKA+ og som "jobtitel" for PKA A/S og "jobtitel" hos PKA A/S. Men det virker notorisk forkert, at Tiltalte 1 og Tiltalte 2 på møder og i mails mv. vedrørende det fælles bud med Danica skulle have handlet på vegne af begge selskaber samtidig.

Som det står fast, skulle Dansk Supermarkeds pensionsordning ligge i PKA+ og ikke PKA A/S, allerede fordi PKA A/S ikke er en pensionskasse og dermed ikke har koncession hertil mv. Tiltalte 2 var hverken registreret "jobtitel" eller "jobtitel" for PKA A/S, så Tiltalte 2 havde altså ikke beføjelse til at binde PKA A/S. Og Tiltalte 2 kunne heller ikke som "jobtitel" [REDACTED] PKA A/S [REDACTED] [REDACTED]. Men derimod var Tiltalte 2 og Tiltalte 1 [REDACTED] PKA+. Det må derfor have formodningen imod sig, at Tiltalte 1 og Tiltalte 2 i hele processen forud for det fælles bud til Dansk Supermarked skulle have handlet deres roller som henholdsvis "jobtitel" og "jobtitel" og for PKA A/S fremfor i deres roller for PKA+.

Der er forkert af Anklagemyndigheden at lægge til grund, at de tiltaltes handlinger på vegne af PKA+ skulle kunne "smitte af" på PKA A/S som medvirkende, bare fordi de havde [REDACTED] i begge selskaber. Og Anklagemyndigheden har ikke bevist, at det var tilfældet.

Det var PKA+ - og kun PKA+ - der afgav tilbud til Dansk Supermarked. Det forhold, at Tiltalte 2 og Tiltalte 1 autosignaturer i enkelte dele af korrespondancen i sagen angav deres [REDACTED] PKA A/S ændrer ikke på, at pensionsordningen kun skulle og kunne ligge i PKA+.

Den her situation er kun opstået, fordi der er et overlap i persongalleriet mellem PKA+ og PKA A/S. Men det bør ikke komme PKA A/S til skade, at Tiltalte 2 som "jobtitel" i PKA+ også besad [REDACTED] "jobtitel" i PKA A/S. Ligesom det heller ikke bør komme PKA A/S til skade, at Tiltalte 1 [REDACTED] begge selskaber.

Anklagemyndigheden har forsøgt at redegøre for, at PKA A/S har medvirket, fordi PKA A/S efter Anklagemyndighedens opfattelse har haft en form for instruktionsbeføjelse over PKA+, der svarer til et moderselskabs beføjelser over for sit datterselskab.

Men som jeg netop har redegjort for, var PKA A/S og PKA+ ikke koncernforbundne. Og PKA A/S havde – og har – ingen instruktionsbeføjelser over PKA+. Tværtimod er PKA A/S et administrations-selskab for PKA+, hvilket betyder at PKA A/S kun kan "handle" inden for de rammer, der fastlægges af PKA+.

Det fremgår direkte af PKA A/S' vedtægter, at PKA A/S udelukkende kan drive virksomhed i form af at varetage administrative opgaver inden for pensionskassevirksomhed og dertil knyttede aktiviteter. PKA A/S kan altså ikke lovligt for egen regning og risiko drive forsikrings- og pensionsvirksomhed, da PKA A/S ikke har de nødvendige tilladelser fra Finanstilsynet. Og PKA A/S kan helt generelt ikke selvstændigt træffe beslutninger på vegne af PKA+, eftersom PKA A/S kun har de afledte kompetencer, der følger af administrationsforholdet til PKA+. Derfor kan PKA A/S kun eksekvere på beslutninger, som er truffet af bestyrelsen i PKA+, og kun indenfor de rammer, bestyrelsen fastlægger. At PKA A/S varetager administrative opgaver for PKA+, fører derfor ikke til, at PKA A/S har en instruktionsbeføjelse eller på anden måde en så generel beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i PKA+, at selskaberne skal ses som koncernforbundne. Og det fører heller ikke til, at PKA A/S skal kunne have tilskyndet PKA+ til at overtræde KRL.

Anklagemyndigheden har under alle omstændigheder ikke løftet bevisbyrden for, at PKA A/S har medvirket til PKA+'s (påståede) overtrædelse af konkurrencereglerne. PKA A/S bør derfor frifindes, uanset om Retten finder det bevist, at PKA+ har overtrådt KRL § 6. Og PKA A/S' omsætning bør derfor heller ikke indregnes ved fastsættelsen af en eventuel bøde. Og selv hvis Retten skulle finde, at PKA A/S skal dømmes i overensstemmelse med den rejste tiltale, bør der foretages en passende reduktion i bøden til PKA A/S, da der kun er tale om medvirken.

Nu vil jeg behandle den næste forkerte antagelse, som bødepåstanden baserer sig på – nemlig at PKA og Danicas fælles bud udgjorde et kartel.

7.3 Det fælles tilbud udgjorde ikke et kartel

Anklagemyndighedens bødepåstand er baseret på, at der skulle være tale om et kartel, dvs. en "til formåls"-overtrædelse, som ligger i den grove ende af konkurrenceovertrædelser. Men som jeg har brugt de sidste mange timer på at redegøre for, så det er ikke tilfældet.

Igen vil jeg erindre Retten om, at hverken Anklagemyndigheden eller KFST har vurderet, hvilken type overtrædelse, der er tale om. Som vi har hørt forklaret af bl.a. to kontorchefer i KFST, så foretog de ikke egentlig vurdering i denne sag, men lagde blot det "faktum" til grund, som de havde fået præsenteret af Anklagemyndigheden. Anklagemyndigheden har heller ikke siden sagen blev overdraget til dem foretaget sin egen vurdering.

Når bødepåstanden derfor forudsætter, at der er tale om et kartel, er hele udgangspunktet for bødebe-regningen forkert. Overtrædelsen, hvis den findes bevist, er nemlig ikke af en sådan grovhed, at grund-beløbet for en eventuel bøde bør ligge øverst i spændet for "alvorlige overtrædelser", men meget lave.

Selv hvis Retten skulle finde, at PKA's adfærd udgjorde en overtrædelse af KRL, skal bøden fastsættes væsentligt lavere end 12 mio. kr.

7.4 Bødepåstanden baserer sig på det forkerte omsætningsbegreb

Bødepåstande beregnes som udgangspunkt på baggrund af koncernomsætningen for den virksomhed, der har overtrådt KRL § 6.

Her er det dog vigtigt at holde for øje, at forsikringsselskaber ikke opgør en egentlig omsætning i deres regnskab, men derimod bruttopræmieindtægter. For et skadesforsikringsselskab dækker bruttopræmieindtægterne forsimplet sagt over i) de forventede skadesudgifter og ii) en profitmargin. I princippet kan et skadesforsikringsselskab vælge at opkræve så lave bruttopræmier fra sine kunder, at de forventede skadesudgifter svarer 1:1 til bruttopræmierne. Dermed opnår selskabet en profit på 0. Det svarer til, at en virksomhed i en anden branche sætter sin pris lig omkostninger. Derfor svarer bruttopræmieindtægter for et skadesforsikringsselskab meget godt til omsætningen i 'almindelige' virksomheder.

Helt i overensstemmelse med dette følger det af omsætningsbekendtgørelsens § 7, at man for forsikringsselskaber i stedet for omsætning skal anvende værdien af de tegnede bruttopræmier.

Men denne analogi fungerer ikke for pensionsselskaber. For pensionsselskaber dækker bruttopræmieindtægterne over i) de forventede skadeudgifter, ii) opsparerens egne pensionsmidler og iii) en profitmargin. Bruttopræmieindtægterne for pensionsselskaber består altså af en betydelig indbetaling, der aldrig er pensionsselskabets egne penge, men derimod medlemmernes pensionsbidrag. Opsparerens egne midler bør naturligvis ikke indgå som omsætning for pensionsselskabet. Det indgår jo heller ikke i en banks omsætning, hvis bankens kunder vælger at indsætte kontanter på en konto. Og for banker er det derfor også helt klart ud fra omsætningsbekendtgørelsens (dåværende) § 8, at kundernes bankindeståender ikke skal medregnes ved omsætningsopgørelsen. Helt tilsvarende skal pensionskunders pensionsopsparing selvfølgelig ikke medtages som en omsætning.

Når KFST i sin bødeindstilling alligevel fastholder dette, er der tydeligvis tale om en retsvildfarelse, som Anklagemyndigheden beklageligvis blot viderefører i sin bødepåstand uden at forholde sig til implikationerne.

Absurditeten kan fx illustreres ved, at pensionsselskaberne ud fra denne fejlagtige logik kan blive nødt til at betale en potentiel bøde med opsparerens egne pensionsmidler. PKA kan altså blive tvunget til at skulle tage pengene til betaling af en potentiel bøde fra fx sygeplejerskernes private pensionsopsparing.

Til illustration: Anklagemyndigheden bad jo heller ikke Danske Bank om at betale sin bøde for overtrædelse af hvidvaskreglerne på [REDACTED] kr. med bankkundernes private indeståender i Danske Bank. Det ville jo have været absurd. Af uransagelige årsager mener Anklagemyndigheden dog i denne sag, at opsparerene via deres private indeståender skal straffes for, at deres pensionsselskab potentielt har overtrådt konkurrencereglerne.

PKA's bruttopræmier skal derfor renses for medlemmernes indbetalingen til pension, som udgør en væsentlig del af bruttopræmieindtægterne.

I 2022 havde PKA+ bruttopræmieindtægter for i alt [REDACTED] kr., hvoraf [REDACTED] kr. var medlemmernes indskud til pensionsopsparing. Der kan derfor højst være tale om en omsætning på [REDACTED] kr. i 2022 for PKA+. Bødeløftet på 10% af koncernomsætningen udgør dermed [REDACTED] kr., og en bøde på 2,6 % ville derfor svare til lige under [REDACTED] kr.

7.5 Formildende omstændigheder

Og i forhold til en eventuel bødeudmåling skal Retten naturligvis også tage hensyn til alle de formildende omstændigheder, der er i sagen. Her kan jeg fx nævne at:

- Samarbejdet mellem PKA og Danica havde en kort varighed på under et år,
- Det fælles bud ikke blev realiseret, og var et enkeltstående tilfælde,
- Der ikke var nogen konkurrencebegrænsende effekt i markedet (kun konkurrencefremmende i kraft af at PFA tilbød lavere priser),
- PKA havde på ingen måde til hensigt at overtræde konkurrencereglerne – tværtimod var formålet at øge konkurrencen,
- Både PKA+ og PKA A/S har indgivet straflempelsesansøgninger og samarbejdet med myndighederne under hele sagen.

8 Afsluttende kommentarer

Afslutningsvis vil jeg fremhæve, at sagen ikke kun har væsentlige konsekvenser for de tiltalte parter, men også har væsentlig betydning for hele sektoren. Som vi har hørt flere steder, ikke mindst fra Vidne 10, sidder hele sektoren og venter på denne afgørelse, og jeg vil derfor opfordre Retten til at tage dette med i betragtning.

Pensions- og livsforsikringssektoren tegner sig for en meget væsentlig del af samfundsøkonomien i almindelighed og berører stort set alle danskeres økonomi. Det er de store tals lov og derfor selvfølgelig også vigtigt at sådanne konkurrencefremmende samarbejder, der entydigt ville fremme konkurrencen til glæde for mange danskere, ikke forhindres ved at få betegnelsen "kartel" eller konkurrencestridigt – og i hvert fald slet ikke på et så ufuldstændigt og mangelfuldt juridisk og økonomisk grundlag, som vi er blevet præsenteret for i denne sag af Anklagemyndigheden.

Jeg er sikker på, at alle fra KFST henover Dansk Supermarked og andre store virksomheder og Vidne 10 til PKA i særdeleshed og resten af pensions- og livsforsikringssektoren i almindelighed vil sætte pris på en klar afgørelse i denne sammenhæng i forhold til konkurrencen på dette ikke særligt velfungerende marked.

Til slut vil jeg fremhæve et uddrag af en artikel, som direktør i KFST, Person 6, har skrevet til mediet Licitationen den 10. marts 2020. Artiklen kan findes på KFST's egen hjemmeside og i den supplerende materialesamling s. 285-286. Jeg har vist udklipet på skærmen. Og hvorfor er den så relevant? Det er den fordi, KFST efter Højesterets dom i Vejstribesagen så sig nødsaget til at præcisere nogle centrale forhold, fordi der var blevet sagt og skrevet meget om dommen. For at undgå eventuelle mis-forståelser forklarede Person 6 derfor klart og tydeligt i artiklen, at konsortier ikke generelt er ulov-lige, heller ikke konsortier mellem konkurrenter:

"Vi vil gerne konsortier, der er til gavn for kunderne.

[...]

Det er blevet nævnt, at virksomheder i samme branche - og som derfor almindeligvis ses som konkurrenter - kun må lave et fælles konsortium, hvis det enkelte firma ikke selv har kapacitet til at byde på opgaven. Det er ikke korrekt. To konkurrenter, der selv kan løse opgaven, må gerne indgå i et konsortium, men det kræver i hvert fald, at samarbejdet gør andet og mere end blot at fjerne konkurrencen mellem parterne.

Højesterets dom forhindrer konkurrenceskadelige konsortier. Dommen siger derimod bestemt ikke, at alle konsortier ved udbud skulle være ulovlige, eller at alle konsortier mellem konkurrenter er ulovlige.

[...]

Vi har noteret, at der efter Højesterets dom er en usikkerhed om rammerne for, hvornår man anses for at være potentielle konkurrenter og hvornår man kan indgå konsortier. Som konkurrencemyndighed vil vi gerne bidrage til at reducere den usikkerhed i det omfang det er muligt. Vi er derfor i færd med at opdatere vores vejledning om konsortier med afsæt i højesteretsdommen. Samtidig prioriterer vi fortsat den uformelle vejledningsindsats.

Vi ønsker faktisk at skabe rigelig plads til konsortier, som understøtter effektiv konkurrence, og som medfører flere eller bedre tilbud til kunderne. Samtidig er vi meget optaget af at undgå konsortier, som sætter konkurrencen ud af kraft, og som medfører højere priser eller dårlige løsninger. Det er den balance som konkurrenceloven – og vores prioritering og vejledning – prøver at ramme.”

...

4.3 Tiltalte 1's procedure

Advokat Michael Klöcker har i skriftlig procedure modtaget den 8. november 2023 anført bl.a.:

”...

2. Indledning

Indledningsvist er jeg enig med Advokat Hjelmberg og hans gennemgang af den konkurrenceretlige test. Jeg vil derfor holde mig ganske overordnet og dermed også – med nogle få undtagelser – undlade henvisninger til materialesamlinger og ekstrakter.

Denne sag angår helt overordnet, om Danica og PKA+ var konkurrenter i 2017/2018 og om de har indgået en aftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen, og – hvis det kan konstateres – om min klient, Tiltalte 1 har udvist forsæt eller grov uagtsomhed.

