

2005-11-07: Wewers Belægningssten A/S og A/S Ikast Betonvarefabrik mod Konkurrencerådet (Stadfæstet)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 7. november 2005 i sag 2004-0001276

Wewers Belægningssten A/S

og

A/S Ikast Betonvarefabrik
(advokat Henrik Peytz for begge)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Marianne Mosbæk)

1. Den påklagede afgørelse

Ved foreløbigt klageskrift af 22. december 2004 og endeligt klageskrift af 25. februar 2005 har Wewers Belægningssten A/S og A/S Ikast Betonvarefabrik påklaget en afgørelse truffet af Konkurrencerådet den 24. november 2004.

Ved denne afgørelse fandt Konkurrencerådet, at Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik havde overtrådt konkurrencelovens forbud mod samordnet praksis, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 3, ved at ledelsen i de to selskaber udvekslede prislister med det formål at få hævet priserne på fælles produkter. Ved afgørelsen påbød Konkurrencerådet herefter i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1, Wewers Belægningssten A/S og A/S Ikast Betonvarefabrik at bringe overtrædelsen til ophør.

Det hedder således i afgørelsen:

” Resumé

1. Konkurrencestyrelsen gennemførte den 6. maj 2003 kontrolbesøg hos Wewers Belægningssten A/S (i det følgende WB) og A/S Ikast Betonvarefabrik (i det følgende IBF).

2. Under besøget blev der fundet dokumenter, som efter Konkurrencestyrelsens opfattelse beviser, at der mellem joint venture selskabet WB og det ene af moderselskaberne IBF bestod en samordnet om prisfastsættelsen. Den samordnede praksis blev konkret udmøntet i, at ledelsen i de to selskaber

udvekslede prislister for at finde uoverensstemmelser. Formålet med samarbejdet var at få hævet priserne på fælles produkter.

3. Samordnet praksis mellem to selskaber, som ikke tilhører samme økonomiske enhed, udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

4. IBF ejer 50 % af aktierne i WB, mens de øvrige 50 % af aktierne ejes af Wewers Teglværker A/S (i det følgende WT).

5. Da IBF og WT hver besidder 50 % af aktierne i joint venture selskabet WB, og der i øvrigt ikke er andre aftaler, som skævvrider de to moderselskabers relative indflydelse, er WB under fælles kontrol af moderselskaberne. Det betyder, at ingen af moderselskaberne har bestemmende indflydelse over joint venture selskabet. Undtagelsen i konkurrencelovens § 5 finder derfor ikke anvendelse på aftaler indgået mellem joint venture selskabet og et af dets moderselskaber.

Afgørelse

6. IBF og WB findes at have overtrådt konkurrencelovens forbud mod samordnet praksis, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, jf. lovens § 6, stk. 3.

7. IBF og WB påbydes at bringe overtrædelsen til ophør med øjeblikkelig virkning.”

1.1 Til brug for Konkurrencerådets behandling af sagen havde Konkurrencestyrelsen udarbejdet et notat af 24. november 2004, hvori det om sagens baggrund bl.a. er anført:

”Sagsfremstilling

8. Konkurrencestyrelsen gennemførte den 6. maj 2003 kontrolbesøg hos 4 producenter af betonvarer med henblik på at afdække evt. pris- eller markedsdelingsaftaler for belægningssten, betonrør og teglsten.

9. Det materiale, som blev indsamlet ved kontrolbesøgene, dokumenterer efter Konkurrencestyrelsens opfattelse klart at der mellem IBF [A/S Ikast Betonvarefabrik] og WB [Wewers Belægningssten A/S] er indgået prisaftaler og aftaler om udveksling af prislister i strid med konkurrencelovens § 6.

10. Parterne i aftalen har haft forsæt til at indgå en konkurrencebegrænsende aftale. Dette bestrides dog i høringsvarene fra IBF og WB. Parterne har givet udtryk for, at aftalen på grund af den særlige joint venture konstruktion ikke var omfattet af konkurrenceloven.

11. Styrelsen har valgt at forelægge spørgsmålet for Konkurrencerådet i stedet for at oversende sagen til SØK [Statsadvokaten for særlig økonomisk kriminalitet]. Det skyldes, at selv om det ifølge konkurrenceloven er en klar overtrædelse at indgå prisaftaler med et joint venture selskab, og selv om dette klart er Kommissionens praksis, så foreligger der ikke nogen dansk praksis på området.

12. Med rådets afgørelse i nærværende sag vil rådet for det første gribe ind over for et konkurrencestridigt forhold. Samtidig fastlægges en praksis for et moderselskabs samarbejde med et joint venture selskab, der er under fælles kontrol.

Parterne

13. IBF er et dansk aktieselskab med hjemsted i Ikast. Selskabet blev stiftet i 1971 og havde i 2003 en omsætning på 587 mio. kr. Selskabet producerer/sælger fliser og belægningssten, betonrør og brøndgods samt betontagsten. I 2003 havde selskabet 443 helårsansatte medarbejdere.

14. Selskabet er repræsenteret i Polen, Tyskland og Sverige gennem datterselskaber.

15. I juli 2002 solgte Unicon sine belægningsaktiviteter vest for Storebælt til IBF. Unicons belægningsaktiviteter havde i 2002 en omsætning på 170 mio. kr. Efter overtagelsen af Unicons belægningsaktiviteter har IBF en andel på over 50% på det danske marked for belægningssten.

16. WB er et joint venture selskab, hvor moderselskaberne WT [Wewers Teglværker A/S] og IBF hver ejer 50% af aktierne. Joint venture selskabet blev dannet i juli 2002 i forbindelse med WT's overtagelse af Unicons belægningsdivision øst for Storebælt.

17. WT er et familieejet aktieselskab, der i 75 år udelukkende har fremstillet tagsten og mursten af tegl. Selskabet har base i Nordsjælland, hvor det driver to teglværker hhv. i Helsingør og Hillerød. Selskabet har 92 ansatte. Selskabet havde i 2002 en nettoomsætning på 119 mio. kr.

Selskabskonstruktion

IBF: A/S Ikast Betonvarefabrik

WT: Wewers Teglværker A/S

WB: Wewers Belægningssten A/S

18. Ifølge parterne havde Unicon oprindelig rettet henvendelse til IBF og spurgt, om IBF også var interesseret i at overtage aktiviteterne øst for Storebælt. IBF var ikke interesseret og rettede derfor henvendelse til WT for at høre, om dette selskab ønskede at overtage aktiviteterne. Ifølge WT var selskabet interesseret i at købe, men kunne ikke magte det økonomisk. Parterne indgik derfor aftale om at etablere et joint venture, hvor hvert af selskaberne ejede 50%.

19. Mellem moderselskaberne IBF og WT blev der i forbindelse med stiftelsen af joint venture selskabet indgået aftale om, at det udelukkende var folk fra WT, som skulle sidde i administrationen og ledelsen. Administrerende direktør Flemming Wewer udtalte på et møde den 17. juni 2003 hos Konkurrencestyrelsen, at selskabet udadtil skulle fremstå som et datterselskab af WT. Kun i meddelelsen til Fondsbørsen skulle det stå, at IBF havde 50% af aktierne i joint venture selskabet.

20. Joint venture selskabet WB beskæftiger sig med produktion og salg af belægningssten, kantsten og fliser. Selskabets hjemsted er Helsingør, og WB havde i 2003 en omsætning på ca. 100 mio. kr. Der er i alt 64 ansatte medarbejdere i selskabet.

Markedet

21. Frem til 2002 fandtes der to landsdækkende producenter af betonvare i Danmark, IBF og Unicon beton. Betonprodukter er fliser og belægningssten, rør- og brøndgods og tagsten af beton. Fliser og belægningssten er et delmarked af betonprodukter.

22. Unicon's frasalg af sine betonaktiviteter i 2001 og 2002 har ændret på konkurrenceforholdene på markedet for fliser og belægningssten. Efter Unicon har trukket sig ud af markedet, er IBF den eneste landsdækkende producent af belægningssten og fliser. I dele af Jylland er IBF dog udsat for konkurrence fra et stort antal mindre producenter. På Sjælland er IBF sammen med WB meget dominerende. Der findes dog også her et stort antal lokale producenter.