Anklagemyndigheden påstår, at det er tilfældet. Det er anklagemyndighedens opgave at bevise alle dele af påstanden – det vil sige bevise:

- 1) at der var en aftale,
- 2) at de to selskaber er konkurrenter,
- 3) at denne aftale havde til formål at begrænse konkurrencen
- 4) at konkurrencen var mærkbart begrænset, og
- 5) at der er den fornødne tilregnelser til at straffe

Denne bevisbyrde er meget tung og krævende. Når konkurrencemyndighederne vurderer disse typer af sager, er det ikke unormalt, at det tager mere end et år at fremskaffe det relevante faktum og forståelse af markedet ved at stille spørgsmål til aktører i markedet og eksperter, der har viden om markedet. Først når dette faktum er indhentet (efterforsket) kan den konkurrenceretlige analyse gennemføres. Konkurrencemyndighedernes afgørelser er ofte op mod 200 sider, hvilket understreger kravene til markedsforståelsen, analysen og dermed beviset.

En række af de anførte betingelser er notorisk ikke bevist.

For det første udelader anklagemyndigheden en meget stor del af den konkurrenceretlige analyse. For eksempel mangler anklagemyndigheden i sin procedure hele faktumsiden af sagen – selv om vi fra de

mange vidner har hørt rigtig meget om, hvordan pensionsmarkedet er sammensat, og hvordan det fungerer.

For det andet er anklagemyndigheden også meget lemfældig med den del af analysen, der præsenteres. Det er for eksempel ikke bevist, at Danica og PKA var indbyrdes konkurrenter. Det er ikke nok at konstatere, at to aktører er i samme omsætningsled. De skal også være på samme marked og konkurrere om de samme kunder. Det er oplagt, at anklagemyndighedens hypotese var, at PKA og Danica utvivlsomt var indbyrdes konkurrenter alene af den grund, at de begge er pensionsselskaber. Logikken for anklagemyndigheden må have været, at to pensionsselskaber kan det samme – ergo er de konkurrenter. Det har de to selskaber, Danica og PKA, hele tiden vidst ikke var tilfældet. De er aktører på to forskellige markeder. De adresserer forskellige typer af kunder. De byder ikke på de samme udbud. De har ikke de samme produkter og løsninger. De udøver absolut intet konkurrencepres mod hinanden. Det er bekræftet af flere vidner i denne sag. Ingen har sagt eller oplyst det modsatte.

Bevisførelsen har da også vist det stik modsatte af, hvad anklagemyndigheden formentlig forventede. Ingen vidner har støttet, at de to selskaber konkurrerede. Alle har udtalt, at de ikke konkurrerede. Det skyldes, at de er aktive på hver deres marked; et marked for kommercielle pensionsordninger og et marked for arbejdsmarkedsordninger. Bevisførelsen har altså vist, at de to selskaber ikke var konkurrenter.

For det tredje er det ikke bevist, at Danicas og PKAs ønske om at byde sammen havde til formål at begrænse konkurrencen. Igen har anklagemyndighedens hypotese været, at de to virksomheder som hinandens direkte konkurrenter har leveret det samme produkt og aftalt at fordele medarbejderne mellem sig.

Bevisførelsen viser det modsatte. De udbød forskellige produkter, og den omtalte fordeling er altså baseret på noget objektivt; overenskomst eller ikke-overenskomst. Det er ikke et subjektivt valg de to selskaber har taget. Formålet med samarbejdet var derfor ikke at ”dele rovet” mellem sig, men at indbyde til mere og ny konkurrence. Ønsket om at byde sammen havde til formål at fremme konkurrencen. Bevisførelsen viser også, at konkurrencen blev forbedret – og at den først blev forringet, da konkurrencemyndighederne greb ind.

For det fjerde er der ikke ført bevis for den nødvendige tilregnelser. Tværtimod har bevisførelsen vist, at begge parter åbenhjertigt og transparent har meldt sig i konkurrencen om at vinde en kontrakt, som pensionsselskabet PFA sad tungt på – og som hverken PKA eller Danica kunne vinde alene. Begge parter har haft store medarbejderteams inklusive interne jurister til at forberede tilbuddet, der endvidere har været forankret i begge selskabers direktion. Der er også lavet konkurrenceretlige analyser undervejs. Vi ved også, at interne jurister har forholdt sig til den konkurrenceretlige analyse og konkluderet, at samarbejdet ikke er i strid med konkurrenceloven. Der er ikke noget hemmeligt eller skummelt over de to selskabers forsøg på at ændre markedet. Det er meget tydeligt, at begge selskaber så en mulighed for at disrupte markedet ved at bringe et nyt konkurrencedygtigt alternativ i spil. Noget der kunne presse PFA. Noget der kunne gavne Dansk Supermarked og deres mange medarbejdere. Dette gør sig navnlig gældende for PKA, der notorisk ikke kunne afgive et konkurrencedygtigt bud til Dansk Supermarked alene. PKA skulle have en partner, og kan derfor alt andet lige ikke have optrådt med forsæt eller uagtsomhed til at overtræde konkurrenceloven.

Allerede fordi Danica og PKA ikke var eller er konkurrenter og ikke indgik en aftale med det formål at begrænse konkurrencen og ikke havde den fornødne tilregnelser, skal der ske frifindelse.

3. De faktiske forhold

Advokat Hjelmborg har allerede bragt os godt igennem den konkurrenceretlige analyse. Jeg skal forsøge at holde mig helt overordnet.

For at kunne gennemføre den nødvendige konkurrenceretlige analyse er det nødvendigt at forstå sagens faktiske forhold. Uden indsigt i de faktiske forhold, er det ikke muligt at gennemføre den konkurrenceretlige analyse. Det omtales også som en markedsbeskrivelse. Markedsbeskrivelsen danner baggrund for markedsafgrænsningen (den juridiske analyse).

Anklagemyndigheden har helt udeladt denne del af sin procedure, og der mangler derfor belysning af en helt central del af sagen.

Fra de mange parts- og vidneforklaringer har vi dog fået serveret en god indsigt i markedet. Fra mere eller mindre alle vidnerne har vi hørt meget om pensionsmarkedet, og forklaringerne er både oplysende, troværdige og samstemmende.

Sagens kerne er pensionsmarkedet. Pensionsmarkedet kan i hvert fald opdeles i to relevante markeder; et for kommercielle pensioner og et for arbejdsmarkedspensioner. Disse to markeder er forskellige fra hinanden, da de vedrører forskellige typer af personer (kunder) med forskellige krav til pensionsproduktet.

Kommercielle pensionsselskaber er kendetegnet ved at være drevet med henblik på profit og at kunne tilbyde nogle skræddersyede 360 graders løsninger til sine medlemmer. Det betyder blandt andet, at der skal leveres et investeringsprodukt, hvor den enkelte kunde selv kan handle eller få handlet aktier i navn fra dag til dag. Der skal også være et bankprodukt (private banking). Dertil skal der være andre tillægsydelser, for eksempel rejeforsikring eller lignende. Danica er et eksempel på et sådant pensionselskab. Danica er ejet af Danske Bank, og derfor kan Danica også tilbyde bankprodukter.

Arbejdsmarkedspensionsselskaberne er ofte kendetegnet ved at være medlemsdrevet. De har ikke fokus på profit men på at give alt tilbage til medlemmerne. I vidt omfang er de forpligtet til det. Pensionsløsningerne er standardiserede med lav grad af fleksibilitet. Der kan for eksempel ikke handles aktier i navn fra dag til dag. De driver normalt heller ikke bank, da det ikke er i medlemmernes interesse. De gør sig heller ikke i supplerende ydelser. Det handler kun om pension. PKA er et eksempel på et sådan selskab – og PKA har da heller ikke en bank.

Der er betydelige forskelle mellem de to typer af selskaber. Som sådan vil et kommercielt selskab kunne tilbyde pensionsløsninger til en overenskomstgruppe, men de vil aldrig være konkurrencedygtige, fordi de er alt for dyre, og fordi deres forretning indeholder produktvarianter, som en overenskomstansat normalt ikke efterspørger. Omkostningerne i disse ordninger står ganske enkelt ikke mål med pensionskundernes behov, og ordningerne ville ende med at sluge en for stor del af denne gruppes pensionsindbetalinger.

Arbejdsmarkedspensionsselskaberne vil omvendt ikke kunne tilbyde pensionsløsninger til det kommercielle marked, da produkterne er alt for simple og slet ikke modsvarer de behov og forventninger, som kunderne har.

Lidt populært sagt udbyder det ene selskab en varevogn mens den anden udbyder en personvogn. De er begge eksempler på biler, der kan køre fra a til b. De to typer af køretøjer kan alligevel noget forskelligt og de appellerer til forskellige købere. Sælgerne af disse to typer af køretøjer er ikke konkurrenter.

Et kommercielt pensionsselskab og et arbejdsmarkeds pensionsselskab er derfor ikke indbyrdes konkurrenter. De udbyder ikke det samme produkt, og de konkurrerer ikke om den samme slutkunde.

Et enkelt pensionsselskab – PFA – evner at konkurrere på begge markeder. Det gør dette selskab særligt attraktivt for den gruppe af virksomheder, der efterspørger begge typer af pensionsordninger – det vil sige detailbranchen. Historisk har ingen kunne konkurrere effektivt med PFA for de virksomheder, der efterspørger begge dele. Det ændrede PKA/Danica samarbejdet.

På kundesiden efterspørger alle typer af virksomheder og institutioner pensioner. Nogle virksomheder efterspørger en kombination af pensioner fordi deres medarbejdergrupper både er overenskomstansatte og ikke-overenskomstansatte. Dansk Supermarked er et eksempel på en sådan kunde.

En kunde som Dansk Supermarked er dertil speciel, fordi overenskomstansatte medarbejdere karriere-mæssigt bevæger sig fra at være overenskomstansat til at være lederansat. Det betyder, at deres pensionsordning skifter fra en arbejdsmarkedspension til kommerciel pension. Kun PFA kan konkurrencedygtigt løse denne opgave inhouse. Alle andre har et problem, når personen skal skifte ordning, blandt andet fordi der skal foretages et helbredscheck af den konkrete person. Det er en stor ulempe for personen – og dermed for personens arbejdsplads. Dette var også en afgørende præmis i Dansk Supermarked forhandlingerne. Det var uacceptabelt for Dansk Supermarked, hvis der ikke var en sikker løsning på dette i tilbuddet til Dansk Supermarked. Det var også grunden til, at Dansk Supermarked og Vidne 10 understregede, at pensionsselskabet skulle løse dette problem. Det skulle ikke efterlade en usikkerhed for Dansk Supermarked. Den udmelding lukke argumentet om muligheden for delbud. Den mulighed var der ikke. Delbud skulle forstås som en invitation til konsortier, hvor selskaberne løste opga-ven. Dansk Supermarked skulle ikke sidde med flere leverandører og selv bygge og administrerer broer mellem leverandørerne. Det var et leverandøransvar.

Det følger af beskrivelsen, at PFA var (og er) særligt godt positioneret til at vinde kunder som Dansk Supermarked, da de er konkurrencedygtige på begge pensionsmarkeder. Hvis andre selskaber vil konkurrere om disse kundetyper, skal PFA overvindes.

PKA og Danica så netop en mulighed i markedet for at konkurrere med PFA ved at gå sammen om at tilbyde en fælles løsning til Dansk Supermarked, hvor Dansk Supermarked fik det bedste fra den kommercielle verden til sin ledergruppe, og det bedste fra PKA til sin overenskomstgruppe, samtidig med at konsortiet kunne facilitere rejsen fra overenskomstansat til ledergruppe uden gene for medarbejderne og Dansk Supermarked.

Da Dansk Supermarked bragte sin pensionsløsning i udbud, var PKA og Danica derfor interesseret i at levere en fælles løsning, for det var den fælles løsning, der kunne ryste PFA. Det ved vi fra Vidne 3's forklaring.

Dansk Supermarkeds udbud var baseret på en såkaldt beauty contest – en skønhedskonkurrence. Det er en velkendt udbudsmodel, der ofte anvendes, hvor sammensætningen af produktet er særligt vigtigt.

I en skønhedskonkurrence er der normalt ikke bestemte krav, men der er en række forventninger til, hvad der skal til for at vinde kontrakten. Elementerne i en skønhedskonkurrence er derfor ikke krav, men konkurrenceparametre. For at vinde kontrakten, skal der leveres bedst muligt på disse konkurrenceparametre. I et privat afholdt udbud er det op til udbyderen at vurdere, hvem der har det bedste ("skønneste") tilbud. Det er dog klart, at hvis man gerne vil vinde, skal man adressere alle kundens ønsker. Man kan ikke score 0 point på flere poster, og så forvente, at man kan vinde alligevel. Som leverandør må man tage afsæt i, at kunden har fremført ønsket, fordi det er interessant for kunden.

Både Dansk Supermarked selv og Vidne 10 har bekræftet dette. Og de har også forklaret, hvad der skulle til for at vinde kontrakten. Der skulle leveres én løsning, der tilgodeså begge faggrupper og sikrede bevægelsen mellem faggrupperne. Løsningen skulle også være prismæssigt (omkostningsmæssig) konkurrencedygtig.

Vidne 10 gjorde det klart, at hverken Danica eller PKA kunne vinde kontrakten alene. Alene og hver for sig var de to selskaber derfor ikke et alternativ til PFA. De kunne ikke konkurrere om kontrakten. De kunne notorisk ikke vinde.

For PKA var dette særligt klart. De havde nemlig slet ikke de produkter, som Dansk Supermarked efterspurgte. Det gjaldt for eksempel et investeringsprodukt og det gjaldt bankprodukterne. PKA kunne kun deltage i konkurrencen, hvis de fandt en partner at byde med.

For Danica var det også klart. Danica var for dyre og for omkostningstunge.

Vidne 10 og Dansk Supermarked skubbede imidlertid ikke PKA og Danica ud. De inviterede dem ind. Men de gjorde det også klart, at PKA og Danica skulle løse knasterne med at være to aktører i et fælles bud. Den administrative byrde måtte aldrig ramme Dansk Supermarked.

Gennemgangen af de faktiske forhold viser, at anklagemyndighedens hypoteser ikke holder vand. Faktum er ikke, som anklagemyndigheden forestillede sig. Det har en stor betydning for den juridiske analyse. Ved at negligere faktum, rammer anklagemyndigheden også ved siden af den retlige analyse.

4. Temaer – den retlige analyse

Med denne introduktion til de faktiske forhold, som jeg mener er afgørende for at vurdere, om der dels forelægger en overtrædelse af konkurrenceloven, dels om den i givet fald er strafbar, vil jeg fortsætte med afsæt i de temaer – eller betingelser – der er afgørende for at bevise, at der foreligger en adfærd i strid med konkurrencelovens § 6:

- 1) Var der indgået en aftale?
- 2) Er de to selskaber konkurrenter?
- 3) Havde denne aftale til formål at begrænse konkurrencen?
- 4) Er der den fornødne tilregnelser til at straffe?
- 5) Medførte samarbejdet effektivitetsgevinster?

Disse temaer udspringer af en materiel vurdering af konkurrencelovens §§ 6 og 8 sammenholdt med markedets og sagens faktum.

Jeg vil i min gennemgang tage afsæt i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide til, hvordan virksomheder skal agere ved afgivelse af fælles bud. Eftersom min kollega advokat Hjelmberg har gennemgået analysen i detaljer, vil jeg tillade mig at holde det mere overordnet, herunder kun i meget begrænset omfang henvise til ekstrakter og materialesamlinger.

4.1 Aftalebegrebet

Det er ikke bestridt, at PKA og Danica i fællesskab ville tilbyde Dansk Supermarked en samlet pensjonsløsning.

Det er helt normalt, at virksomheder går sammen om at tilbyde en løsning til en kunde. Det kan skyldes mange årsager, men det mest normale er, at virksomhederne enten er nødt til at gå sammen, fordi

de ikke alene kan løfte opgaven eller fordi de sammen kan tilbyde en bedre og mere konkurrencedygtig løsning til fordel for kunden.

For at kunne afgive et sådan fælles bud, forudsætter det en fælles vilje om at samarbejde, og denne fælles vilje er tilstrækkelig til at opfylde det konkurrenceretlige aftalebegreb. Den vilje var til stede og vi behøver derfor ikke bruge energi på at diskutere aftalebegrebet.

Vi kan derfor lægge til grund, at der er en aftale mellem PKA og Danica om sammen at byde på Dansk Supermarkeds udbud.

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide skal parterne først undersøge betingelserne i det konkrete udbud.

I denne sag er det konkrete udbud beskrevet af forsikringsmægler Vidne 10 sammen med Dansk Supermarked ved Vidne 9. Disse to har til sammen formuleret en række parametre, som de forventede blev leveret af en kommende leverandør. Vi ved fra forklaringerne og den på det tidspunkt gældende aftale mellem Dansk Supermarked og PFA, at Dansk Supermarked fik leveret et produkt, der i vidt omfang adresserede de parametre, som Dansk Supermarked ønskede i det kommende tilbud. Vi ved også, at det gjaldt om at vinde over PFA. Vi ved også, at det var pensionselskaberne, der skulle levere en samlet løsning. Dansk Supermarked skulle ikke have delaftaler med flere selskaber. Vi har også hørt, at der skulle leveres mere og bedre, end det PFA allerede leverede. Dertil skulle en eventuel ny leverandør nok levere mere, end det den eksisterende leverandør (PFA) ville levere. Ellers ville skiftescenariet fra en leverandør (PFA) til anden (PKA/Danica samarbejdet) ikke være det værd for Dansk Supermarked.

Anklagemyndigheden talte i sin procedure om ”krav” i forbindelse med udbuddet. Det er en misforståelse af udbudsmodellen. Havde Dansk Supermarked opsat krav, var det formentlig kun PFA, der havde kunnet byde. Det havde udelukket konkurrencen. Det var aldrig i Dansk Supermarkeds interesse at definere krav. Som Vidne 9 forklarede, var det langt vigtigere at åbne for flere aktører, der kunne byde i fællesskab med den bedst mulige løsning.

Udbuddet havde således nogle konkurrenceparametre, og der skulle leveres på dem alle (360 grader forklarede Vidne 9), og der skulle leveres høj kvalitet. Ellers var det ikke muligt at vinde udbuddet.

Konkurrenceparametrene vil jeg ikke gennemgå i detaljer – men nogle centrale pointer skal frem. For at kunne vinde udbuddet skulle der konkurrencedygtigt leveres:

- 1) En løsning til henholdsvis ledergrupperne og overenskomstgrupperne, og de efterspurgte ikke samme løsning.
- 2) Ledergruppeløsningen skulle inkludere bankprodukter og investeringsprodukter.
- 3) Overenskomstløsningen skulle være billig.
- 4) Løsningen skulle inkludere en one point of contact. Det måtte ikke være administrativt bøvlet for Dansk Supermarked
- 5) Løsningen skulle håndtere en medarbejders skifte fra overenskomstgruppe til ledergruppe uden at skabe risiko for medarbejderen (helbredschecket) og Dansk Supermarked.

Disse punkter var som sagt ikke krav. Men de var meget afgørende for at vinde.

Vidne 9 har dertil forklaret, at for at fravriste PFA kontrakten skulle der leveres noget mere. Det var altså ikke nok at matche PFA. Den skulle overgå PFA.

4.2 Konkurrentbegrebet

Det næste undersøgelsesskridt, som skal gennemføres i henhold til styrelsens guideline er en undersøgelse af parternes egne forhold. Det kan for eksempel være

- 1) Fører et fælles bud til flere eller færre bud om opgaven?
- 2) Kan virksomheden klare opgaven alene?
- 3) Har virksomheden den nødvendige kapacitet selv?
- 4) Har virksomheden de nødvendige kompetencer?
- 5) Har virksomheden den påkrævede økonomi?
- 6) Kan virksomheden udvikle kapacitet og kompetencer?
- 7) Har virksomheden budt på noget lignende før?

PKA havde forholdt sig til denne undersøgelse. For det første vidste PKA, at de ikke kunne byde alene. Derfor var den mulighed slet ikke en overvejelse. PKA havde ikke et investeringsprodukt til lejerne. De havde heller ikke en bank. De havde heller ikke en sundhedsforsikring. Disse tre egenskaber kunne PKA ikke bare skabe. For det første ville det være meget omkostningstungt at skulle åbne en bank, udvikle et kommercielt investeringsprodukt og etablere et sundhedsprodukt. For det andet ville det tage meget lang tid (flere år). Dette er utvetydigt bekræftet under bevisførelsen. For det tredje havde PKA aldrig budt på en lignende opgave alene. Jeg minder om, at Dansk Supermarked er Danmarks største dagligvarekoncern med mange tusinde ansatte i mere end 1,700 butikker. Det kræver ressourcer og kapacitet at levere til en sådan kunde.

Dernæst viste undersøgelsen, at der ville komme et ekstra tilbud til Dansk Supermarked, som ville være konkurrencedygtigt. PKA vidste jo godt, at de var dygtig til overenskomstgrupper. Men de vidste også, at de ingen viden eller erfaring havde med kommercielle ordninger. Der var brug for en partner, der kunne dette, som samtidig var svag på overenskomstgrupperne.

Jeg forstår, at anklagemyndigheden bestrider de forklaringer, der omtaler disse udfordringer. Det fremstår useriøst. PKA kunne på ingen måde have afgivet et konkurrencedygtigt tilbud selv. Det skyldes, at PKA ikke havde kapacitet, kompetencer og produkterne. PKA kunne heller ikke tilegne sig dem. Både PKA, Danica, PFA (Vidne 3) og Vidne 10 bekræftede dette. Vidne 10 gjorde det også klart, at PKA ikke kunne have vundet selv, selvom PKA i det sidste udbudsscenario bød alene. Vidne 10 kaldte dette "et hovedkulds forsøg". Sandheden er nok også blot den, at både Vidne 10 og PKA håbede, at konstellationen Danica/PKA kom tilbage, når konkurrencemyndighederne besindede sig. Det arbejdede Vidne 10 i hvert faldt stærkt på.

Når PKA ikke kunne selv, var PKA i overensstemmelse med styrelsens guidelines berettiget til at søge et samarbejde med en anden virksomhed.

Det første skridt i analysen viser dermed, at afgivelse af et fælles bud var en god løsning, der var forenelig med konkurrenceloven.

Det første skridt viser også, at der for PKA og Tiltalte 1 hverken kan have været forsæt eller udvist nogen form for uagtsomhed i at forberede et fælles tilbud. Tilregnelsskravet er ikke opfyldt.

Det næste skridt i henhold til styrelsens guideline er at undersøge, hvem PKA kunne byde sammen med. Det er oplagt, at PKA skulle finde en partner, der kunne levere på de konkurrenceparametre, som PKA ikke selv kunne levere på. De skulle også finde en, der ikke var stærk på det, som PKA selv er stærk på. De skulle finde en komplementær partner.

Den partner var Danica. Under forklaringerne har vi hørt, at der reelt ikke var andre. Der var kun Danica. Hvorvidt Danica teoretisk kunne byde selv er som sådan irrelevant for PKA og for vurderingen. Selv hvis Danica kunne selv, vil der ikke komme færre tilbud ved at PKA bød sammen med Danica. Der ville som minimum komme det samme antal bud. Der ville dertil med sikkerhed komme et stærkere og mere konkurrencedygtigt bud, for Danica kunne ikke levere konkurrencedygtigt til overenskomstgruppen i Dansk Supermarked. Danica skulle have en partner for at være konkurrencedygtigt.

Det er bekræftet af forklaringerne. Vidne 1 oplyste, at Danica ikke kunne have afgivet et konkurrencedygtigt tilbud selv, og at de heller ikke ville have budt. Det siger i øvrigt også sig selv, at Danica havde brug for PKA for at vinde. Ellers havde de jo bare budt alene. Men Danica vidste godt, at PKA aldrig kunne vinde Dansk Supermarkedsaftalen alene, og at PKA næppe heller ville byde alene. Det havde de jo aldrig gjort før, og deres kompetencer var slet ikke til at konkurrere om en kunde som Dansk Supermarked.

Det kontrafaktiske scenarium var derfor, at uden samarbejdet, havde der været et bud mindre på Dansk Supermarked udbuddet, idet hverken Danica eller PKA kan forventes at ville have afgivet et bud. Ingen af dem kunne i hvert fald afgive et konkurrencedygtigt tilbud, som er den relevante test. Uden samarbejdet havde der været et bud mindre. Med samarbejdet var der et konkurrencedygtigt bud mere.

Igen kan det konstateres, at afgivelse af et fælles bud mellem Danica og PKA var en god løsning, der var forenelig med konkurrenceloven og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide. Det kan af samme grund konstateres, at et samarbejde mellem Danica og PKA ikke indebar en forsætlig eller uagtsom overtrædelse af konkurrenceloven. Det var et velovervejet og velanalyseret samarbejde gennemført fuldt ud efter samme guide, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udgivet.

Ud fra sagens faktum og de analyseskridt, der er udført, kan det dernæst nu konstateres, at Danica og PKA ikke er indbyrdes konkurrenter. Det er også blevet bekræftet under forklaringerne. Det skyldes, at de to selskaber ikke tilbyder de samme produkter, ikke byder på de samme kunder og ikke byder i de samme udbud. De har forskellige målgrupper og de har forskellige produkter til disse målgrupper. Produkterne kan ikke krydsleveres mellem målgrupperne. Der er intet i bevisførelsen, der støtter, at Danica og PKA skulle være konkurrenter. Hverken Danica eller PKA mente, at selskaberne konkurrerede. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har også erkendt, at de aldrig selv har undersøgt det. Styrelsen har også erkendt, at de ikke har talt med hverken PKA eller Danica om det.

I guiden følger dernæst en henstilling om, at parterne skal være påpasselige med informationsudveksling. Det vidste PKA godt. Det vidste Tiltalte 1 godt. Og de var påpasselige med informationsudvekslingen. Først få dage før tilbuddet skulle afgives, blev der samlet et tilbudsdokumentet, hvor både Danicas og PKAs vilkår og priser var præsenteret. Det var nødvendigt på det tidspunkt, da PKA og Danica sammen skulle mødes med Dansk Supermarked og fremlægge deres fælles tilbud.

Det skal også her erindres, at vilkår og priser reelt ikke var følsomme mellem parterne. PKA og Danica var og er jo ikke konkurrenter, og har dermed notorisk ingen gevinst af at kende den anden parts priser og vilkår i det konkrete udbud. De havde ikke desto mindre behovet, eftersom de skulle forhandle fælles med Dansk Supermarked om at vinde en aftale, som PFA var storfavorit til at forlænge. De var nødt til at have fuld indsigt for at kunne gennemføre forhandlingen og presse både hinanden og Dansk Supermarked til at indgå en aftale. I forhandlingen var de også nødt til at have fælles front, og her kunne Danica bidrage med værdifulde erfaringer om, hvordan det var at forhandle med Vidne 10. Det var baggrunden for PKAs prisjusteringer lige inden fremlæggelse af tilbuddet. Det var forhandlingsteknisk.

I styrelsens guide er netop anført, at oplysninger skal udveksles så sent som muligt, hvilket er det, som parterne gør – og som Tiltalte 1 eksplicit har krævet. Tiltalte 1 ville først tage det skridt, når det var endegyldigt, at parterne rent faktisk afgav budet, og når de var i sidste fase før afgivelse af budet. Det var også sådan det blev.

Styrelsens guide anfører også, at oplysningerne ikke må kunne anvendes til at give indblik i, hvem der afgives bud til næste gang, eller hvilken pris der afgives til en anden kunde. Ingen af de udvekslede oplysninger havde det formål. Det var heller ikke aktuelt, for PKA kunne ikke byde alene til en anden lignende kunde, og de kunne heller ikke byde på de kunder, som Danica bød på. Det samme gjaldt for Danica i forhold til PKAs kunder. Faremomentet bag informationsudveksling var slet ikke til stede.

Analysen viser endnu engang, at praktiseringen og processen for samarbejdet om afgivelse af et fælles bud var en god løsning, der var forenelig med konkurrenceloven. Analysen bekræfter også igen, at der hverken var forsæt eller nogen form for uagtsomhed i at forberede og gennemføre et fælles bud. Tværtimod iagttog PKA de nødvendige forholdsregler – præcis som de er beskrevet i styrelsens guide. Hensigten var et lovligt samarbejde til gavn for konkurrencen i markedet og den konkrete kunde.

Fra afgørelsespraksis er der reelt ikke nogen sager eller praksis at sammenligne med, for der er ikke truffet afgørelser med afsæt i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om konsortier. Det gælder også den meget omtalte vejstribesag, som Højesteret i 2019 satte et punktum i. Højesteret konstaterede i den sag, at de to virksomheder var hinandens direkte og nærmeste konkurrenter, og at de eliminerede konkurrencen mellem hinanden. De to selskaber lavede nøjagtigt det samme, og de havde begge mange gange budt i konkurrence mod hinanden, når Vejdirektoratet afviklede udbud. Højesteret sagde meget kontant, at de to virksomheder havde aftalt fælles pris og fordelt identiske opgaver mellem sig. Det er slet ikke det faktum, vi behandler her.

Vejstribesagen kan ikke anvendes som sammenligningsgrundlag. Den sag handler om to virksomheder, der lavede nøjagtigt det samme. De var utvivlsomt konkurrenter og de kunne hver især have løftet Vejdirektoratets udbud alene. Havde de lavet analysen i styrelsens guide, var de ikke kommet så langt for at fastslå, at der var problemer med deres samarbejde.

Faktum i den foreliggende sag er anderledes. PKA og Danica udbyder ikke det samme. De konkurrerer ikke indbyrdes om kunder. De havde ikke fælles prissætning. De afgav et fælles bud med hver deres prissætning på hver deres produkter. Faktum i vejstribesagen er markant anderledes i forhold til denne sag, og dermed er analysen også anderledes.