Aftalerne (samordnet praksis eller vedtagelse)

23. Under Konkurrencestyrelsens kontrolbesøg den 6. maj 2003 hos IBF blev der fundet mailkorrespondance mellem ledelsen for WB og IBF, som efter Konkurrencestyrelsens opfattelse dokumenterer, at der mellem de to selskaber blev indgået konkurrencebegrænsende aftaler (samordnet praksis eller vedtagelser) vedrørende belægningssten og fliser. Det er styrelsens vurdering, at især 7 af disse dokumenter beviser, at der blev indgået konkurrencebegrænsende aftaler (samordnet praksis eller vedtagelse) på dette marked. Dokumenterne vedrører perioden 4. april 2003 til 29. april 2003. Disse dokumenter er vedlagt som bilag 1-7. I forbindelse med høringen har IBF fremsendt mail af 8. april 2003, som fremlægges som bilag 5a.

Gennemgang af dokumenter

...

24. Bilag 1: Mail af 4. april 2003 fra økonomichef i IBF[...] til direktør i WB [...]. Dokumentet indeholder en opgørelse over prisudviklingen 2002 i Danmark. Derudover fremgår det af mailen, at priskonkurrencen mellem IBF og WB skal stoppes.

"...Jeg synes derfor, det er ekstrem betænkeligt, når jeg stadig høre, at der er "stor" priskonkurrence mellem vore selskaber, når DB [dækningsbidrag] allerede sidste år er faldet med 10% point.

...Man må vel spørge sig selv (og hinanden) endnu engang, om der er iværksat tilstrækkelig foranstaltninger til at ændre på disse forhold – eller om det er noget der skal tages hånd om på en helt anden og mere effektiv måde end hidtil..."

25. Bilag 2: Mail af 7. april 2003 fra økonomidirektør i WB [...] til økonomichef i IBF [...]. Mailen er en besvarelse af bilag 1. Det fremgår af mailen, at [...] direktør i WB] også er frustreret over, at der foregår priskonkurrence mellem de to selskaber. Derfor foreslår direktøren i WB, at der udveksles priser mellem de to selskaber, så de i fællesskab kan få hævet prisniveauet.

"...Jeg synes det er nogle relevante spørgsmål du rejser og vi er lige så frustrerede som du, når vi hører, at konsulenterne forsat kun kæmper på prisen.

..Jeg kunne derfor godt tænke mig at vi fik Jeres snitpriser 2001 og 2002 samt 2003 på udvalgte produkter og I fik vores, så vi ud fra det kunne forsøge at komme videre og få løftet prisen."

26. Bilag 3: Mail af 7. april 2003 fra Økonomichef i IBF [...] til økonomidirektør i WB [...]. Dokumentet er en besvarelse på bilag 2. Det foreslås i mailen, at der bliver etableret et tæt samarbejde om prisudviklingen på udvalgte produkter mellem de to direktører.

”...Vi skal selvfølgelig forsat have en vis konkurrence, så det er måske fint, at det er dig/[...] og mig/[...] som følger op på prisudviklingen for udvalgte produkter, og vi så hver især får drejet sælgerne den rigtige vej.

..lige efter påske kunne vi godt stikke hovederne sammen, og få lavet en prioriteringsliste over de produkter/priser, som vi hver især ser som den største hindring for et prisløft.”

27. Bilag 4: Mail af 7. april 2003 fra regnskabschef [...] (WB) til [...] (IBF). Det fremgår af mailen, at WB sender skema til IBF, til brug for udveksling af priser.

”Kan du ikke udfylde vedlagte skema med Jeres priser, så vi har noget at sammenligne med, hvis der er produkter som I ikke forhandler så spring dem over...”

28. Bilag 5: Interne mails af 8. april mellem [...], [...] og [...] alle IBF. Den interne korrespondance underbygger, at der skulle ske en udveksling af priser mellem WB og IBF. Dette skulle ske for at undersøge, hvorvidt WB underbød Ikasts priser.

”..Der arbejdes tilsyneladende intens på ”prisudviklingen” og som jeg forstår af [...]’s mail skal dette ske mellem [...] og [...].

... [...] mener åbenbart ikke, at det er Wewer som underbyder priserne. Derfor et forslag om at sammenligne gennemsnitspriser på udvalgte produkter, så man kan se hvor meget der er om snakken.”

29. Bilag 5a: Mail af 8. april 2003 fra administrerende direktør [...] til økonomichef [...] og [...] alle IBF. Mailen vedrører arbejdsfordeling.

”Morn, for ikke at der skal være tvivl om hvem der tager sig af hvad, vil jeg lige med den forrige mail her præcisere at beslutningen af hvad vores salgspriser skal være ligger i salgsafdelingen, uanset hvilke nøgletal der kommer frem mellem os.”

30. Bilag 6: Mail af 9. april 2003 fra regnskabschef [...] (WB) til økonomichef [...] (IBF). Det fremhæves i mailen, at man i Wewers arbejder på at få hævet sine salgspriser. Man udbeder sig i den forbindelse Ikasts salgspriser på en række produkter.

”... I den forbindelse har jeg sendt vores salgspriser på udvalgte produkter til [...], med et ønske om, at få påsat Jeres gennemsnitspriser for Sjælland, men han skulle først vende sagen med dig.

Er det muligt at få disse gennemsnitspriser en af de nærmeste dage?”

31. Bilag 7: Mail af 29. april 2003 fra økonomidirektør i WB [...] til økonomichef i IBF [...]. Mailen er en besvarelse af bilag 3. I mailen anmodes om et møde, hvor gennemsnitspriser på udvalgte produkter kan blive gennemgået.

”Hvornår passer det dig at sætter os sammen angående priser.

...jeg ser frem til at følge udviklingen i vore priser – nu hvor der er kommet lidt antal /afsætning på...

..Jeg er ligeledes interesseret i at få jeres gennemsnitspriser på udvalgte produkter så jeg har lidt at evt. slå konsulenterne oven i hovedet med.”

Vurdering af dokumenter

32. Bilag 1, 2 og 3 illustrerer, at der mellem selskaberne har eksisteret samordnet praksis, der har til formål at eliminere priskonkurrencen, og forhøje priserne. Det nævnes således eksplicit, at det findes betænkeligt, at der stadig er priskonkurrence mellem de to selskaber. Endvidere fremgår det af korrespondancen, at økonomidirektør [... i WB] stiller spørgsmålstegn ved, om der er gjort tilstrækkeligt for at få stoppet konkurrencen. Derudover nævnes det, at man skal have udpeget de produkter, der hindrer et prisløft.

33. At der er foregået en intens udveksling af oplysninger om priser fremgår af bilag 4, 5, 6 og 7. Det anføres direkte i korrespondancen, at der skal udveksles priser mellem selskaberne.

34. IBF og WB har i sine høringssvar givet udtryk for, at de ikke mener, at bilag 4 til 7 viser, at der er udvekslet priser. Ikke desto mindre anføres det i bilag 6, at [...] fra WB har sendt salgspriser på udvalgte produkter til [...], som er ansat i IBF. Konkurrencestyrelsen fastholder derfor, at i hvert fald WB har fremsendt sine salgspriser til IBF.

35. IBF har i forbindelse med høringen fremlagt bilag 5a (i høringssvaret bilag 8), hvoraf det fremgår, at administrerende direktør i IBF fastslår, at det er salgsafdelingen som fastsætter priserne. IBF mener hermed at kunne dokumentere, at ledelsen på dette tidspunkt stoppede ”økonomifunktionernes ideer”.

36. Styrelsen finder ikke, at dette dokument beviser, at ledelsen stoppede prissamarbejdet. Dokumentet illustrerer alene, at den administrerende direktør i IBF fastslår, at IBF's priser fastsættes af salgsafdelingen, og der er ingen direkte instruktion til medarbejderne om at stoppe samarbejdet. Dette illustreres af, at mailkorrespondancen mellem WB og IBF og udveksling af priser fortsatte efter bilag 5a var udsendt. Således er bilag 6 afsendt dagen efter bilag 8 og bilag 7 er afsendt 20 dage efter bilag 5a.

37. På denne baggrund kan bilag 5a ikke tillægges betydning ved vurdering af, om der mellem IBF og WB eksistere samordnet praksis.

Høring

38. Nærværende notat har været sendt i høring, og der er indkommet høringssvar den 8. november 2004.

...

Vurdering

Det relevante marked

Det relevante produktmarked

...

54. ... Det relevante produktmarked kan derfor afgrænses til belægningssten og fliser fremstillet af beton, samt granitfliser og fliser af andre stenmaterialer.