Der er heller ikke andre sager at sammenligne med. De kendte konkurrencesager handler jo om virksomheder der – som vejstribefirmaerne – er hinandens indbyrdes direkte konkurrenter, fordi de udbyder det samme til de samme kunder og mødes i mange udbudsscenarier som konkurrenter. Det gør PKA og Danica ikke.

Det betyder også, at denne sag er den første af sin art. Der er ikke noget relevant at sammenligne med.

4.3 Til ”formål” eller til ”følge”

Det bringer os til næste væsentlige analysepunkt, netop om det omtalte samarbejde havde til formål eller følge af begrænse konkurrencen.

Denne analyse er en retlig analyse og diskussionen af de to begreber har fyldt meget i konkurrenceretten i de seneste år. I denne sag har anklagemyndigheden alene påstået, at det fælles bud havde til formål at begrænse konkurrencen.

EU-Kommissionen har netop i år samlet op på de seneste års diskussioner om ”til formåls begrebet”. De såkaldte horisontale retningslinjer viser, hvordan Kommissionen udlægger seneste retspraksis og kommentarer til denne. Retningslinjerne er som sagt baseret på de seneste års retspraksis. I de horisontale retningslinjer anfører Kommissionen:

”23. Begrebet »konkurrencebegrænsende formål« skal fortolkes indskrænkende og kan kun anvendes på visse aftaler mellem virksomheder, som, henset til indholdet af deres bestemmelser, til formålet hermed samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de indgår, er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger.

24. Det fremgår af retspraksis, at begrænsninger kan kategoriseres som havende et »konkurrencebegrænsende formål«, hvis der foreligger pålidelige og solide erfaringer for, at det kan fastslås, at aftalen efter sin art er skadelig for konkurrencen, eller på grundlag af aftalens særlige egenskaber, hvoraf den eventuelle særlige skadelighed for konkurrencen skal udledes, om nødvendigt efter en detaljeret analyse af denne aftale, dens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgår i.

25. For at fastslå, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, behøver der ikke være en direkte forbindelse mellem aftalen og forbrugerpriserne. Formålet med artikel 101 er ikke blot at beskytte de enkelte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men også at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan.

26. Ved vurderingen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, tages der hensyn til følgende elementer:

- a) aftalens indhold
- b) de formål, aftalen tilsigter at opfylde
- c) den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår.

27. Ved vurderingen af denne retlige og økonomiske sammenhæng skal der også tages hensyn til:

- a) arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om
- b) hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.” (mine understregninger)

I tillæg hertil har vi senest set Domstolen udtale, at også eventuelle effektivitetsgevinster skal indgå i til formåls analysen, jf. C-211/22 (Super Bock) afsagt den 23. juni i år. I præmis 34-36 udtaler domstolen:

”34. Det væsentlige juridiske kriterium for at afgøre, om en aftale, uanset om den er horisontal eller vertikal, indebærer et »konkurrencebegrænsende formål«, bunder således i den konstatering, at en sådan aftale i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 57, og af 18.11.2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).

35. Ved vurderingen af, om dette kriterium er opfyldt, skal man forholde sig til rækkevidden af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelse med vurderingen af denne sammenhæng skal arten af de varer eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er

opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

36. Når parterne i aftalen påberåber sig de konkurrencefremmende virkninger herved, skal der endvidere tages hensyn til disse elementer som elementer i den sammenhæng, hvori denne aftale indgår. Forudsat at der er påvist sådanne relevante virkninger, der er specifikke for den pågældende aftale og tilstrækkeligt betydelige, kan disse virkninger nemlig give anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt denne aftale er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 103, 105 og 107).” (mine understregninger)

Pkt. 36 fastslår altså, at der i ”til formåls” analysen også skal ses på de konkurrencefremmende virkninger.

Retningslinjerne samt Super Bock sagen fastlægger analyserammen. Startpunktet er, at ”til formåls begrebet” fortolkes indskrænkende. Det understreger, at anklagemyndighedens bevisbyrde er høj.

Som det næste fremgår det, at der skal være pålidelige og solide erfaringer til støtte for, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen – alternativt, at der laves en tilbundsgående analyse. Om aftalens kontekst peges på, at der skal laves en analyse af hele aftalens økonomiske og retlige helhed, herunder de konkrete forhold i markedet.

Anklagemyndigheden har ikke pålidelige og troværdige kilder at henvise til i denne sag. Der er heller ikke lavet en tilbundsgående analyse. Med andre ord har anklagemyndigheden ikke ført bevis for, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. De beviser og vidner som anklagemyndigheden har fremlagt og ført viser nemlig det modsatte. Det er et gennemgående tema fra bevisførelsen, at samarbejdet mellem PKA og Danica styrkede konkurrencen i markedet. Som det følger af præmis 36 i sag Super Bock sagen skal netop denne konkurrencefremmende effekt også inkluderes i ”til formåls” analysen, fordi den skaber berettiget tvivl om til formåls begrebet. Det har anklagemyndigheden heller ikke inkluderet i sin undersøgelse.

Ingen – end ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vidneforklaringer – anfører, at konkurrencen har været begrænset. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens medarbejdere siger, at de ikke ved, om aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Styrelsens medarbejdere kunne altså heller ikke se de ”pålidelige og solide erfaringer” der skulle understøtte en ”til formåls” overtrædelse.

Det er altså langt fra entydigt, at PKA og Danica havde indgået en aftale med det formål at begrænse konkurrencen. Tværtimod viser analysen baseret på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide, at der ikke kan identificeres konkurrencebegrænsninger. Det er faktisk langt nemmere at identificere det modsatte. Altså at der skete noget godt for konkurrencen, da PKA og Danica meldte ud, at de kunne tilbyde en pensionsløsning sammen til Dansk Supermarked.

Kommissionens opdaterede retningslinjer er relevant for denne sag. Retningslinjerne er også taget til efterretning af Konkurrenceankenævnet i Danmark. Det er ankenævnet, der behandler klager over Konkurrencerådets afgørelser. I sagen mod Boligtextilbranchens indkøbsservice (Botex) mente Konkurrencerådet, at et indkøbssamarbejde også udgjorde en til formåls overtrædelse, fordi medlemmerne i indkøbssamarbejdet havde fordelt markedet geografisk mellem sig. Konkurrencenævnet udtalte, at eftersom et indkøbssamarbejde i udgangspunktet ikke er en til formåls overtrædelse, så påhviler det Konkurrencerådet at lave en konkret analyse af aftalens retlige og økonomiske kontekst. Det gjaldt også den påståede geografiske opdeling. Det havde rådet forsømt, og derfor blev afgørelsen ophævet

og sendt retur til Konkurrencerådet. Det samme gjorde sig i øvrigt gældende for Tagpapsagen, hvor Konkurrencerådet opgave sagen.

Det er samme problem i denne sag. Anklagemyndigheden er sprunget over, hvor gærdet er lavest og dermed undladt at præsentere et fyldestgørende bevis og gennemføre den nødvendige analyse. Den går selvsagt ikke. Hvis der skal straffes, skal enhver rimelig tvivl været hævet, og det er den ikke.

Botexsagen (som den omtales) er vigtig, fordi den for det første peger på, at de opdaterede horisontale retningslinjer skal anvendes. For det andet bekræfter sagen, at det kræver noget mere at stemple en aftale som en til formåls overtrædelse. Det styrkes yderligere af Super Bock sagen.

Til afrunding af formåls temaet kan det konstateres, at anklagemyndigheden ikke har løftet den bevisbyrde, som Kommissionen, EU Domstolen og Konkurrenceankenævnet forventer skal kunne løftes. Der er dermed ikke ført det nødvendige bevis for, at Danica og PKA har indgået en aftale med det formål at begrænse konkurrencen.

5. § 8 vurderingen

I henhold til konkurrencelovens § 8 finder konkurrencelovens § 6 ikke anvendelse, hvis aftalen skaber effektivitetsgevinster, der kommer forbrugerne til gode.

Advokat Hjelmberg har redegjort grundigt herfor. Det centrale jeg blot vil påpege er, at anklagemyndighedens udsagn om, at § 8 forsvaret er udokumenteret er helt forkert. Det fremlagte bevis er jo netop sådan, at PKA kan og skal føre et bevis for, at betingelserne er opfyldt. Derefter må anklagemyndigheden dokumentere, hvorfor dette bevis ikke er korrekt. PKA har via sin "jobtitel" og et eksternt specialiseret konsulentvirksomhed med meget stor indsigt i it-udvikling til pensionsbranchen bevist, at PKA skulle bruge mange penge (■■■■ kr.) og lang tid (2½-3 år) for at kunne levere alene. Anklagemyndigheden har end ikke forsøgt at modbevise det.

§ 8 beviset er altså ført og ikke modbevist.

Beviset er dertil bakket op af Vidne 10 og Vidne 9, der har forklaret, at samarbejdet mellem PKA og Danica skabte ny konkurrence. Anklagemyndigheden mener, at de to vidner er utro-værdige. Det giver ingen mening. De ville jo være ofre for den konklusion, som anklagemyndigheden er noget frem til. Her taler vi om to personer, der i ■■■ år har beskæftiget sig med indkøb af pensioner. De kunne godt gennemskue, hvis de var et offer.

Endelig skal jeg nævne, at anklagemyndighedens udsagn om, at parterne bare kunne have ansøgt om en fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 2 beror på anklagemyndighedens ukendskab til konkurrenceloven. Det har ikke været muligt i mere end 20 år at anvende den bestemmelse, da bestemmelsen jo ikke kan give en undtagelse til TEUF artikel 101. i Dag er bestemmelsen indholdsløs.

6. Tilregnelsen

Eftersom beviset for en konkurrencelovovertrædelse ikke er ført, bliver spørgsmålet om tilregnelser irrelevant.

Ud over det allerede anførte om tilregnelsen er der dog to væsentlige betragtninger, der skal med.

For det første ligger det helt fast, at PKA ikke kunne byde selv. De skulle have en partner, for at være med. Uden en partner havde PKA ikke deltaget. De har heller ikke deltaget før 2018 udbuddet. Uanset

hvem PKA havde samarbejdet med, havde et ikke ført til færre bud. Eftersom PKA ikke kunne selv og dermed skulle finde en partner, kan PKA og Tiltalte 1 notorisk ikke have haft forsæt eller ud-vist uagtsomhed til at overtræde konkurrenceloven.

Denne konklusion kan ikke ændres af, at en medarbejder fra Danica har tilbudt at hjælpe PKA med at regne priser – et tilbud der blev afslået. Det kan heller ikke ændre på det, at en Danica medarbejder har anvendt ordet ”kannibalisierung”. Danicamedarbejdere er ikke underlagt Tiltalte 1 instruktion, og tilregnelseskravet kan ikke udstrækkes så langt, at Tiltalte 1 også skal tage ansvar for udtalelser fra en anden virksomheds medarbejdere.

Hertil skal jeg også påpege, at anklagemyndigheden på side 39 i sin procedure lægger vægt på, at Tiltalte 1 deltog i Danicas [REDACTED]. Det har Tiltalte 1 aldrig gjort, og det har ingen forklaret under denne sag. Det passer ganske enkelt ikke, at Tiltalte 1 har deltaget i Danicas møder.

For det andet vil jeg nævne Københavns Byrets dom i den straffesag, der fulgte efter Højesterets afgørelse i vejstribesagen. Dommen er anket, men i dommen anerkender retten Højesterets konklusion om, at der var en konkurrencelovsovertrædelse. Retten anfører dog også, at ingen af parterne på tidspunktet for afgivelse af tilbuddet udviste den fornødne tilregnelse til at straffe. Det handler navnlig om, at de to vejstribevirksomheder ikke mente, at de kunne løfte Vejdirektoratets udbud alene, samt at de mente, at skulle byde på det hele for at komme i betragtning. Anklagemyndigheden kunne i den sag ikke bevise, at det ikke reelt var selskabernes opfattelse. Denne præmis kan spejles i den nærværende sag, hvor både Danica, PKA, forsikringsmægler Vidne 10, PFA’s ”jobtitel” og Dansk Supermarked har afvist, at PKA kunne vinde udbuddet alene. Det var også PKA’s helt klare egen opfattelse af markedssituationen. Det understreger, at Tiltalte 1’s hensigt aldrig har været at begrænse konkurrencen endsi-ge at overtræde konkurrenceloven. Det var Tiltalte 1’s hensigt at forbedre konkurrencen, og selv om PKA blev stoppet i den proces, så ved vi i dag, at det faktisk lykkes at fremme konkurrence, for Dansk Supermarked fik et bedre tilbud af PFA end forventet.

Der kan notorisk ikke statueres forsæt, og der kan heller ikke efter min vurdering konstateres uagtsomhed. Tiltalte 1 har gjort alt i sin magt for at overholde gældende ret og samtidig bringe PKA ind til et nyt kundesegment, som PKA aldrig havde afgivet bud på før. På grund af denne sag lykkes det ikke. Og PKA har nu forladt den tanke igen. Desværre for konkurrencen og for forbrugerne.

7. Sanktionen

Såfremt retten mod min forventning vurderer, at der er ført bevis for, at min klient har overtrådt konkurrenceloven med den fornødne tilregnelse, henstiller jeg til, at bøden reduceres betydeligt.

Min klient har ventet på denne sag i godt fem år og er [REDACTED], jf. hertil straffelovens § 82.

Jeg bemærker hertil, at der i praksis også efter de ”nye” (de gældende) bøderegler er udmålt bøder langt under DKK 100.000. I en række sager er der helt undladt at straffe enkeltpersoner (Kaufmann, DKK 3,7 mio. til selskabet men 0 til ledelsen, Ageras, 1,275 mio. til virksomheden, em 0 til ledelsen). I en Østre Landsrets sag (Entreprisesamarbejde) fik ledelsen bøder på henholdsvis 75.000 og 50.000. I et bødeforlæg til Mediecenter Danmark fra 2020 fik den administrerende direktør en bøde på DKK 50.000. I en sag fra Retten i Helsingør i det såkaldte VVS kartel blev de personlige bøder i 2021 udmålt til DKK 10.000, blandt andet med henvisning til, at de tiltalte ikke havde til hensigt at overtræde loven. Anklagemyndigheden bragte ikke disse udmålinger i landsretten, selvom anklagemyndigheden havde krævet bøder på 50.000 kr. Retspraksis bekræfter dermed, at retten er frit stillet til at nedsætte bøden.

8. Sammenfattende

Sammenfattende kan det konkluderes:

- De faktiske forhold – herunder alle sagens beviser – understøtter, at Danica og PKA ikke var indbyrdes konkurrenter i forhold til Dansk Supermarkeds udbud. I øvrigt viser sagens beviser også, at de to selskaber heller ikke i forhold til andre kunder er indbyrdes konkurrenter. Den konkurrenceretlige analyse understøtte dette faktum, idet den viser, at PKA og Danica ikke var indbyrdes konkurrenter i forhold til Dansk Supermarkeds udbud.
- De faktiske forhold viser, at formålet ikke var at begrænse konkurrencen. Det har alle vidner bekræftet. Den konkurrenceretlige analyse viser også, at formålet med aftalen var at skabe konkurrence i et marked, hvor konkurrencen var begrænset. Der var ikke et konkurrencebegrænsende formål. Dette gør sig navnlig gældende for PKA, der notorisk ikke kunne levere til Dansk Supermarked alene. Med andre ord har anklagemyndigheden ikke bevist, at der var en til formåls overtrædelse.
- Den juridiske analyse viser, at PKA skulle have en partner. PKA kunne ikke selv. PKA – og deres medarbejdere – kan derfor alt andet lige ikke have haft den fornødne tilregnelse.
- Tiltalte 1 har da også taget alle forholdsregler om at agere compliant og har følgelig ikke udvist nogen grad af forsæt eller uagtsomhed.
- Derfor skal min klient frifindes.

...”

4.4 Tiltalte 2's procedure

Advokat Hanne Rahbæk har i skriftlig procedure modtaget den 8. november 2023 anført bl.a

”...

2. ANBRINGENDER

- 2.1 Til støtte for den nedlagte påstand gøres det gældende,
- at der objektivt ikke er sket en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, i forhold til opdeling af markeder eller kunder, og ej heller i relation til koordinering af bud, ligesom den samlede adfærd ikke kan karakteriseres som en til formål-overtrædelse,
- at det fælles bud afgivet af Danica og PKA samlet har bidraget til konkurrencen til fordel for forbrugerne både konkret, men potentielt også på det samlede pensionsmarked, jf. konkurrencelovens § 8,
- at der ikke er den fornødne tilregnelse, idet Tiltalte 2 hverken har handlet forsætligt eller groft uagtsomt ved sin deltagelse i forløbet,
- at det samlede forløb af sagen og dens tidsmæssige udstrækning må føre til bortfald af en evt. straf, jf. den dagældende straffelovs § 82, stk. 1, nr. 8, nr. 11, nr. 13 og nr. 14.

3. DISPOSITION FOR PROCEDUREN

Jeg skal helt generelt henvise til de skriftlige indlæg fra advokat Simon Evers Hjelmberg og også det, som jeg ved kommer fra advokat Michael Klöcker. Den overvejende del af problemstillingerne i sagen er identiske for de 4 tiltalte, og jeg skal, for ikke unødigt at komme med gentagelser, henvise til Simon Hjelmbergs grundige gennemgang af de relevante dele af konkurrenceretten.

I proceduren omtaler jeg overordnet de tiltalte selskaber som PKA og Danica Pension, Livsforsikringsaktieselskab, som Danica.

Min procedure vil fokusere på følgende punkter

4. Anklageskriftet
5. JUS
6. Særlige bevisspørgsmål
7. Resultatet af bevisførelsen
8. Subjektivt – er der handlet forsætligt eller groft uagtsomt
9. Eventuel sanktion

Jeg har udarbejdet et hjælpe-bilag med udklip fra forklaringsdokumentet opdelt på emner, og jeg vil under proceduren henvise til dette dokument.

4. Anklageskriftet

Når jeg starter med at se på anklageskriftet, er det fordi jeg ikke læser anklageskriftets beskrivelse af den bebrejdede adfærd på en måde, som svarer til indholdet i procedureerne.

Tiltalen omhandler overordnet overtrædelse af konkurrencelovens § 6. For Tiltalte 2's vedkommende i form af medvirken til overtrædelse af bestemmelsen.

Anklagemyndigheden skal føre bevis for hvert enkelt led i anklageskriftets beskrivelse af gerningsindholdet, men også for at gerningsbeskrivelsen indeholder et objektivt strafbart forhold.

Ordlyden af anklageskriftet danner altså rammen for det, som retten skal tage stilling til, og dermed også for temaerne for bevisførelsen. Anklageskriftet er efter min opfattelse ikke knivskarpt formuleret.

Anklageskriftet indeholder to elementer: Opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud. Det kan henføres til de følgende led i anklageskriftet:

ved i perioden fra medio 2017 til marts 2018, ved tilskyndelse, råd eller dåd at have medvirket til, at PKA+ Pension Forsikringsselskab A/S indgik en aftale eller samordnet praksis om opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud, der direkte eller indirekte havde til formål at begrænse konkurrencen (kendetegn, jf. rpl. § 834, stk. 2, nr. 1),

- 1) idet på vegne af PKA+ Pension Forsikringsselskab A/S og PKA A/S på møder og ved mailkorrespondance i 2017 og 2018 forhandlede og indgik en aftale med Danica Pension,

Livsforsikringsaktieselskab, hvis sag behandles særskilt, om kundedeling i relation til kunde-segmentet ”større virksomheder i detailbranchen” på det kommercielle marked for livs- og pensionsforsikringer i Danmark, (kort beskrivelse, jf. rpl. § 834, stk. 2, nr. 4)

- 2) og den 23. marts 2018 som i PKA A/S, der handlede på vegne af PKA+ Pension Forsikringsselskab A/S, afgav et fælles bud til Dansk Supermarked A/S i forbindelse med et udbud af en flerårig firmapensionsaftale omfattende mere end [REDACTED] chefer og [REDACTED] medarbejdere med årlige indbetalinger på ca. [REDACTED] kr. (kort beskrivelse, jf. rpl. § 834, stk. 2, nr. 4)

Retten kan alene tage stilling til indholdet i anklageskriftet og efter formuleringen, er det centrale i led i tiltalen; opdeling af kunder i relation til ”kundesegmentet større virksomheder i detail-branchen”.

En sædvanlig sproglig forståelse af denne del af tiltalen er, at der skulle være indgået en aftale, om at fordele de større virksomheder i detail-branchen mellem Danica og PKA, jf. kundesegmentet ”større virksomheder i detailbranchen”.

Hvis retten er enig i denne opfattelse, skal der ske frifindelse for 1. led, allerede fordi der ikke er noget i sagen, som tyder på, at der skulle være indgået sådan en aftale. Det er bestridt af alle involverede og der har på intet tidspunkt været bevisførelse om spørgsmålet. Der er alene afgivet ét fælles bud og der er intet i sagen, som tyder på, at man ville undlade at byde på nogle virksomheders pensionsudbud, så den anden part kunne afgive bud.

I forhold til det andet led i tiltalen er beskrivelsen alene, at man afgav et fælles bud og det er jo ikke en beskrivelse af noget strafbart. Der skal beskrives nogle kvalificerende elementer.

Her har procedurerne indtil nu fokuseret på, at Danica og PKA afgav et samlet bud på et flertal af medarbejdergrupperne i Dansk Supermarked (ekskl. medarbejdergrupper med pension i PensionDanmark). Tilbuddet omfattede to delbud, som var bundet sammen af en forpligtelse til at sikre, at der var one-point of contact, og at ingen medarbejderne faldt mellem to stole i forbindelse med jobskifte. Der er i anklageskriftet ikke anført noget kvalificerende i forhold til, hvorfor det skulle være ulovligt at byde sammen, f.eks. fordi man var konkurrenter el.lign. Der er heller ikke i anklageskriftet nævnt noget om ulovlig informationsudveksling.

Overordnet gøres det derfor gældende, at anklageskriftet ikke beskriver noget strafbart og at der derfor allerede af den grund skal ske frifindelse.

5. JUS

5.1 Tiltalen omhandler overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og EUF-traktatens art. 101.

Jeg skal om forståelsen af disse bestemmelser i det hele henviser til Simon Hjelmborgs gennemgang af bestemmelserne i Hjelmborgs procedure pkt. 4 og pkt. 5 (s.13 – s. 104).

Vurderingen af om en aftale er i strid med konkurrenceloven består af to trin.

Retten skal først tage stilling til, om aftalen er i strid med KRL § 6. Dernæst skal aftalen vurderes i forhold til KRL § 8. Det betyder, at retten skal vurdere, om aftalen medfører effektivitetsfordele, som kan opveje aftalens konkrete negative virkninger.

- 5.2 Hvis jeg skal forsøge at opsummere i forhold til KRL § 6, skal retten for det første tage stilling til, om Danica og PKA var konkurrenter.

Det sker, ved at foretage en vurdering af, om Danica og PKA bevægede sig på samme marked. Altså foretage en markedsafgrænsning med stillingtagen til udbuds- og efterspørgselssubstitution mellem Danica og PKA's produkter baseret på egenskaber, pris og anvendelsesformål. Dernæst skal der foretages en vurdering af, om Danica og PKA i forhold til det konkrete bud var aktuelle eller potentielle konkurrenter.

Hvis Danica og PKA var konkurrenter, skal retten vurdere, om det fælles bud var en konkurrencebegrænsende aftale (til formål) eller et bud gennem et lovligt konsortium.

Det kan yderligere vurderes, om der er udvekslet flere oplysninger end nødvendigt, uden at dette dog ses omfattet af anklageskriftet.

- 5.3 I forhold til KRL § 8 gennemgik Simon Hjelmberg (s. 73ff.) betragtningerne i konsortievejledningen om de effektivitetsgevinster, der kan være ved konsortiebud, herunder ved et fælles bud fra to virksomheder, der er aktive indenfor den samme branche, men hver især er særligt kompetente indenfor nogle underområder, eller hver især besidder særlig know-how.

Simon Hjelmberg gennemgik herefter de fire kumulative betingelser i § 8, stk. 1 (effektivitetsgevinster, fordele for forbrugerne, kun nødvendige begrænsninger og ingen udelukkelse af konkurrencen), og konkluderede (pkt. 5.3, s. 101), at aftalen individuelt ville kunne fritaget efter KRL § 8, da samarbejdet mellem Danica og PKA forbedrede konkurrencen ved at tilbyde Dansk Supermarked det bedste fra to verdener, ved at sikre at ingen faldt mellem to stole ved interne jobskifter, ved at tilbyde one-point-of-contact og ved at forbedre den konkrete konkurrence om pensionsordningen væsentligt. Det konkrete bud var utvivlsomt bedre, end hvad Danica og PKA hver især kunne byde ind med. Fordelene tilfaldt forbrugerne, samarbejdet gik ikke længere end nødvendigt og konkurrencen blev ikke udelukket, men forbedret.

Jeg er som beskrevet enig i advokat Hjelmbergs gennemgang og konklusioner og har kun ganske enkelte bemærkninger.

- 5.4 Anklagemyndigheden angiver i sin procedure, at parterne var konkurrenter, og at aftalen mellem parterne skal bedømmes som en hardcore kartelaftale, der oplagt havde til formål at begrænse konkurrencen. Da der er tale om en hardcore overtrædelse af KRL, er det ikke nødvendigt at foretage den vurdering, som Simon Hjelmberg beskrev i sin procedure.

Anklagemyndigheden skriver (s. 10, 2. afsn.)

"Aftaler, herunder karteller, om kundedeling og koordinering af bud, hører til de aftaler, der oplagt har til formål at begrænse konkurrencen, jf. konkurrenceloven 4. udgave s. 247, MS s. 855.

Karakteristisk for denne type aftale er, at de har et konkurrencebegrænsende formål i sig selv, og at analysen af "den økonomiske retlige sammenhæng" hvori denne type aftale indgår, begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt. ..."

Efter min opfattelse går anklagemyndigheden her galt i byen. Hvis man ser på MS s. 851, hedder overskriften ”15. Til formål”. Herefter følger inddelingene; ”15.1. Begreb”, ”15.2. Kategorier” og underinddelingerne, s. 854, ”15.2.1. Oplagt til formål” og s. 856, ”15.2.2. Til formål efter nærmere undersøgelse”.

Se MS s. 854,

”Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser ”

De andre sager, som der henvises til, er bl.a. Toshiba-sagen (gensidig aftale om ikke at bevæge sig ind på hinandens geografiske marked), og BIDS-sagen (betaling til konkurrenter for at de skulle trække sig ud af markedet) m.fl. Når jeg gennemgår afgørelserne under ”15.2.1. Oplagt til formål”, kan jeg ikke finde afgørelser med to parter, som går sammen om, på opfordring og fuldt offentligt, at byde sammen.

Et fælles bud er ikke et lovligt konsortiebud, blot fordi det betegner sig sådan, men det giver næsten sig selv, at et offentligt, fælles bud ikke pr. definition altid kan være ”oplagt til formål” eller udtryk for et hardcore kartel. Så ville der aldrig komme bud fra konsortier. Hvis der i denne sag skal statueres en til formål aftale, skal der derfor ske efter en nærmere undersøgelse.

- 5.5 Jeg mener også, at denne opfattelse kan finde støtte i Vejstribe-sagen (MS s. 245, U.2020.524.H), som jo har nogen lighed med denne sag. Det drejer sig om et konsortiebud. Men også rigtig mange forskelligheder (civil sag, offentligt udbud, simpelt produkt, samme produkt på flere geografiske distrikter, ubestridt at begge parter kunne byde på i al fald et enkelt af de andre distrikter, flere andre bød på et enkelt distrikt og det fælles bud betød, at der på et distrikt kun kom et bud).

Højesterets indflyvning til sagen findes i MS s. 518:

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

.....

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

Højesteret slår altså fast, at domstolene foretager en fuldstændig prøvelse af det faktiske grundlag og retsanvendelsen, mens vurderinger der i det væsentlige bygger på konkurrencemæssige skøn, forudsætter et sikkert grundlag. Det sidste er i overensstemmelse med GRDL § 63, men bliver ikke aktuelt i vores sag. For konkurrencemyndighederne har ikke foretaget nogen konkurrenceretlige vurderinger, ej heller vurderinger der bygger på et konkurrencemæssigt skøn.

For at vurdere, om de to selskaber var konkurrenter (MS s. 518), gennemgik Højesteret herefter aktørerne, markedet, det konkrete udbud og tildelingskriteriet, de andre inviterede, de andres adfærd ved udbuddet og det/de konkrete bud. Præcist som beskrevet af Simon Hjelmberg i tirsdags. Højesteret foretog herefter en vurdering af om konsortieaftalen havde til formål at begrænse konkurrencen. Højesteret konstaterede i den forbindelse (MS s. 520), at virksomhederne efter den konkrete aftale eliminerede konkurrencen mellem hinanden og at der ikke var oplyst karakteristika ved markedet, som, uanset den fælles prisfastsættelse og opgavefordelingen, kunne begrunde, at aftalen ikke havde haft til formål at begrænse konkurrencen.

Altså en civil sag prøvet i to administrative instanser og efterfølgende i to retsinstanter med omfattende bevisførelse og en intensiv prøvelse på en række parametre. Det er det arbejde, som retten står overfor i denne sag.

Beviskravet er i en straffesag ”uden nogen rimelig tvivl”. Det krav er helt sikkert ikke løftet i sagen her.

6. Særlige bevisspørgsmål

- 6.1 Simon Hjelmberg indledte sin procedure med at gennemgå sagens opkomst og den behandling, som denne sag har fået forud for tiltalerejsningen. Først præget af meget stort hastværk og dernæst i klemme mellem to administrative systemer og behandlet efter en lovgivning, som nu er ændret.