Det relevante geografiske marked

...

57. Det normale billede for varer som belægningssten vil være en ringe udenrigshandel, som vil have karakter af grænsehandel. Markedet vil derfor være nationalt. Det skyldes, at der er tale om en standardvare med relativ lav værdi i forhold til vægt og volumen. Det er da også tilfældet for importen, som er meget ringe. Derimod er der tale om en ikke uvæsentlig eksport af belægningssten. En væsentlig del af eksporten kan dog henføres til IBF's samhandel med sine datterselskaber i Sverige og Tyskland.

58. Den relativt store eksport betyder imidlertid ikke, at der sker et sådan samspil i prisudviklingen og dermed i konkurrencesituationen mellem de berørte lande, at det geografiske marked er større end Danmark. En større del af eksporten stammer fra IBF's salg til sine datterselskaber. Det betyder, at den sælger gennem datterselskaberne ud fra de gældende konkurrenceforhold i de enkelte lande. Dermed kan undgås, at denne del af eksporten påvirker prisudvikling i importlandet. Den resterende del af eksporten er af en sådan størrelse, at den kun spiller en ubetydelig rolle for konkurrenceforholdene i nabolandene. At der er tale om et særskilt dansk marked bestyrkes af, at aftalerne kun vedrører prissætningen på det danske marked, og det er ikke sandsynligt, at de to virksomheder med deres kendskab til konkurrenceforholdene ville bruge kræfter på at aftale at øge prisniveauet, hvis der ikke kunne forventes en virkning. På denne baggrund vurderer Konkurrencestyrelsen, at konkurrencesituationen for belægningssten og fliser fremstillet af beton eller andet materiale adskiller sig markant fra konkurrencesituationen i de lande, der eksporteres til. Styrelsen har imidlertid ikke fundet anledning til at forfølge spørgsmålet nærmere, da det ikke er nødvendigt at foretage en præcis markedsafgrænsning for at tage stilling til den konkrete sag.

Samhandelspåvirkning

59. Efter forordning 1/2003 af 16. december 2002 trådte i kraft 1. maj 2004 skal det undersøges, om der kan være samhandelspåvirkning.

...

63. ... I denne konkrete sag finder styrelsen ikke, at der er sådanne omstændigheder tilstede, der kan begrunde samhandelspåvirkning. Med udgangspunkt i ovenstående finder styrelsen samlet set, at aftalen indgået mellem IBF og WB ikke påvirker handlen mellem medlemsstaterne.

Er en aftale mellem et joint venture selskab og dets moderselskab omfattet af konkurrencelovens § 6?

64. Af KL § 5, stk. 1 fremgår det, at forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler i KL § 6 ikke finder anvendelse på aftaler inden for samme virksomhed.

65. Det fremgår af forarbejderne, at bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med EF-domstolens fortolkning af begrebet økonomisk enhed. EF-domstolen har allerede tidligt i sin praksis fastslået, at forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler ikke finder anvendelse på en aftale mellem et moder- og et datterselskab, der, ”skønt det udgør en særskilt juridisk person, ikke besidder nogen økonomisk selvstændighed”. [Note: Dom af 25. november 1971 i sag 22/71, præmis 8.]

66. Det skal derfor vurderes, om WB besidder en økonomisk selvstændighed i forhold til IBF. Hvis joint-venture selskabet må anses som en del af en økonomisk enhed med IBF, finder forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler ikke anvendelse.

67. Som anført ovenfor ejer moderselskaberne hver 50% af aktierne i joint venture selskabet WB. Derudover fremgår det af et udkast til aktionæroverenskomst [note: Som ikke er underskrevet af parterne] at hver aktionær skal udpege et medlem til bestyrelsen, og det tredje medlem skal udpeges af aktionærerne i fællesskab. Alle bestyrelsens beslutninger træffes ved flertalsafstemning, i særlige vigtige anliggender med enstemmighed.

68. Det fremgår af organisationsplaner for WT og WB, at direktionen i de to selskaber er identisk. Derudover fremgår det af planerne, at chefen for salgsafdelingerne i de to selskaber ligeledes er identisk.

69. Kommissionen har i sin praksis flere gange fastslået, at aftaler mellem et joint venture selskab og et moderselskab er omfattet af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, hvis de to moderselskaber har fælles kontrol med selskabet. Der vil i så tilfælde være tale om selvstændige virksomheder, som skal fungere uafhængigt af hinanden. [Note: Kommissionens beslutning af 15. maj 1991 IV/32.186 – Gosme/Martell-DMP, pkt. 30; Kommissionens beslutning af 18. oktober 1991 IV/737 – Eirpage, pkt. 9.]

70. I Gosme/Martell-DMP-sagen [note: Kommissionens beslutning af 15. maj 1991 IV/32.186 – Gosme/Martell-DMP, pkt. 30; Kommissionens beslutning af 18. oktober 1991 IV/737 – Eirpage, pkt. 9] blev det fastslået af Kommissionen, at moderselskaberne havde fælles kontrol over joint venture selskabet idet:

- moderselskaberne hver ejede 50% af aktierne i joint venture selskabet,
- hvert moderselskab udpegede halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne,
- joint venture selskabet ikke videresolgte varer, som tilhørte et af moderselskaberne, og
- joint venture selskabet havde salg af egne produkter.

71. Ligeledes blev det i Eirpage-sagen [note: Kommissionens meddelelse. Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07)] fastslået, at moderselskaberne havde fælles kontrol over joint venture selskabet. I denne sag blev der lagt vægt på, at selvom det ene moderselskab ejede 51% af aktierne, og derfor strengt taget havde kontrol over joint venture selskabet, så var der i bestyrelsen lige mange medlemmer fra hvert moderselskab, og alle væsentlige beslutninger i bestyrelsen krævede enstemmighed. I realiteten havde moderselskaberne derfor fælles kontrol.

72. Det bemærkes i forlængelse heraf, at Kommissionen ikke i nogen af sagerne har været inde og foretage en vurdering, om moderselskaberne er aktuelle eller potentielle konkurrenter.

73. WB og IBF er selvstændige virksomheder som fungerer uafhængigt af hinanden. IBF er ikke i stand til at kontrollere WB's aktiviteter, idet:

- hvert af moderselskaberne besidder 50% af aktierne i WB,
- bestyrelsen består af 3 medlemmer, hvoraf et er udpeget af IBF et er udpeget af WT, og det sidste medlem er udpeget i fællesskab, og
- WB forhandler egne produkter, og WB afsætter ikke en større del af sin produktion til moderselskaberne.

74. IBF og WB har i sine høringssvar tilkendegivet, at de er enige i, at IBF og WT har fælles kontrol over WB, men begge virksomheder er uenige i, at IBF og WB skal anses som selvstændige virksomheder.

75. At direktionen i WB og WT er identisk har ikke betydning for vurderingen af, om WB og IBF er selvstændige virksomheder, som fungerer uafhængigt af hinanden. Årsagen til, at det udelukkende er folk fra WT som sidder i direktionen var, at selskabet udadtil skulle fremstå som et datterselskab af WT, kun i meddelelsen til fondsbørsen skulle der stå, at IBF havde 50% af aktierne. IBF ønskede ikke, at WB's kunder skulle have kendskab til, at IBF også havde interesse i WB. Det bemærkes i den forbindelse, at såvel WB som IBF er enige i, at sammenfaldet i ledelse mellem WB og WT ikke kan tillægges betydning ved vurdering af, om IBF og WT har fælles kontrol over WB.

76. IBF og WB er derfor selvstændige virksomheder, og konkurrencebegrænsende aftaler mellem de to virksomheder er omfattet af KL § 6.

Er det konkurrenceretlige aftalebegreb opfyldt?

77. Det er en betingelse for, at forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler kan anvendes, at der er indgået en aftale (samordnet praksis eller vedtagelse).

78. Aftalebegrebet er i konkurrenceretten blevet fortolket meget bredt og i Kommissionens beslutning af 15. juli 1982, Re Stichting Sigarettenindustri Agreement, EUT [1982] L 232/1, præmis 106 udtalte Kommissionen, at alene det, at der foreligger "enighed" mellem parterne er tilstrækkeligt til at statuere, at der foreligger en aftale:

"... at der opnås enighed mellem sammenslutninger af virksomheder er tilstrækkeligt til, at der foreligger en aftale efter artikel 85, stk. 1, også selv om indholdet heraf ikke er nedfældet i en af de pågældende parter underskrevet tekst;..."

79. Kommissionen bemærkede i sin beslutning af 21. oktober 1998, Præisolerede rørkartellet, EUT [1999] L 24/1, at forbuddet i artikel 81 ikke forudsætter, at aftalen er udformet skriftligt, og at der heller ikke kræves formaliteter, kontraktlige sanktioner eller håndhævelsesforanstaltninger. Aftalen kan være indgået direkte eller fremgå indirekte af parternes adfærd. Ydermere anfører Kommissionen, at allerede før parterne indgår en endelig, samlet aftale om deres fælles aktivitet og inaktivitet på markedet, kan forhandlingsprocessen medføre, at der opstår foreløbige arrangementer og betinget eller delvis enighed, som begrænser konkurrencen.

80. En aftale efter artikel 81 kan også mangle en del af den vished, der kræves for håndhævelse af en kommerciel kontrakt. Dens nøjagtige betingelser vil måske aldrig blive udtrykt, og det skal måske udledes af omstændighederne, at der rent faktisk foreligger en aftale. Det kan også forholde sig således, at man aldrig når frem til formel enighed om alle spørgsmål, jfr. Kommissionens beslutning af 21. oktober 1998, Præisolerede rørkartellet, EUT [1999] L 24/1.

81. Det følger af ovenstående retspraksis, at den konkurrenceretlige definition af en "aftale" er særdeles vid og rækker langt ud over den traditionelle definition af en "aftale", som kendes fra aftalelovens regler. Således kan det konkluderes, at "hensigten med opregningen i traktatens artikel [81], stk. 1, er..at lade bestemmelsen omfatte enhver form for hemmelig forståelse mellem virksomheder, uanset dens form. Der er en sammenhæng mellem de opregnede tilfælde. Det er kun forskellen mellem den, tilladte, selvstændige adfærd, og den, forbudte, hemmelige forståelse, der er afgørende, uanset hvordan der måtte blive sondret inden for rammerne af sidstnævnte begreb" (jfr., EF-Domstolen i sag C-49/92P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 108).

82. Bilag 2-4 illustrerer opfattelsen, at der mellem de to selskaber er en fælles vilje til at opretholde ens priser. Det anføres således i bilag 2, at det er betænkeligt, at der stadig er stor priskonkurrence mellem selskaberne, og det fremgår endvidere af bilaget, at der sættes spørgsmålstegn ved, om der er iværksat tilstrækkelige foranstaltninger til at ændre på disse forhold.

83. IBF og WB har i sine høringssvar anført, at der ikke har været tale om en fælles vilje blandt virksomhederne til at optræde på markedet på en bestemt måde eller i øvrigt fælles vilje til at indgå nogen form for konkurrencebegrænsende aftale. Til støtte herfor er anført følgende:

- at der er tale om mails udvekslet inden for et meget kort tidsforløb (i essensen ganske få dage)
- –at der er tale om mails mellem overordnede økonomimedarbejdere i de to selskaber, der berører tema om priser, men
- –at der ikke ved disse mails er udvekslet oplysninger om priser,
- –at disse mails ikke er godkendt af de administrerende direktører
- –at den efterfølgende mailkorrespondance i sagen viser, at den administrerende direktør hos IBF ([..]) stoppede mailkorrespondancen, da han blev bekendt hermed, jf. bilag 5a, og
- –at intet af det, der skrives om eller foreslås i mailkorrespondancen, har været gennemført i praksis.

84. Endelig anføres det i høringssvaret, at såfremt der måtte være tale om en aftale, er denne af så enkeltstående og foreløbig karakter, og virksomhederne er trådt tilbage fra denne på så tidligt et tidspunkt, at aftalen ikke kan anses for omfattet af konkurrencelovens § 6.

85. Konkurrencestyrelsen skal i den forbindelse fremhæve, at selv om de mails som styrelsen har fremlagt i sagen er afsendt inden for en relativt kort periode(dog ikke ganske få dage, men en periode fra 4. april til 29. april), så kan virkningerne af en konkurrencebegrænsende aftale have betydning for konkurrencen på længere sigt. Selvom styrelsen ikke fandt mails om prisaftaler efter den 29. april 2003, er det således ikke ensbetydende med, at en gensidig tilpasning af priser ophørte hermed. Imidlertid viser mail-korrespondancen, at mails om priskoordinering ikke ophørte med [... administrerende direktør i IBF's] mail af 8. april.

86. Mailkorrespondancen finder hovedsageligt sted mellem økonomidirektør i WB [...], som er det ene medlem af direktionen i WB, og [...] økonomichef i IBF. Der er således tale om korrespondance mellem ledende medarbejdere i de to selskaber.

87. Det bemærkes i den forbindelse, at Østre Landsret i sin afgørelse i Levi Strauss-sagen [note: Østre Landsrets dom af 23. oktober 2003 i sagen: Anklagemyndigheden mod Levi Strauss International (utrykt)] tillagde det vægt, om en eventuelt konkurrencebegrænsende aftale var indgået af ledelsen. Østre Landsret har således ikke i sin afgørelse fastslået, at en konkurrencebegrænsende aftale skal være indgået eller godkendt af de administrerende direktører, hvis virksomhederne skal drages til ansvar for indholdet af aftalen.

88. På den baggrund finder styrelsen det ikke relevant, om de administrerende direktører har godkendt indholdet af de fremsendte mails.

89. Som anført oven for, fremgår det eksplicit af bilag 6, at [...] fra WB har sendt salgspriser på udvalgte produkter til [...], som er ansat i IBF. Konkurrencestyrelsen fastholder derfor, at de to virksomheder har udvekslet markedsfølsomme oplysninger.

90. Bilag 5a indeholder en intern mail fra administrerende direktør [...] til [...] og [...]. Mailen er afsendt den 8. april 2004, og det fastslås i mailen, at prisfastsættelsen i IBF finder sted i salgsafdelingen. IBF har i sit høringssvar anført, at denne mail beviser, at den administrerende direktør hos IBF stoppede mailkorrespondancen, da han blev bekendt hermed. Konkurrencestyrelsen skal i den forbindelse for det første bemærke, at det faktum at IBF i en mail fastslår, at deres priser fastsættes af deres salgsafdeling ikke er det samme som, at IBF ikke har været med til at "løfte" priserne hos WB, hvilket er temaet i flere af de fremsendte mails, jf. bilag 2 og bilag 6.

91. Ydermere finder styrelsen anledning til at bemærke, at administrerende direktør [...]’s mail af 8. april 2003 ikke stoppede mailkorrespondancen vedrørende priser mellem IBF og Weber. Bilag 6 er således afsendt den 9. april 2003 og bilag 7 er afsendt den 29. april 2003. Det fremgår af disse mails, at WB følger op på prisudviklingen. Der er således intet som understøtter, at der er truffet beslutning om, at der ikke længere skal samarbejdes om prisfastsættelsen i de to virksomheder.

92. Som anført ovenfor fremgår det eksplicit af sagens bilag, at der rent faktisk har været udvekslet priser, som må betragtes som markedsfølsomme. Udvekslingen af markedsfølsomme oplysninger er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

93. Derudover fremgår det af bilag 1, at der allerede forud for mailkorrespondancen er iværksat foranstaltninger, som skal sikre, at der ikke er priskonkurrence mellem IBF og WB.

94. Konkurrencestyrelsen lægger derfor til grund, at det er dokumenteret, at der i praksis har været indgået og efterlevet en konkurrencebegrænsende aftale, og da mail-korrespondancen følger op på tidligere aftaler/foranstaltninger, er der ikke tale om hændelser af enkeltstående og foreløbig karakter.

95. På denne baggrund finder Konkurrencestyrelsen, at det er dokumenteret, at WB og IBF har indgået en konkurrencebegrænsende aftale (samordnet praksis eller vedtagelse), jf. KL § 6.

Konkurrencelovens § 6, stk. 1-3

96. Det skal herefter vurderes, om aftalen indeholder konkurrencebegrænsende elementer, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen og dermed vil være omfattet af KL § 6.

97. Aftalen mellem IBF og WB indebærer en samordning af priser.

98. En prisaftale hvor det mellem to uafhængige virksomheder aftales, at priser skal koordineres, således at der ikke mellem de to virksomheder konkurreres på pris, er en aftale, der i sig selv har til formål og følge at begrænse konkurrencen. Uden aftalen ville der mellem de to virksomheder have været en priskonkurrence. En sådan horisontal prisaftale er i strid med forbudet i § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1, og der kan ikke afgives en ikke-indgrebserklæring efter lovens § 9.