Advokatfirmaet Kromann Reumert udarbejdede Ikaros-rapporten på opdrag fra Danske Banks juridiske afdeling og indgav på baggrund af samme rapport på vegne Danica ansøgning om straflempelse. Jeg skal her alene nævne, at ingen af de væsentligste aktører i Danica var involveret, ingen i PKA blev involveret (naturligvis), men heller ingen med kendskab til pensionsbranchen blev involveret. Det kloge advokatråd var jo uanset undersøgelsens åbenbare mangler at få indgivet en straflempelsesansøgning, for hvis man var den første til at indgive en straflempelsesansøgning, var man sikker på ikke at blive ramt, uanset om der var noget strafbart eller ej.

Jeg skal henvise til mit hjælpebilag s. 1 – 4 om tilblivelsen af Ikaros-rapporten.

Det må være åbenbart, at retten ikke kan tillægge oplysninger og vurderinger fra rapporten nogen vægt, da forløbet er undersøgt uden inddragelse af de aktører, som har deltaget i hændelsesforløbet og uden nogen analyser af markedet.

Så tænker man, at konkurrencemyndighederne ville iværksætte en efterforskning, for at få forholdene afklaret lidt nærmere, men det gjorde man ikke. Man tjekker, at selvanmeldelsen ikke er åbenbart grundløs, og så sender man sagen videre til SOIK (nu NSK). Det betyder, at der aldrig hos særmyndigheden er foretaget nogen substansvurdering af sagen. Der er heller ikke indhentet udtalelser fra Finanstilsynet, som fører en indgående kontrol med alle aktørerne på pensions- og livsforsikringsmarkederne. Finanstilsynet kunne bidrage med bl.a. belysning af, hvad der var sensitive og ikke sensitive oplysninger, i hvilket omfang selskaberne ville være godkendte til at byde på forskellige produkter, men også hvordan priserne beregnes. Se forklaringerne fra hjælpebilag s. 5 - 6.

I mangel af undersøgelser, analyser og vurderinger fra konkurrencemyndighederne, må retten lægge forklaringerne fra de involverede parter til grund.

Det fører mig direkte over i det næste punkt. Som bekendt er det i straffesager anklagemyndigheden, som har bevisbyrden. Når jeg nævner det selvfølgelig, skyldes det, at anklagemyndigheden flere steder i sin procedure indikerer, at forklaringer er usandsynlige eller bekvemme/konstruerede til lejligheden. Det gør man også steder, hvor der end ikke har været forsøgt bevisførelse omkring et postulat.

Se f.eks. s. 44-45 omkring forholdene om straflempelsesansøgningen, s. 45/48:

"Det forekommer helt usandsynligt, at selskaberne ikke har givet input og har godkendt ansøgningen, inden den bliver sendt. Det vil være særdeles usædvanligt."

Det skriver man, selv om Tiltalte 2 i forklaringsdokumentet s. 46, sidste afsnit, af-gav en meget detaljeret forklaring om det pressede tidsforløb, selvom Jacob Pinborg i mail af 1. september 2023 fremlagt her i retten skrev, "at vi ikke inden indlevering af ansøgningen foretog en selskabsretlig vurdering af koncernbegrebets rækkevidde i forhold til PKA A/S, ligesom dette spørgsmål ikke blev drøftet særskilt med PKA A/S." Og uden at man jo i øvrigt har forsøgt nogen som helst bevisførelse omkring dette punkt, f.eks. ved at indkalde advokat Jacob Pinborg til at afgive forklaring.

Her må man selvsagt lægge Tiltalte 2's forklaring til grund.

Et andet eksempel er anklagemyndighedens procedure s. 21n, hvor det i forbindelse med PKA's afgivelse af det 3. bud i november 2018 angives, at "PKA nu har nær advokatbistand", hvorefter det antydes, at den rådgivning bliver brugt til at kreere en art cover up ved det sene-ste bud, s. 22ø:

"Formuleringen i Tiltalte 2's e-mail af 22. november 2018 genfindes i PKA+'s straflempelsesansøgning (...), som er indgivet selvsamme dag af advokat Peter Stig Jakobsen."

En helt ens formulering kan være udtryk for, at der er en afsmitning mellem dokumenterne og at de er forfattet af den samme. Derfor blev jeg først ærgerlig over, at der ikke er nogen, som havde spurgt Tiltalte 2's, hvorfor formuleringerne var ens. MEN der var en naturlig forklaring på, at der ikke var stillet spørgsmål. For når man tjekker efter, så er det jo ikke rigtigt. Temaerne er de samme, men formuleringerne er på ingen måde ens, og derfor er der slet ikke det sammenfald, som anklagemyndigheden påberåber sig.

PKA har på intet tidspunkt lagt skjul på, at man i maj 2018 kontaktede en advokat, først advokat Jacob Pinborg og senere advokat Peter Stig Jakobsen. Det gjorde man for at søge bistand i en situation, hvor man ikke forstod, hvad problemet var. Men ikke for at lave noget cover-up. Det forekommer nærmest absurd. Hvis man bare antydningvist havde forudset, at man bevægede sig på tynd is og risikerede en sag af denne karakter, havde langt det smarteste jo været bare at sætte sig på sine hænder. Så ville man jo have nærmest bevis for, at man ikke kunne byde. Begrundelsen for at man afgav bud var, at betingelserne blev ændret, at man blev kraftigt opfordret, og at man følte sig forpligtet overfor Vidne 10 og Dansk Supermarked.

Hvis de afgivne forklaringer skal tilsidesættes, må det ske på baggrund af konkrete oplysninger om noget andet end det, som er forklaret. Antagelser og "synsninger" har ikke hjemme i en straffesag. Det gælder måske i særlig grad i sager, hvor ingen af de involverede, hverken de tiltalte eller vidnerne, har haft noget som helst personligt motiv til at overtræde loven.

- 6.3 Som et led i bevisvurderingerne er det væsentligt også at huske, at strafansvar er individuelt ansvar. Det har måske her størst betydning i forhold til de to personer, idet retten jo for hver af dem skal tage stilling til, hvilken viden de konkret havde tilbage i 2017/2018.

Man kan altså ikke tage mails sendt internt i Danica eller mails sendt fra medarbejdere i Qvartz og så lægge til grund, at de mails, der sendes rundt, er udtryk for en viden eller en tankegang, som f.eks. Tiltalte 2 havde kendskab til.

Det giver næsten sig selv, når det drejer sig om de interne mails i Danica. I forhold til Qvartz vil jeg gerne fremhæve, at der er tale om et konsulentfirma, som er antaget til at holde en proces i gang. Der har ikke været bevisførelse om, hvilket kendskab medarbejderne hos Qvartz havde til pensions- og forsikringsbranchen. De interne arbejdsgange mellem PKA og Qvartz er beskrevet sådan, at Qvartz bl.a. kom med udkast til powerpoints, men uden at det var noget, som blev behandlet eller godkendt i PKA, medmindre det skulle sendes ud af huset. Qvartz var antaget af både Danica og PKA, og man havde gjort sig anstrengelser for at holde processerne adskilte bl.a. ved oprettelse af tre separate datarum. Der kan i bevisførelsen ikke lægges vægt på mails eller materiale fra Qvartz, medmindre man kan se, at oplysningerne deri stammer fra medarbejdere fra PKA eller er godkendt af sådanne. Når Qvartz rykker for f.eks. priser eller sætter et punkt om priser på en dagsorden, kan det alene tages som udtryk for, at Qvartz havde et ønske om at holde gang i processen. Det kan ikke tages som udtryk for, at der blev drøftet priser mellem Danica og PKA. For det første, fordi man ikke ved beregning af pris på egne produkter, kunne bruge prisoplysningerne til noget, for det andet fordi de endelige og relevante priser blev beregnet af aktuarerne og først lå klar meget sent i processen.

7. RESULTATET AF BEVISFØRELSEN

- 7.1 Også i forhold til resultatet af bevisførelsen vil jeg generelt henvise til Simon Hjelmborgs procedure og hans gennemgang af faktum i relation til de trin, som retten skal beskæftige sig med, herunder om Danica og PKA var konkurrenter og om den fælles budaftale var konkurrencebegrænsende.

- 7.2 I forhold til Tiltalte 2 vil jeg kort opsummere, at Tiltalte 2 var [REDACTED] "jobtitel" i PKA+ på det tidspunkt, hvor buddet blev afgivet. Uagtet Tiltalte 2's stillingsbetegnelse [REDACTED] Tiltalte 2 ligesom [REDACTED] Tiltalte 1 som Tiltalte 2 i øvrigt havde et tæt samarbejde med. Udover "gruppen" havde Tiltalte 2 et tæt samarbejde med Vidne 6, som var [REDACTED] i flere af PKA-pensionskasserne, bl.a. PKA+. Vidne 6 havde [REDACTED] i relation til prisfastsættelsen. Hverken Tiltalte 2 eller andre ansatte i PKA havde nogen personlige økonomiske interesser i samarbejdet med Danica om at afgive et fælles bud på Dansk Supermarkeds pensionsordninger.

Når Danica og PKA begyndte at overveje mulighederne for at afgive et fælles bud, var det selvsagt fordi, de gerne ville have flere kunder. Men det var også på et baggrundstæppe af opfordring fra konkurrencemyndighederne om at få gjort noget ved konkurrencesituationen på pensionsmarkedet. Markedet blev analyseret af konkurrencemyndighederne i 2009 og i 2017/2018 var myndighederne igen i gang med at se på området. Når man taler om forandringer, er det jo sådan, at hvis man gør det, som man altid har gjort, så får man i bedste fald det samme resultat. Det var derfor nødvendigt at tænke ud af boksen, hvis man ville forsøge at påvirke konkurrencesituationen på et fastlåst marked.

Tiltalte 2 deltog i styregruppen for projektet fra efteråret 2017. Tiltalte 2 deltog i to møder med Vidne 2 fra Danica. Den 20. september 2017 og den 7. marts 2018. Det er ikke rigtigt, når anklagemyndigheden i proceduren, s. 39, skriver, at der den 20. september 2017, var et møde i Danica, hvor de tiltalte deltog. Det må vist være en skrive-fejl, sådan at der skulle stå et møde i PKA. Så giver det også mening, at man kunne godkende et samarbejde med Danica.

Tiltalte 2 har, som alle andre i øvrigt, forklaret, at Danica og PKA hver især beregnede de priser, som de skulle byde ind med. Priserne blev beregnet af de respektive selskabers aktuarer på baggrund af det risikoregnskab, som var udarbejdet af PFA for henholdsvis medarbejderne og lederne. Der fremkom under forløbet flere nye risikoregnskaber, så priserne måtte omberegnes.

Lad os se på hjælpebilaget s. 28 - 30

Det må lægges til grund, at der foregik informationsudveksling et par dage før det endelige bud. Det var en pris, som var godkendt af begge de tiltalte, som i øvrigt var på ferie. Den endelige budpris var lavere end den, som var godkendt af Tiltalte 2 et par dage inden den 21. marts 2018. Det skyldtes, at [REDACTED] arbejdede videre med beregningerne, og selvom prisen blev hævet en smule for at have noget at give af i forhandlingsforløbet med Vidne 10. Jeg synes, at man fik et meget fint indtryk af Vidne 10, da Vidne 10 var her i retten for at afgive forklaring. Jeg er ikke i tvivl om, at Vidne 10 er en dygtig analytiker og har meget lidt tålmodighed med folk, som ikke forstår Vidne 10's krav. Så det gælder om at være godt forberedt, hvis man med videre ved forhandlingerne.

Retten skal huske på, at PKA havde spillet ind med fuld indsigt i risiko-regnskabet, så hvis prisen var "forkert" sat, ville prisen skulle ændres i det følgende år. Der er derfor ikke noget odiøst i fastsættelsen af den pris, som PKA lagde ud med i det bud, som blev indgivet til Dansk Supermarked den 23. marts 2018.

8. TILREGNELSE

- 8.1 Efter KRL § 23 straffes den, som forsætligt eller groft uagtsomt overtræder KRL § 6.
- 8.2 Ved vurderingen af den subjektive tilregnelse, skal der tages udgangspunkt i viden, hensigt og gældende normer i gerningsperioden efter anklageskriftet, altså 2017 og 2018.
- 8.3 Vurderingen af, om der er tale om en til formåls-overtrædelse, sker på et objektivt grundlag, hvor den subjektive hensigt ikke skal, men kan, tillægges betydning.

Det gør det terminologisk til en lidt vanskelig vurdering, fordi begrebet "til formål" umiddelbart kunne lede tanken hen på den vanlige strafferetlige definition af forsæt, nemlig at der skal være viden om eller hensigt. Denne viden eller hensigt skal foreligge i relation til alle elementer i den objektive del af gerningsbeskrivelsen.

- 8.4 En domfældelse for forsætligt forhold må derfor konkret kræve, at der for de til tiltalte er bevist, at de havde viden om (direkte, sandsynlighedsforsæt eller dolus eventualis), at de, som ansatte i PKA, befandt sig på samme marked som Danica, at de var konkurrenter enten aktuelt eller potentielt i forhold til det konkrete bud og at der ikke var fordele ved buddet, som oversteg ulemperne ved buddet.

- 8.5 For at vurdere disse spørgsmål, må vi jo se på de afgivne forklaringer. Der er ikke foretaget nogen som helst undersøgelser fra myndighedsside, men vi har jo været så privilegerede at have hørt et stort antal forklaringer fra mennesker med en meget indgående viden om den branche, som de beskæftiger sig med. Man fristes jo til at sige en perlerække af ekspertvidner.

Jeg vil starte med at gennemgå forklaringerne relateret til markedet. De fremgår af mit hjælpebilag s. 7.

Der er ingen, end ikke KFST, som har en opfattelse af, at Danica og PKA befinder sig på det samme marked. Danica er på det kommercielle marked og PKA befinder sig på AMP-markedet. Kun PFA opererer fuldt ud på begge markeder.

I markedsafgrænsningen ligger også en forståelse af, om man er konkurrenter, altså om de produkter, som man havde, var substituerbare for så vidt angår egenskaber, pris og anvendelsesformål.

Anklagemyndigheden vil nok sige, at det er fordi, man ikke forstår den finere konkurrenceret, og derfor er i en egentlig retsvildfarelse. Det er man så sammen med alle de andre, som arbejder med området. Jeg er ikke enig med anklagemyndigheden i denne antagelse. Det, som den samlede branche tager stilling til, er den virkelige verden, som de arbejder i hver dag og derfor er det et faktuel forhold.

- 8.6 Det næste spørgsmål er, om Danica og PKA var aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til det konkrete bud. Det skal afgøres ud fra en tolkning af det konkrete udbud.

Jeg henviser til mit hjælpebilag s. 16 – 27.

I relation hertil gøres det generelt gældende, at der blandt samtlige afhørte har været en konsensus opfattelse af, at PKA ikke kunne byde på hele kontrakten, da PKA hverken havde de rigtige produkter eller tilstrækkelig erfaring til at kunne byde på lederne. Der var ligeledes blandt de afhørte enighed om, at Danica aldrig ville kunne byde konkurrencedygtigt på hele kontrakten, da man ikke havde det rigtige set-up til at kunne byde på medarbejderne.

Mere konkret var der blandt alle involverede den opfattelse, at der skulle leveres også på pkt. 2.9, hvis man skulle have en chance. Den forudsætning ændrede sig for PKA efter beauty contesten den 5. oktober 2018. Det fremgår direkte af den mail, som Tiltalte 2 sendte den 22. november 2018 (X1205) sammen med det tredje bud - nu på hele pakken. Der er ingen, som har taget afstand fra Tiltalte 2 og Tiltalte 1's forklaringer herom, det er som nævnt afspejlet i mailen, og den ændrede forudsætning er afspejlet i det konkrete bud, som blev afgivet. Alle involveredes grundantagelse om, at man ikke kunne byde konkurrencedygtigt på hele pakken, er for så vidt også bekræftet ved, at det var PFA, som igen, igen fik lov til at beholde kontrakten.

Hvis Tiltalte 2's forudsætning på dette punkt var forkert, befandt Tiltalte 2 sig i en negativ ugentlig retsvildfarelse, fordi Tiltalte 2 var i en vildfarelse omkring et vilkår i udbuddet. Nogen foretrækker at rubricere en sådan vildfarelse, som en faktisk vildfarelse, men resultatet er det samme. En sådan vildfarelse er forsætsudelukkende og der vil derfor alene kunne straffes, hvis det godtgøres, at der er handles groft uagtsomt.

- 8.7 Strafansvar for groft uagtsom overtrædelse af KRL § 6 er hjemlet i KRL § 23, stk. 1.

For forståelsen af begrebet groft uagtsomt kan jeg henvise til f.eks. LF nr. 126 af 24. februar 1982 om ændring af lov om told- og forbrugsafgifter, fra de almindelige bemærkninger:

”Overtrædelse af straffebestemmelser i andre love kan derimod efter § 19 straffes, selv om der ikke foreligger forsæt, såfremt gerningsmanden dog har handlet uagtsomt. Det vil sige, at overtrædelsen under de givne omstændigheder skal kunne bebrejdes gerningsmanden. Straf-ansvar for overtrædelser af særlovgivningen kan efter § 19 pålægges, uanset om der foreligger grov eller simpel uagtsomhed. Denne sondring inden for uagtsomhedsbegrebet kan ikke knyttes til noget præcist kriterium, men grov uagtsomhed kan kort karakteriseres som en høj grad af uagtsomhed, en, særlig klar eller forkastelig afvigelse fra en tænkt standard for pligt-mæssig optræden.”

I strafferettens almindelige del, Det strafferetlige ansvar, ved Baumbach/Elholm, s. 208, beskriver man ligeledes, at det er vanskeligt at give et klart og præcist svar på, hvordan man skelner mellem grov og simpel uagtsomhed. Der er tale om glidende overgange. ”Grov uagtsomhed kan beskrives som den adfærd, der er en ”særlig klar eller forkastelig afvigelse” fra det rimelige eller forsvarlige, eller som den ”markante” afvigelse herfra.

Man kan spørge sig selv; hvad vidste eller gjorde Tiltalte 2 her, som gør, at man kan sige, at Tiltalte 2 har deltaget i en særlig klar eller forkastelig afvigelse fra en tænkt standard? Ingenting må være svaret.

Tiltalte 2 deltog i et forløb, hvor alle sejl var sat til for, at man, som efterspurgt af både myndigheder og kunder, kunne skabe ny konkurrence på et marked, som konkurrencemæssigt havde stået stille i en meget lang periode. Hverken Tiltalte 2 selv eller nogen omkring Tiltalte 2 vurderede, at Danica og PKA beskæftigede sig med det samme marked, havde samme pro-dukter eller var konkurrenter. Tiltalte 2 havde en klar opfattelse af, at Tiltalte 2's arbejdsgiver, PKA, ikke kunne byde på den ene del af udbuddet, men man iværksatte sammen med Danica et arbejde, hvor man forsøgte at imødekomme kundens behov for en enhedsindgang og for at sikre, at ingen medarbejdere faldt mellem to stole, endog til meget konkurrencedygtige priser.

Danica var en del af en af Danmarks største finansielle koncerner, som man vidste, var tæt besat med juridiske eksperter. Samtidig var det en koncern, som havde stor erfaring på firmapensionsmarkedet. Der var åbenhed om samarbejdet. Vidne 10 var rigtig glad for, at ”denne gazelle” bød ind, for Vidne 10 fik de bedste muligheder for at sikre en hård konkurrence om det udbud, som Vidne 10 bistod sin kunde med.

Hvordan skulle noget som helst i dette forløb give Tiltalte 2 grund til at handle anderledes. Der er efter min bedste overbevisning ikke handlet uagtsomt. Og under ingen omstændigheder groft uagtsomt.

9. EVENTUEL SANKTION

9.1 Tilbage står spørgsmålet om fastsættelse af en sanktion, hvis retten på trods af ovenstående skulle mene, at Tiltalte 2 er skyldig enten ved forsætlig eller groft uagtsom adfærd. Da jeg ikke mener, at spørgsmålet bliver aktuelt, vil jeg kun gå meget overordnet ind i spørgsmålet om sanktionsfastsættelse.

9.2 Det fremgår af forarbejderne til KRL § 23, at der ved en alvorlig overtrædelse af KRL § 6 i forhold til personer skal tages udgangspunkt i en bøde på 100.000 kr. Forarbejderne er tavse i

forhold til spørgsmålet om, hvorledes der skal forholdes ved fastsættelse af bøder for groft uagtsomme overtrædelser af bestemmelsen. Inden for de fleste retsområder anses forsætlige overtrædelser af en bestemmelse for mere alvorlige end uagtsomme overtrædelser og det giver sig typisk udslag i en lavere sanktion.

- 9.3 Indenfor skattestrafferetten fastsættes der f.eks. efter fast praksis bøder på 2 gange det undtagne forløb ved forsætlige forhold og 1 gang det undtagne beløb ved groft uagtsomme forhold. Indenfor konkurrenceretten er udmålingskriteriet ikke det samme (altså det undtagne beløb), men domstolene må markere graden af alvor med en lavere bøde, såfremt der alene dømmes for groft uagtsomt forhold.
- 9.4 Som anført af Simon Hjelmberg er der herudover flere omstændigheder, som retten må tage i betragtning ved overvejelsen af sanktionsspørgsmålet:
- Samarbejdet havde en kort varighed på under 1 år,
 - Der var tale om et enkelt stående tilfælde,
 - Det fælles bud blev ikke realiseret,
 - Der var ikke nogen konkurrencebegrænsende effekt af budet,
 - Formålet med at afgive bud var at øge konkurrencen,
 - PKA forsøgte at fastholde konkurrencemomentet ved på opfordring at komme med et bud på hele udbuddet,
 - PKA har siden maj måned 2018 samarbejdet med myndighederne om at oplyse sagen.

Herudover skal der konkret i forhold til Tiltalte 2 lægges vægt på at:

- Sagen blev anmeldt overfor KFST i maj 2018 og sendt til SOIK kort tid efter,
- De tiltalte blev sigtet i sagen i august og november 2018 – altså for 5 år siden,
- Anklageskriftet er dateret den 29. august 2022 og hovedforhandlingen i sagen begyndte ca. 1 år efter,
- Tiltalte 2's gode personlige forhold,
- Hvis der sker domfældelse i sagen, vil det kunne have betydning for den fit- and proper godkendelse, som der i stigende grad stilles krav om inden for den finansielle sektor.

I forhold til den tidsmæssige udstrækning af sagsforløbet på nu mere end 5 år, kan jeg nævne, at den civile del af Vejstribesagen (MS s. 245), som blev afgjort i Højesteret den 27. november 2019 vedrørte to budrunder fra 2013 og 2014. Konkurrencerådet traf afgørelse den 24. juni 2015, Konkurrenceankenævnet den 11. april 2016 og Sø- og Handelsretten traf afgørelse den 27. august 2018. Der gik altså 4 år fra den sidste budrunde, som var genstand for en tvist til, afgørelse i første retsinstans. De fire år blev brugt på en grundig oplysning af sagen, som illustreret i Hjelmbergs MS 264 – 266, hvor vi havde indholdsfortegnelsen for behandlingen af sagen i Konkurrencerådet. I vores sag er der gået 5 år, uden at der er foretaget nogen yderligere oplysning af sagen eller konkurrenceretlig vurdering af forholdene.

Samlet er det derfor min opfattelse, at en eventuel bødestraf skal bortfalde. Det skal den på grund af de formildende omstændigheder i hele situationen, men navnlig fordi sagen ikke er afgjort inden for en rimelig tid, uden at det kan tilskrives gerningsmanden, og fordi der er gået mere end fem år siden der blev afgivet et bud i sagen. Det i en situation, hvor politiet har fået alt materialet leveret og hvor efterforskningen reelt har bestået i afhøring af en række vidner. Det, som har taget tid, er primært myndighedernes interne drøftelser af, hvem som havde ansvaret for hvilke dele af sagsbehandlingen. Den lange sagsbehandlingstid skal der kompenseres for, og det bør her ske ved, at en eventuel straf bortfalder.

...”

5. RETTEN BEGRUNDELSE OG AFGØRELSE

PKA A/S og PKA+ er i sagen tiltalt for at have indgået en aftale med Danica Pension om opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud, som havde til formål at begrænse konkurrencen i relation til Dansk Supermarkeds udbud af firmapensionsordning.

Ved rettens vurdering af, om de tiltalte er skyldige i den rejste tiltale, er det afgørende, om Danica Pension og PKA var aktuelle eller potentielle konkurrenter i relation til det konkrete udbud.

Af forarbejderne til konkurrencelovens § 6 fremgår, at det ikke kan anses for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af virksomhederne alene ville have kunnet klare opgaven. Af Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af TEUF-artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler fremgår, at vurderingen af, om parterne kan deltage i en udbudsprocedure hver for sig, og således er konkurrenter, først og fremmest afhænger af de krav, der er indeholdt i udbudsreglerne. Det, at der blot foreligger en teoretisk mulighed for at gennemføre den kontraktmæssige aktivitet alene, gør ikke automatisk parterne til konkurrenter i forhold til udbuddet, idet det er nødvendigt at vurdere, om hver part realistisk er i stand til at opfylde kontrakten på egen hånd, under hensyn til sagens særlige omstændigheder, jf. pkt. 353.

Om sagens opstart bemærkes:

Baggrunden for sagen er, at Danica Pension og Danske Bank den 28. maj 2018 indgav foreløbig ansøgning om straflempelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for Danica Pensions deltagelse i aftalen med PKA. Ansøgningen blev udfærdiget af advokatfirmaet Kromann Reumert på begæring af Danske Banks juridiske afdeling efter, at der i pressen og på Danske Banks intranet den 22. maj 2018 var fremkommet oplysninger om samarbejdet mellem Danica Pension og PKA. Ansøgningen blev indgivet på et tidspunkt, hvor Danica Pension afventede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens godkendelse af fusionen med SEB Pension, og Danica Pension havde i fusionsanmeldelsen oplyst, at selskabet ikke samarbejdede med andre pensionsselskaber. Vidne 7 har i tilknytning hertil forklaret, at det var problematisk, hvis der opstod problemer i forhold til fusionsprocessen, og derfor hastede det. Der blev den 29. maj 2018 – dagen efter indgivelsen af ansøgningen - afholdt møde hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med deltagelse af repræsentanter for styrelsen og for Danske Banks juridiske afdeling. Der deltog ikke repræsentanter for Danica Pension. Danica Pension og Danske Bank indgav endelig ansøgning om straflempelse den 8. juni 2018. Danica Pension leverede input hertil, men det lægges efter forklaringerne til grund, at Vidne 2, Vidne 1 og Vidne 7 ikke var involveret i udfærdigelsen af hverken den foreløbige eller den endelige ansøgning om straflempelse.

Tiltalte 1 og Tiltalte 2 har forklaret, at de efter Vidne 1's mail af 28. maj 2018 til Tiltalte 1, som gav anledning til stor undren, søgte advokatrådgivning, og de afholdt møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 25. juni 2018, hvor de blev vejledt af styrelsen om at indgive en ansøgning om straflempe for en sikkerheds skyld. PKA indgav foreløbig ansøgning herom den 27. juni 2018.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indgav politianmeldelse til SØIK den 4. juli 2018. Vidne 11 og Vidne 12 har forklaret, at styrelsen alene foretog en indledende screening af, om der var tale om en fejlansøgning og en overfladisk vurdering af, om der var en mistanke om, at der forelå en konkurrencelovsovertrædelse, idet sagen i så fald skulle overgives til SØIK uden administrativ behandling efter de dagældende regler. Styrelsen foretog ikke nogen form for konkurrenceretlig vurdering af samarbejdet forud for politianmeldelsen.

Om PKA og Danica Pension bemærkes:

Efter bevisførelsen, herunder forklaringerne, lægges det til grund, at PKA i 2017-2018 var et medlemsejet arbejdsmarkedspensionselskab, der hovedsageligt udbød pensionsordninger til overenskomstansatte medarbejdere indenfor social- og sundhedssektoren. PKA udbød mere standardiserede produkter til homogene grupper, hvis vilkår for pensioner var fastsat i overenskomster. Det var typisk mere simple produkter, som var billige og uden den store varietet og valgmulighed. PKA var særligt specialiseret i et gennemsnitsrenteprodukt og et tab af erhvervsevne produkt skræddersyet til lav- og mellemindkomstgrupper. Vidne 3 har forklaret, at det ville koste mange hundrede millioner kroner til udvikling af IT-systemer, opbygning af en serviceorganisation og udvidelse af produktudbudet, hvis PKA-kasserne skulle udvikle produkter svarende til de kommercielle selskabers, og det ville ikke være rentabelt for PKA-kasserne.

Efter bevisførelsen, herunder forklaringerne, lægges det videre til grund, at Danica Pension i 2017-2018 var et kommercielt pensionsforsikringsselskab specialiseret i firmapensioner. Som 100 pct. ejet datterselskab af Danske Bank, kunne Danica Pension bl.a. levere specialiseret rådgivning og bankprodukter til kunderne.

Om Dansk Supermarkeds udbud bemærkes:

Dansk Supermarkeds ledere havde oprindeligt deres pensionsordning i SEB Pension (dengang Codan Forsikring), mens de overenskomstansatte medarbejdere havde deres pensionsordning i PFA Pension. Efter bevisførelsen, herunder de afgivne forklaringer, lægges det til grund, at lederne og de overenskomstansatte medarbejdere i Dansk Supermarked efterspurgte meget forskellige pensionsprodukter, ydelser og services, bl.a. som følge af forskellene i alder, gage, frekvens af jobskifte, dæknings- og forsikringsbehov mv.

Dansk Supermarked - som efter Vidne 10's forklaring havde den største pensionsaftale, som kunne konkurrenceudsættes - havde i en længere årrække konkurrenceudsat pensionsaftalen hvert 5.