Mærkbarhed

99. Såvel IBF som WB har i deres høringssvar fremhævet, at der i konkurrencelovens § 6 indfortolkes et mærkbarhedskriterium. I forlængelse heraf anføres det, at i og med at mailkorrespondancen stoppede, er der ikke indgået nogen aftale, som mærkbart har begrænset konkurrencen. De pågældende mails har derfor ikke haft nogen effekt på markedet.

100. Konkurrencestyrelsen bemærker i den forbindelse, at indgåelse af en prisaftale er en aftale, der har som sit objektive formål at begrænse konkurrencen. Sådanne aftaler er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, uanset om det påvises, at aftalen rent faktisk har ført til en påvirkning af konkurrencen på markedet [note: Kendelse afsagt af Konkurrenceankenævnet den 27. oktober 2004 i sagen Bestseller A/S mod Konkurrencerådet, side 29].

Bagatelgrænse og fritagelse

101. Der er tale om en aftale mellem to parter, som udøver erhvervsvirksomhed, og aftalen er således omfattet af konkurrenceloven, jf. dennes § 2, stk. 1. Da der er tale om prisaftaler mellem to virksomheder, finder undtagelsesbestemmelsen i § 7 ikke anvendelse, jf. § 7, stk. 2, nr. 1. Endelig er aftalen ikke omfattet af gruppefritagelser efter konkurrencelovens § 10 eller EU-fritagelsen, jf. lovens § 4.

...”

2. Supplerende sagsfremstilling

2.1 Det er oplyst, at A/S Ikast Betonvarefabrik er 100 % ejet af IBF Holding A/S, og at det er IBF Holding A/S, der ejer 50 % af Wewers Belægningssten A/S.

2.2 Sagens bilag A - mødereferat:

Konkurrencerådet har som sagens bilag A fremlagt et referat af møde afholdt den 5. august 2003 mellem Ikast Betonvarefabrik og Konkurrencestyrelsen.

Det fremgår heraf bl.a., at den administrerende direktør for Ikast Betonvarefabrik oplyste, at:

”...samarbejdet mellem de to ejerfamilier i hhv. IBF og Wewers Teglværker gik 25 år tilbage, fra dengang Wewers fremstillede betontagsten. ...IBF overtog Unicon's rørddivision i 2001. Unicon spurgte i 2002 IBF om de var interesserede i også at overtage Unicons belægningsaktiviteter på landsplan. Unicon havde 5 fabrikker på Sjælland, men IBF havde erfaring for, at markedet øst for Storebælt ikke var så nemt at opdrage på, det gik bedre i Jylland hvor IBF var mere på hjemmebane. Det kunne derfor være en løsning at opdele de overtagne aktiviteter på Sjælland. [...Ejerfamilien bag IBF] havde stor tiltro til, at Wewers kunne løfte opgaven, de havde ganske vist ikke de økonomiske midler, men derimod den ledelsesmæssige kompetence og det markedskendskab, der krævedes.”

På Konkurrencestyrelsens forespørgsel om, hvorvidt det var en sædvanlig fremgangsmåde at tilkendegive overfor Wewers Belægningssten, at prisen skulle sættes op, oplyste økonomidirektør i Ikast Betonvarefabrik, at:

”... det var naturligt at gribe fat i Wewers Belægningssten, bl.a. fordi selskabet havde overtaget en række medarbejdere fra Unicon, som måtte formodes at stå bag den førte prispolitik.”

På Konkurrencestyrelsens forespørgsel om, hvorvidt Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik tidligere havde drøftet priser og prisniveau med hinanden, oplyste økonomidirektør i Ikast Betonvarefabrik:

”... at IBF og Wewers havde aftalt året før at følge Unicons priser for 2002 året ud.”

På Konkurrencestyrelsens forespørgsel til hvad der mentes med udtalelsen i e-mail af 7. april 2003 fra økonomidirektør i Ikast Betonvarefabrik til økonomidirektør i Wewers Belægningssten (sagens bilag 3) om, ”at vi skal selvfølgelig fortsat have en vis konkurrence”, oplyste økonomidirektøren for Ikast Betonvarefabrik, at:

”... der fortsat var tale om to virksomheder med to salgsorganisationer. De skulle dog samarbejde som gode kollegaer på Sjælland, jf. f.eks. aftalen med [...], hvor faktureringen skete gennem IBF, men hvor produkterne blev produceret og leveret af Wewers Belægningssten. De to virksomheder skulle ikke genere hinanden.”

På Konkurrencestyrelsens forespørgsel om, hvad der mentes med, at ”vi skal stikke hovederne sammen og få lavet en prioriteringsliste over de produkter/priser, som vi hver i sær ser som den største hindring for et prisløft”, svarede Ikast Betonvarefabriks salgschef:

”... at det var intentionen. De to virksomheder havde snakket om det, men var ikke nået frem til en aktuel udveksling af prisdata.”

Om den som sagens bilag B fremlagte aktionæroverenskomst oplyste Ikast Betonvarefabriks advokat, at:

”...IBF havde underskrevet aktionæraftalen og at det var hans indtryk, at Wewers også ville gøre det.”

På Konkurrencestyrelsens forespørgsel om, hvorfor det af aktionæroverenskomsten fremgik, at det alene var folk fra Wewers der sad i bestyrelse og direktion, oplyste administrerende direktør fra Ikast Betonvarefabrik, at:

”... det var familien Wewers ansvar at passe butikken og beskytte aktiverne i WB A/S. IBF fik al den information de behøvede på de fire årlige aktionærmøder.”

2.3 Sagens bilag B – aktionæroverenskomst:

Konkurrencerådet har som sagens bilag B fremlagt en ikke-underskrevet aktionæroverenskomst indgået mellem IBF Holding A/S og Wewers Teglværker A/S vedrørende Wewers Belægningssten A/S.

Det hedder heri bl.a.:

”1. Selskabets kapital

Selskabets aktiekapital udgør 25.000.000 kr. fordelt som følger:

IBF 12.500.000 kr.

Wewers 12.500.000 kr.

...

5. Selskabets ledelse

...

Bestyrelsen skal bestå af 3 generalforsamlingsvalgte medlemmer. Hver aktionær har ret til at udpege 1 medlem. Det tredje medlem udpeges af aktionærerne i fællesskab. ...

Som følge af, at IBF ikke er direkte repræsenteret i bestyrelsen, er det aftalt, at der tilstræbes afholdt min. 4 aktionærmøder årligt. ...

...

7. Bestyrelsesmedlemmernes og aktionærernes tavshedspligt

Bestyrelsesmedlemmer, der i henhold til pkt. 5 er udpeget af direktion og bestyrelse hos aktionærerne, er pålagt sædvanlig tavshedspligt som bestyrelsesmedlem alene med den undtagelse, at de pågældende bestyrelsesmedlemmer har ret til at drøfte alle forhold med den pågældende aktionærs bestyrelse og direktion mod, at de pågældende underlægger sig samme tavshedspligt, som er gældende for bestyrelsesmedlemmet. Ingen må udlevere fortroligt materiale eller oplysninger for bestyrelsesmøder eller lignende møder til øvrige virksomheder inden for koncernen til skade for virksomheden.”

2.4 Sagens bilag C – e-mail fra Kommissionen:

Konkurrencerådet har som sagens bilag C fremlagt en e-mail af 19. november 2004 fra Céline Gauer, DG Competition, Unit A4 – ECN, European Commission.

Det hedder heri bl.a.:

”Dear Ms Mosbaek,

Thanks for your message to Kris Dekeyser.

In reply to your question whether an agreement between a full-function JV and one of its parent company is caught by Article 81, it is our understanding that such an agreement may in principle fall within Article 81 EC (see Commission decision of 15.05.1991 in the case Gosme/martell-DMP, OJ L 185 page 23).

The JV strategy on the market cannot be fully determined by one of the parent companies and only half of its profits benefit to each parent. There is therefore still an incentive for the parent company to compete on the market with the JV and there is a need of an agreement between the JV and the parent company if they want to cooperate on the market. That agreement may be caught by Article 81.