år, og i 2013 indgik Dansk Supermarked en pensionsaftale med PFA Pension, som angik både ledere og overenskomstansatte. Denne aftale udløb i 2019.

Efter Vidne 9's og Vidne 10's forklaringer lægges det til grund, at Dansk Supermarked i 2018 besluttede at gennemføre et udbud for at se, om man derved kunne få en bedre aftale, både hvad angik priser og dækninger. Efter forklaringerne, som understøttes af indholdet af udbudsmaterialets afsnit 1.2. og 2.8, lægges det videre til grund, at det for Dansk Supermarked var vigtigt, at den samlede pensionsaftale sikrede en nem og homogen administration, og at der var sikkerhed for én kontakthoved (en one-point-of-contact), hvis der blev indgået delaftaler. Ligeledes var det vigtigt for Dansk Supermarked, at ingen ansatte risikerede at falde mellem to stole ved et jobskifte, herunder at de ansatte ikke skulle mødes med et krav om helbredsoplysninger. Det måtte således ikke blive besværligt for Dansk Supermarked med to leverandører, og det var de bydende selskabers ansvar at skabe en smidig løsning ved et jobskifte, f.eks. når en medarbejder blev udnævnt som leder eller når en leder overgik til at blive medarbejder. Yderligere ønskede Dansk Supermarked, at pensionsaftalen skulle moderniseres med nye attraktive elementer så som VIP-pakke, mulighed for investering i navngivne aktivklasser, sundhedstilbud, seniorepakke og digital integration; elementerne var ikke udtryk for deciderede krav, men indgik i evalueringskriterierne, som Dansk Supermarked ville bedømme tilbuddene ud fra.

Dansk Supermarked ønskede tilbud fra Virksomhed 1, Danica Pension, Virksomhed 2, Virksomhed 3, Virksomhed 4 og PKA samt Virksomhed 5 og Virksomhed 6, jf. udbudsmaterialets afsnit 1.2. Vidne 10 havde forinden afdækket, hvilke pensionsselskaber der kunne håndtere en så stor ordning med mange forskellige typer af medarbejdere, og der var et ønske om at opnå konkurrence. Vidne 10 havde dialog med alle pensionsselskaberne forud for udbuddet, og Vidne 10 var den 8. februar 2018, hvor udbudsmaterialet blev udsendt, klar over, at Danica Pension og PKA ville byde sammen, hvilket var baggrunden for, at det af udbudsmaterialets afsnit 1.2. og 2.8. fremgik, at det var muligt at byde på delaftaler. Vidne 10 havde tillige kontakt til alle pensionsselskaber i tidsrummet fra udsendelse af udbudsmaterialet og til fristen for pensionsselskabernes afgivelse af tilbud, ligesom der var kontakt til pensionsselskaberne op til præsentationsmødet den 1. maj 2018 hos Dansk Supermarked.

Om PKA's og Danica Pensions samarbejde i forhold til Dansk Supermarkeds udbud bemærkes:

Efter bevisførelsen, herunder forklaringerne, lægges det til grund, at Danica Pension og PKA i efteråret 2017 indledte drøftelser om muligheden for at afgive et fælles bud på Dansk Supermarkeds pensionsordning, idet selskaberne – blandt andet fra drøftelser med Vidne 9 og Vidne 10 – var bekendt med, at ordningen skulle konkurrenceudsættes indenfor en kortere tid. Der blev afholdt møde mellem blandt andre Vidne 1 og Tilfælde 1 den 20. september 2017 om det potentielle samarbejde, og der nedsattes en fælles projektgruppe, ligesom Danica Pension og PKA engagerede konsulentfirmaet QVARTZ til at "være arme og ben" i projektet, som krævede omfattende ressourcer. Det var fra starten klart, at Danica Pension skulle byde på

pensionsordningen til ledergruppen og sundhedsforsikringen, og at PKA skulle byde på pensionsordningen til de overenskomstansatte, idet de to selskaber hver især skulle gøre brug af deres respektive eksperter. Danica Pension og PKA ønskede at levere en fælles løsning med to delaftaler, som byggede bro mellem de overenskomstansatte medarbejdere og lederne, så de ansatte undgik at skulle levere helbredsoplysninger ved jobskifte. De ansatte skulle stilles som om, at der var tale om én samlet pensionsordning.

Det er uomtvistet, at parterne umiddelbart op til afgivelsen af det fælles tilbud den 23. marts 2018 udvekslede information om priser på enkeltelementer i parternes respektive tilbud, at parterne under et møde drøftede deres respektive priser til brug for det fælles tilbud, og at PKA i lyset af disse drøftelser justerede enkelte af sine priser i opadgående retning. Tiltalte 1, Tiltalte 2, Vidne 4 og Vidne 2 har forklaret blandt andet, at det var nødvendigt at åbne op for deres priser til slut i forløbet, da der skulle afgives ét fælles tilbud bestående af hver af selskabernes respektive tilbud.

Vidne 10 har forklaret, at Dansk Supermarked er en af Danmarks allerdygtigste købmænd, der indhenter nye priser fra alle leverandører løbende, og det må efter bevisførelsen, herunder de afgivne forklaringer, lægges til grund, at de bydende var bekendte med, at de skulle gennem hårde forhandlinger med Dansk Supermarked og Vidne 10 under "salamimøder". Tiltalte 2 og Vidne 10 har forklaret, at pensionsbranchen er en overvåget branche med særlig transparens, idet pensionsselskaberne skal indberette priser og gebyrer m.v. til Finanstilsynet, der offentliggør disse oplysninger på hjemmesiden.

Vidne 10 og Vidne 9 har forklaret bl.a., at det var deres opfattelse, at Danicas og PKA's fælles tilbud styrkede konkurrencen, og at det fælles tilbud gav et konkurrencepres, hvilket gjorde, at Virksomhed 4 og Virksomhed 1 blev "pushet" i den indledende fase, idet de to selskaber skulle stå overfor et meget kompetent tilbud fra Danica Pension og PKA. Vidne 3, som i 2018 [REDACTED] i PFA Pension, og Vidne 2, som [REDACTED] i Danica Pension, har således også samstemmende forklaret, at udbuddet var et must-win projekt for både PFA Pension og Danica Pension. Vidne 10 har uddybende forklaret, at hvis PKA ikke var kommet på banen, ville Virksomhed 1 og Virksomhed 4 have "godtet sig", for så var der ingen konkurrence fra Danica Pension's side, da Danica Pension var ineffektive i relation til pension til de overenskomstansatte medarbejdere. Efter Vidne 9's forklaring, som understøttes af Vidne 3's forklaring, lægges det endelig til grund, at konkurrencen fik PFA Pension "op på tæerne", og at Dansk Supermarked endte med at få bedre priser og vilkår i den nye aftale med PFA Pension i forhold til den tidligere aftale.

Efter bevisførelsen, herunder de afgivne forklaringer, lægges det yderligere til grund, at der under det første præsentationsmøde i Dansk Supermarked den 1. maj 2018 var deltagelse alene af konsortiet mellem Danica Pension og PKA, Virksomhed 4 og Virksomhed 6 samt Virksomhed 1, idet Virksomhed 2 og Virksomhed 3 valgte ikke at byde.

Vidne 3, Tiltalte 1, Tiltalte 2, Vidne 1, Vidne 2, Vidne 7, Vidne 10, Vidne 8 og Vidne 4, som alle har ar-bejdet i pensionsbranchen i mange år og i flere forskellige pensionsselskaber, herunder bl.a. i PFA Pension, som vandt Dansk Supermarkeds udbud i 2018, har afgivet detaljerede og troværdige for-klaringer under sagen. De har samstemmende forklaret, at PKA og Danica Pension ikke var konkur-renter i forhold til Dansk Supermarkeds udbud.

Vidne 3, som i [REDACTED] i PFA Pension, har således forklaret, at PFA Pension var bekym-ret for konsortiet, fordi Danica Pension og PKA udgjorde det bedste fra to verdener. Tiltalte 1 har forklaret bl.a., at PKA kunne tilbyde Dansk Supermarkeds overenskomstansatte medarbejdere et konkurrencedygtigt tab af erhvervsevneprodukt og et simpelt markedsrenteprodukt, men PKA kunne ikke tilbyde en sundhedsforsikring eller konkurrencedygtige ordninger til leder-gruppen, ligesom Tiltalte 2 har forklaret bl.a., at PKA og Danica Pension ikke var konkur-renter, da de opererede på helt forskellige markeder og havde helt forskellige produkter, både hvad angik opsparing og forsikring, og at PKA ikke havde mulighed for at byde på hele Dansk Super-markeds udbud, da PKA ikke kunne levere avancerede bankprodukter, VIP-rådgivning til lederne mv. Vidne 1 har forklaret bl.a., at Danica Pension ikke så PKA som en konkurrent, da virksomhederne arbejdede i to forskellige markeder. Danica Pension var slet ikke interesseret i at tilbyde pension til overenskomstansatte, som ud fra en lønsomhedsbetragtning var en uinteressant gruppe for Danica Pension. Teknisk ville Danica Pension kunne udvikle et produkt svarende til PKA's til overenskomstansatte, men dette var ikke et ønske hos Danica Pension eller en prioritering af udviklingsressourcerne hos Danske Bank koncernen. Vidne 7 har tillige forklaret, at PKA ikke var en reel konkurrent til Danica Pension i 2018, fordi PKA opererede på AMP markedet, og Danica Pensions konkurrenter var de andre kommercielle selskaber. Dansk Supermarked havde rigtig mange timelønnede, som Danica Pension ikke var interesserede i at byde på, fordi Danica Pension ikke var konkurrencedygtig i forhold til lavtlønnede.

Vidne 10 har forklaret, at Danica Pension kunne byde effektivt på ledergruppen hos Dansk Supermarked, men ineffektivt på medarbejderne. Danica Pension ville nok kunne byde på hele ord-ningen, men de var slet ikke effektive nok i forhold til de overenskomstansatte, hvor deres priser var for høje. PKA havde ikke mulighed for at byde på ledergruppen eller sundhedsforsikringen. Vidne 10 ville aldrig turde vælge PKA på ledaftalen, for PKA havde ikke prøvet det før. Vidne 10 så det sam-lede tilbud fra Danica Pension og PKA som et tilbud på to delaftaler, for der var tale om vidt for-skellige prisstrukturer og forskellige medarbejdere. Danica Pension og PKA var stærke, hvis de slog sig sammen i udbuddet, hvor de stillede op i "to forskellige discipliner".

Opsummerende:

Den stedfundne bevisførelse har vist, at der var transparens om samarbejdet i både Danica Pensions organisation og i PKA-organisationen. Der blev i forløbet afholdt flere møder på [REDACTED] med deltagelse af bl.a. Tiltalte 1 og Vidne 1, hvor der bl.a. også var en

drøftelse af nødvendigheden af en godkendelse af samarbejdet på bestyrelsesniveau i de to organisationer. Repræsentanter fra Danica Pension og PKA havde løbende drøftelser med Vidne 10 både op til udbuddet og undervejs i tilbudsprocessen, ligesom PKA og Danica Pension sammen præsenterede det fælles tilbud på præsentationsmødet den 1. maj 2018 i Dansk Supermarked. De to selskaber kommunikerede åbent om samarbejdet, bl.a. ved et opslag på Danske Banks intranet den 22. maj 2018, og der blev samme dag tillige bragt en artikel på både Finans Watch og Inside Business om samarbejdet. [REDACTED]. Efter Vidne 3's forklaring, som understøttes af indholdet af artiklen bragt i Finans Watch den 22. maj 2018, lægges det videre til grund, at i hvert fald PFA Pension undervejs i tilbudsprocessen blev bekendt med, at Danica Pension og PKA bød sammen.

På baggrund af det ovenfor anførte, og efter den i øvrigt stedfundne bevisførelse, herunder de afgivne forklaringer, finder retten, at der ikke er grundlag for at fastslå, at de, som var involveret i arbejdet med det fælles tilbud til Dansk Supermarked, herunder de tiltalte Tiltalte 2 og Tiltalte 1 undervejs i processen havde nogen rimelig anledning til at antage, at PKA og Danica Pension var konkurrenter i forhold til Dansk Supermarkeds udbud.

Efter den samlede bevisførelse finder retten heller ikke, at anklagemyndigheden med den til domfældelse i en straffesag fornødne sikkerhed har bevist, at Danica Pension og PKA hver for sig realistisk kunne byde på det samlede udbud fra Dansk Supermarked, og at de dermed var aktuelle eller potentielle konkurrenter i forhold til det konkrete samlede udbud fra Dansk Supermarked.

Det forhold, at Danica Pension og PKA hver især og uafhængigt af hinanden kunne have afgivet delbud på henholdsvis lederne og de overenskomstansatte kan ikke føre til et andet resultat. Retten lægger herved vægt på, at det for Dansk Supermarked var afgørende at have en one-point-of-contact, som de var vant til og tilfredse med hos den eksisterende leverandør, PFA Pension, ligesom Dansk Supermarked lagde afgørende vægt på, at ingen af medarbejderne måtte falde mellem to stole i forbindelse med jobskifte, og at dette problem skulle løses af de bydende. Retten finder ikke, at anklagemyndigheden har godtgjort, at PKA og Danica Pension ville kunne have opfyldt disse krav ved hver især at have afgivet selvstændige delbud.

Retten finder det på denne baggrund ikke bevist, at PKA og Danica Pension indgik en aftale om opdeling af markeder eller kunder og koordinering af bud, der direkte eller indirekte havde til formål at begrænse konkurrencen i forbindelse med Dansk Supermarkeds udbud af firmapensionsaftale i 2018.

At såvel Danica Pension som PKA tidligere har afgivet bud hver for sig i forbindelse med [REDACTED] udbud kan ikke føre til en ændret vurdering. Retten lægger herved vægt på, at der ikke under bevisførelsen er fremlagt oplysninger om indholdet og omfanget af [REDACTED] udbud mv.

Det forhold, at PKA – efter at Danica Pension havde trukket sig fra samarbejdet – afgav selvstændigt tilbud til Dansk Supermarked, kan heller ikke føre til en ændret vurdering. Det må efter Tiltalte 1 og Tiltalte 2 forklaringer lægges til grund, at grunden til, at PKA senere kunne afgive selvstændigt tilbud på pension til ledergruppen skyldtes, at Dansk Supermarked ikke længere stillede krav om de avancerede bank-, forsikrings- og rådgivningsprodukter, og at tilbuddet til lederne angik et ”meget nedskalleret tilbud svarende til det tilbud, som medarbejderne fik”. Forklaringerne understøttes af Tiltalte 2 mail af 22. november 2018 til Dansk Supermarked og det medsendte tilbud.

På denne baggrund frifindes de tiltalte.

THI KENDES FOR RET

Tiltalte PKA+Pension Forsikringsselskab A/S frifindes.

Tiltalte Pensionskassernes Administration A/S frifindes.

Tiltalte 1 frifindes.

Tiltalte 2 frifindes.

Jette Christiansen
Dommer