The sentence taken from the Norsk Alcoa/Elkern case has to be read in its proper context, i.e. the application of the Merger Regulation: the decision finds that the coordination (which, although it may be caught by Article 81 is not necessarily an infringement to that provision) will not produce or reinforce cooperation between the parents. In our view, it does not imply that coordination between a full-function JV and one of its parent is not caught by Article 81.

...

DISCLAIMER

The views expressed are purely those of the writer and may not in any circumstances be regarded as stating an official position of the European Commission.”

2.5 Sagen blev behandlet mundtligt på Konkurrenceankenævnets møde den 3. oktober 2005.

3. Parternes påstande.

Wewers Belægningssten A/S og A/S Ikast Betonvarefabrik har indbragt sagen for Konkurrenceankenævnet med påstand om ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004, subsidiært ophævelse af det meddelte påbud.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

4. Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabriks argumentation.

Wewers Belægningssten A/S og A/S Ikast Betonvarefabrik har anført, at EF-traktatens artikel 81 og dermed konkurrencelovens § 6 efter vedtagelsen af fusionskontrollforordningen alene kan anvendes på samordning mellem et moderselskab og dets selvstændigt fungerende joint venture i de i

fusionskontrolforordningens artikel 2, stk. 4, angivne tilfælde, som ikke omfatter det tilfælde, at kun det ene moderselskab er aktiv på samme marked som joint venture selskabet, mens det andet moderselskab hverken er konkurrent til det første moderselskab eller til selve joint venture selskabet.

IBF Holding A/S ejer 100 % af Ikast Betonvarefabrik og 50 % af Wewers Belægningssten. Der foreligger således ikke i selskabsretlig forstand et moderdatterselskabsforhold mellem Ikast Betonvarefabrik og Wewers Belægningssten, men i konkurrenceretlig forstand kan IBF Holding og Ikast Betonvarefabrik anses for en økonomisk enhed, der deltager med 50 % ejerskab i Wewers Belægningssten.

Wewers Belægningssten må på denne baggrund, som antaget af Konkurrencerådet, anses for at være under fælles kontrol af Ikast Betonvarefabrik og Wewers Teglværker A/S. Denne fælles kontrol blev etableret, da IBF Holding i 2002 erhvervede 50 % af aktiekapitalen i Wewers Belægningssten – en transaktion, der ikke faldt ind under fusionskontrolreglerne, da tærskelværdierne ikke var overskredet, men efter sin karakter var der tale om en koncentration i fusionsretlig forstand.

Wewers Belægningssten kan karakteriseres som et koncentrativt joint venture under fælles kontrol af to stiftere, der hverken er aktuelle eller potentielle konkurrenter, og hvor alene Ikast Betonvarefabrik er aktiv på samme produktmarkedet som joint venture selskabet.

Konkurrencerådets henvisning til Kommissionsbeslutninger fra 1991 er forældede, idet Kommissionen ændrede praksis i begyndelsen af halvfemserne. Det er korrekt, som anført af Konkurrencerådet, at Kommissionen i Gosme/Martell/DMP-sagen fandt artikel 85 anvendelig på aftaler mellem Martell og joint venture selskabet DMP, der var under fælles kontrol af Martell og Piper-Heidsieck. Derimod ses der ikke belæg for, at Kommissionen tog stilling til spørgsmålet i Eirpage-sagen, hvor moderselskaberne i øvrigt var aktuelle eller potentielle konkurrenter. Begge afgørelser er imidlertid truffet før ændringerne i praksis og tekst vedrørende fusionskontrolforordningen

Ved en bedømmelse under artikel 81 efter de principper, som anvendes under fusionskontrolforordningen, ses der efter den i de sidste ca. 10 år gældende praksis bort fra koordination mellem et moderselskab og et koncentrativt joint venture, der er aktive på samme marked, for så vidt angår aktiviteter på dette marked, når der ikke er andre af joint venturedeltagerne, der er aktive på dette marked.

Mulighed for koordination mellem en kontrollerende ejer og et joint venture ansås i de første år efter fusionskontrolforordningen af 1989 for at medføre, at joint venturet ikke var koncentrativt, jf. artikel 3, stk. 2, i fusionskontrolforordningen fra 1989 (Rfo 4069/89) og fortolkningen heraf i pkt. 20 i den oprindelige 1990-meddelelse fra Kommissionen om sondringen mellem koncentrativ og kooperative joint ventures, gengivet i EF-Tidende 1990 C 203/10.

Allerede tidligt blev denne opfattelse forladt i beslutningspraksis, og i 1994 blev ovennævnte meddelelse i overensstemmelse hermed revideret, jf. pkt. 2 og 17-21 i den reviderede meddelelse om sondringen mellem koncentrativ og kooperative joint ventures, gengivet i EF-Tidende 1994 C 385/1. Pkt. 17 - 21 i denne meddelelse anses fortsat for gældende, jf. henvisningen hertil i Kommissionens nuværende meddelelse om begrebet full function joint ventures, gengivet i EF-

Tidende 1998 C 66. Det følger forudsætningsvist heraf, at det aktive moderselskab og joint venture selskabet således i en sådan situation ikke anses for uafhængige virksomheder ("independent undertakings"), jf. pkt. 17.

Ved revisionen af fusionskontrollforordningen ved forordning nr. 1310/97 af 30. juni 1997 indsattes i overensstemmelse med denne udvikling en ny artikel 2, stk. 4, i forordningen svarende til den i dag gældende artikel 2, stk. 4 og 5, og samtidig ændredes artikel 3, stk. 2, således at den oprindelige tekst om betydningen af koordination mellem ejerne og et joint venture udgik. I den nugældende forordnings artikel 2, stk. 4 og 5, er det klart forudsat, at der ikke foretages en bedømmelse efter artikel 81 af muligheden for koordination mellem en ejer og joint ventureselskabet, når den eller de øvrige ejere ikke er aktive på samme marked. Der henvises også til Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, 5. udgave, 2001, side 421f, M 723 Norsk Alcoa/Elkem, para 10-12, M 866 Cereo/Ölsat-Ölmühle, para 8, og M 582 Orkla/Volvo, para 17-18.

Denne form for koordination forudsættes således at være en forventelig, naturlig og integreret del af joint venture-konstruktionen, og er derfor lovlig uden yderligere godkendelse og det gøres gældende, at disse principper må finde tilsvarende anvendelse ved transaktioner under tærskelværdierne i fusionskontrollforordningen, idet den konkurrenceretlige analyse ikke er afhængig af, om tærskelværdierne er overskredet.

Konkurrencelovens § 6 må fortolkes i overensstemmelse med de fællesskabsretlige regler og ville således under de beskrevne omstændigheder heller ikke finde anvendelse på en konkurrencebegrænsende aftale eller koordination mellem Ikast Betonvarefabrik og Wewers Belægningssten.

Der er ingen eksempler fra Kommissionens praksis siden 1991, der er baseret på den fortolkning, som Konkurrencerådet støtter sig til, og regelværket samt Kommissionens praksis med hensyn til behandlingen af joint ventures har som beskrevet undergået en betydelig udvikling i den efterfølgende periode. EF-Domstolen ses ikke at have taget stilling til det foreliggende retsspørgsmål, hverken før eller efter fusionskontrollforordningen. Kommissionens eget uformelle svar fra en junior medarbejder på Konkurrencestyrelsens henvendelse (sagens bilag C), er af samme grund ganske forsigtigt og kan ikke af Konkurrenceankenævnet tillægges afgørende betydning. Såfremt Konkurrenceankenævnet på denne baggrund må anse det for hensigtsmæssigt for sagens afgørelse, kan Konkurrenceankenævnet søge de relevante EU-retlige fortolkningsspørgsmål afklaret ved at stille præjudicielle spørgsmål til EF-Domstolen herom efter EF-traktatens artikel 234.

At Ikast Betonvarefabrik og Wewers Belægningssten ikke i konkurrenceretlig henseende bør anses for uafhængige virksomheder skal også ses i lyset af det forhold, at Ikast Betonvarefabrik foretog en betydelig investering ved købet af 50 % af Wewers Belægningssten, som Ikast Betonvarefabrik naturligt har behov for at have indflydelse på, og det forhold, at Ikast Betonvarefabrik lovligt erhvervede og har (fælles) kontrol med dette selskab.

Det er således hverken hensigtsmæssigt eller rimeligt at fortolke konkurrenceloven således, at en 50 % ejer med fælles kontrol over et joint venture på samme marked sammen med en anden 50 % ejer, der ikke er aktiv på det pågældende marked, skal være afskåret fra at koordinere med, udøve indflydelse på, eller direkte kontrollere joint venture selskabets adfærd på markedet.

Koordinationen er en naturlig og ofte nødvendig konsekvens af joint venture-dannelsen, der ikke giver anledning til konkurrenceretlige betænkeligheder, når kun det ene moderselskab er aktiv på samme marked som joint venture selskabet. Alternativt udtrykt, bør den indflydelse et moderselskab på denne baggrund vil udøve over for joint venture selskabet, og den informationsudveksling, der måtte blive foretaget, anses for accessoriske i forhold til selve joint venture etableringen.

Informationsudveksling mellem moderselskabet og joint venture selskabet, herunder overførsel fra moderselskabet til joint venture selskabet af know-how, markedskendskab, erfaringer mht. priser og kunder etc., bør således ikke anses for omfattet af konkurrenceloven. Det samme gælder naturligvis sædvanlig økonomisk rapportering fra joint venture selskabet til sine ejere.

Retsstillingen bør derfor ganske sidestilles med retsstillingen, hvor der foreligger et sædvanligt moderdatterselskabsforhold, og de to virksomheder kan ikke anses for uafhængige.

Det bemærkes, at Konkurrencerådets retsopfattelse, hvorefter der i en sådan situation foreligger uafhængige virksomheder i konkurrencelovens forstand, kan forventes at rejse en betydelig række retlige problemer for rutinemæssige instruktioner og rapportering mellem et moderselskab og et joint venture, samt for rapportering fra direktion til bestyrelse, fra bestyrelse til aktionærer etc., i tilfælde, hvor en ejer er aktiv på samme marked som joint venture selskabet.

Det bemærkes videre, at det er uden betydning for resultatet, at Wewers Belægningssten som anført i afgørelsens pkt. 19 har haft "folk fra Wewers Teglværker" i administrationen og ledelsen, eller om selskabet "udadtil skulle fremstå som et datterselskab af Wewers Teglværker", hvilket i øvrigt heller ikke er rigtigt. Det afgørende er derimod de reelle kontrolforhold sammenholdt med det forhold, at Ikast Betonvarefabrik og Wewers Teglværker ikke er konkurrenter.

Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik har videre anført, at selvom de trods det anførte måtte anses for uafhængige virksomheder, foreligger der ikke en aftale eller samordnet praksis mellem virksomhederne med det formål eller den følge mærkbart at begrænse konkurrencen.

Det er således ikke dokumenteret, at der forelå nogen konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis mellem parterne, der er omfattet af konkurrencelovens § 6.

Bilag 1 - 4 til afgørelsen viser alene, at der i perioden fra den 4. - 8. april 2003 var kontakt mellem virksomhederne på et underliggende ledelsesniveau. Der er ikke bevis for, at denne kontakt udviklede sig til en fælles forståelse, fælles enighed eller fælles prispolitik på virksomhedsniveau. Der er heller ikke bevis for forudgående foranstaltninger.

Ved den som bilag 5a fremlagte e-mail af 8. april 2003 gjorde Ikast Betonvarefabriks administrerende direktør de ansatte opmærksomme på, at Ikast Betonvarefabrik selv fastsatte sine salgspriser. Dette understreger, at i det omfang de pågældende medarbejdere hos Ikast Betonvarefabrik måtte have haft ønske om at opnå forandringer på den beskrevne måde, har de handlet uden for deres bemyndigelse. Efter denne e-mail blev der da heller ikke fremsendt flere e-mails fra Ikast Betonvarefabrik til Wewers Teglværker. Det er uden betydning, at ansatte i Wewers Belægningssten efterfølgende rykkede Ikast Betonvarefabrik for svar.

Der er således ikke bevis for nogen fælles vilje blandt virksomhederne til at optræde på markedet på en bestemt måde eller i øvrigt fælles vilje til at indgå nogen form for konkurrencebegrænsende aftale.

Udvekslingen af de som bilag 1 - 7 fremlagte mails udgør derfor ikke en "aftale" mellem virksomhederne i konkurrenceretlig forstand, eller nogen samordnet praksis. Der er intet, der tyder på, at de pågældende mails har ført til nogen adfærdsændringer på markedet, hvilket er en forudsætning for at statuere samordnet praksis, jf. EF-Domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, *Anec Partecipazioni* mod Kommissionen, præmis 118 og 119.

Der er derfor efter dansk rets almindelige bevisregler ikke påvist nogen samordnet praksis i strid med konkurrencelovens § 6,

Konkurrencestyrelsen hævder, at bevisbyrdefordelingen i en sag som den foreliggende efter konkurrencelovens § 6 må være den samme, som er fastlagt af EF-Domstolen i *Anic*-dommen med hensyn til artikel 81.

Dette bestrides, idet der ikke er grundlag i forarbejderne til konkurrenceloven for, at lovgiver har ønsket at fravige dansk rets almindelige regler om bevisbyrdens fordeling på dette område. Indførelsen af en sådan omvendt bevisbyrde vil kræve støtte i lovgivningen, der ikke forefindes.

Om de beviskrav, der i øvrigt er stillet af danske domstole efter konkurrencelovens § 6, henvises til Østre Landsrets fortolkning af konkurrencelovens § 6 i dom af 23. oktober 2003 (S-2826-02) i *Levi Straus*-sagen samt Retten i Gentofte's dom af 11. marts 2005 (SS 871/2004) i *Swatch*-sagen.

Det følger desuden af *Anic Partecipazioni*-dommens præmis 121, at det ved den bevismæssige vurdering efter fællesskabsretten af, om det er sandsynligt, at virksomhederne har taget hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter, må tillægges betydning, om den omhandlede samordning har været regelmæssig eller ikke, og om den har varet lang tid eller ikke.

Den i nærværende sag påståede samordning har netop ikke har været regelmæssig og har reelt kun bestået i en afbrudt mailkorrespondance af få dages varighed.

Selv såfremt den af Konkurrencestyrelsen påberåbte bevisregel fandt anvendelse i dansk ret, er der derfor efter den foreliggende sags omstændigheder, sådan som disse er oplyst, ikke tilstrækkeligt grundlag for at karakterisere mailvekslingen som en samordnet praksis, der er i strid med konkurrencelovens § 6.

Endvidere gøres gældende at mailvekslingen i alle tilfælde er af så enkeltstående og foreløbig karakter, og virksomhederne er trådt tilbage fra denne på et så tidligt tidspunkt, at mail-vekslingen ikke kan anses for omfattet af konkurrencelovens § 6.

Både artikel 81 og konkurrencelovens § 6 skal fortolkes således, at en konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis – uanset et konkurrencebegrænsende formål – for at være ulovlig i det mindste skal være objektivt egnet til at kunne have mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger på markedet for at være i strid med disse bestemmelser.

De mærkbarhedskrav, der kan stilles for at bringe konkurrencelovens § 6 i anvendelse, er således i alle tilfælde ikke opfyldt.

Konkurrenceankenævnets afgørelse i Bestseller-sagen (Konkurrenceankenævnets kendelse af 27. oktober 2004) fører ikke til noget herfra afvigende resultat. Tværtimod viser ankenævnets afgørelser om konkurrenceklausuler i sagerne om kranen fra Københavns Havn (Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. december 1998) og om Danske Trælast (Konkurrenceankenævnets kendelse af 26. januar 2001), at ankenævnet trods nærmere bestemte klausuler med åbenlyst konkurrencebegrænsende formål kræver en realistisk prøvelse af, om klausulerne har en reel virkning på konkurrenceforholdene, hvilket ikke har været tilfældet i den foreliggende sag.

Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik har desuden anført, at afgørelsen er behæftet med øvrige væsentlige faktiske og retlige mangler. I afgørelsens tekst konstateres forhold og anlægges konkrete vurderinger, der ikke er rigtige, og som klagerne har retlig interesse i at få ophævet, hvorfor afgørelsen også af denne grund bør ophæves i sin helhed.

Selve hovedteksten i Konkurrencestyrelsens indstillingsnotat er så fejlbehæftet og så urimelig i sin faktumbeskrivelse – fyldt med udokumenterede påstande, som sværter virksomhederne til – at Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik i alle tilfælde har krav på ophævelse af denne afgørelse.

Konkurrencerådet har desuden ikke gjort nogen overvejelser om betydningen af det forhold, at moderselskaberne ikke er konkurrenter, ligesom flere af de øvrige vurderinger i indstillingsnotatet er mangelfulde.

Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik har endelig anført, at det meddelte påbud i alle tilfælde bør ophæves, da der ikke er grundlag for meddelelse af et påbud vedrørende forhold, der allerede var bragt til ophør. Påbuddet refererer endvidere blot til, at "overtrædelsen" skal bringes til ophør. Som det fremgår, er det endog ikke klart, hvilket omfang den pågældende "overtrædelse" efter Konkurrencerådets opfattelse har haft, og rækkevidden af påbuddet er derfor også utilstrækkeligt klart.

5. Konkurrencerådets argumentation.

Konkurrencerådet har anført, at mailkorrespondancen mellem Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik udgør en samordnet praksis i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og at korrespondancen uden tvivl opfylder de krav, som EF-Domstolen har opstillet for, at der er tale om en samordnet praksis.

EF-Domstolen har fastslået, at det grundlæggende i samordningsbegrebet er en koordinering mellem virksomhederne, hvor de ikke går så langt som til at indgå en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter konkurrencens risici med samarbejde, jf. dom af 14. juli 1972 i sag 48/69 (ICI mod Kommissionen) og dom af 16. december 1975 i de forenede sager 40/73 m.fl. (Suiker Unie mod Kommissionen). Det er i modstrid med det konkurrenceretlige ideal, hvorefter markedsaktørerne skal handle uafhængigt af hinanden.

De mails, som Konkurrencestyrelsen kom i besiddelse af, viser klart, at Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik havde indgået en samordnet praksis hvis formål var at erstatte priskonkurrence med et samarbejde, således at de to virksomheder ikke hver handler uafhængigt af hinanden.

Vedrørende mængden af beviser og den tidsmæssige udstrækning af overtrædelsen har Retten i 1. instans udtalt følgende:

”Det må imidlertid fastslås, at der ikke findes et fællesskabsretligt princip, der er til hinder for, at Kommissionen alene støtter sig på et enkelt dokument, når der foreligger en overtrædelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, forudsat at der ikke er nogen tvivl om dokumentets bevisværdi, og at dokumentet i sig selv med sikkerhed viser, at overtrædelsen forelå. Ved vurderingen af bevisværdien af et dokument må der først og fremmest tages hensyn til sandsynligheden af den beretning, som dokumentet indeholder. Der må herved navnlig tages hensyn til, fra hvem dokumentet hidrører, under hvilke omstændigheder det er blevet til, hvem det er rettet til, og om dokumentet efter sit indhold virker fornuftigt og troværdigt.”

Ved vurdering af, om de fremlagte mails opfylder kravene for en samordnet praksis henvises endvidere til Retten i 1. instans afgørelse i Acerinox-sagen (Dom af 13. december 2001 i sagen T-48/98: Acerinox mod Kommissionen, præmis 30) hvor retten udtalte:

”Når det imidlertid er bevist, at en virksomhed har deltaget i møderne mellem virksomheder af en åbenbart konkurrencestridig karakter, påhviler det denne virksomhed at fremføre indicier af en sådan beskaffenhed, at den kan påvise, at dens deltagelse i de nævnte møder ikke var sket for at begrænse konkurrencen og herved påvise, at det over for konkurrenterne er oplyst, at det deltog i møderne med et andet formål end deres... Såfremt bevis for en sådan afstandstagen ikke foreligger, kan den omstændighed, at en virksomhed ikke bøjer sig for udfaldet af disse møder ikke fritage virksomheden for det fulde ansvar som følge af dens deltagelse i kartellet.”

De dokumenter, som nærværende sag støtter sig på, hidrører fra ledende medarbejdere i de to virksomheder og indeholder klare indikationer af, at der mellem Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik skal ske en koordinering af priserne. Klagerne har ikke fremført noget forhold, der viser, at oplysningerne i dokumenterne ikke afspejler det reelle indhold af virksomhedernes samarbejde.

Det fremgår af bilag 1-5 samt bilag A, at formålet med den samordnede praksis har været at få hævet Wewers Belægningsstens priser. Det gøres på den baggrund gældende, at bilag 5a ikke kan tillægges vægt, da bilaget alene viser, at Ikast Betonvarefabriks administrerende direktør tilkendegav, at Ikast Betonvarefabriks priser fastsættes i virksomhedens salgsafdeling. Der anføres således intet i mailen om, at der ikke fortsat skal arbejdes på at få hævet Wewers Belægningsstens priser.

Under henvisning til den tidligere citerede praksis bemærkes, at selv hvis bilag 5a måtte anses som en afstandstagen fra den samordnede praksis, så fritager det ikke Ikast Betonvarefabrik for det fulde ansvar for dens deltagelse i samarbejdet.

For så vidt angår det af klagerne anførte om, at det er et krav, at den samordnede praksis har haft effekt på markedet, bemærkes, at det i henhold til EF-Domstolens praksis er tilstrækkeligt, at der

føres bevis for, at der eksisterer en samordnet praksis. Herefter påhviler det virksomhederne at bevise, at den samordnede praksis ikke er blevet ført ud i praksis, jf. Andreas Christensen m.fl., Konkurrenceretten i EU, 2. udgave, side 96, Bellamy & Child s. 70, og EU-Karnov, s. 808 med note 27.

EF-Domstolen har i dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 (Kommissionen mod Anic Partecipazioni) således udtalt vedrørende bevisbyrden for, at der foreligger en samordnet praksis, at det må antages – med forbehold af det modbevis, som det påhviler de pågældende erhvervsdrivende at føre – at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet, og at en samordnet praksis er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, selv når den ikke har haft konkurrencebegrænsende virkninger på markedet.

Det har i øvrigt ikke betydning ved vurdering af spørgsmålet om mærkbarhed, om et samarbejde karakteriseres som en aftale eller en samordnet praksis. Opremsningen i konkurrencelovens § 6 af aftaler, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder, har til formål at sikre, at enhver form for konkurrencebegrænsende samarbejde mellem virksomheder rammes af forbudet. Den vigtige skillelinje går ved den nedre grænse mellem den samordnede praksis, der er forbudt og den adfærd, der ikke opfylder kriterierne for at kunne betegnes som samordnet praksis.

Hertil skal videre bemærkes, at prisaftaler udgør en ”hard core” overtrædelse af konkurrencelovens § 6, hvorfor Konkurrencerådet ikke skal føre bevis for, at kravet om mærkbarhed er opfyldt, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 27. oktober 2004 i sagen Bestseller A/S mod Konkurrencerådet.

Samordnet praksis, der har som sit objektive formål at begrænse konkurrencen, er således i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, uanset om det påvises, at den samordnede praksis rent faktisk har ført til en påvirkning af konkurrencen på markedet.

Såfremt Konkurrenceankenævnet mod forventning måtte finde, at mærkbarhed skal påvises i en sag vedrørende en ”hard core” overtrædelse af konkurrencelovens § 6 gøres det gældende, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar allerede fordi Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik tilsammen besidder meget store markedsandele på det relevante marked. Disse høje markedsandele viser i sig selv, at en samordnet praksis om fastsættelse af priser mellem Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning.

Det gøres således samlet gældende, at afgørelsens bilag 1-5 og 6-7 samt bilag A udgør bevis for, at der mellem Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik eksisterede en samordnet praksis. Under henvisning til EF-Domstolens praksis gøres det endvidere gældende, at idet Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik ikke har ført bevis for, at denne samordnede praksis ikke er blevet udmøntet i praksis, skal det lægges til grund, at dette er sket.

Konkurrencerådet har videre anført, at denne samordnede praksis mellem Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 5, og derfor falder ind under forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Begrebet koncern skal fortolkes i overensstemmelse med EF-Domstolens fortolkning af begrebet økonomisk enhed. Moderselskaberne, Ikast Betonvarefabrik og Wewers Teglværker, ejer hver 50 % af aktierne i Wewers Belægningssten. Det fremgår endvidere af udkast til aktionæroverenskomst (bilag B), at hver af aktionærerne skal udpege et medlem til bestyrelsen, og det tredje medlem skal udpeges af aktionærerne i fællesskab. Alle bestyrelsens anliggender træffes ved flertalsafstemning, i særlige vigtige anliggender med enstemmighed.

Kommissionen har i sin praksis fastslået, at aftaler mellem et joint venture og et moderselskab er omfattet af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, hvis de to moderselskaber har fælles kontrol med selskabet. Det vil i så tilfælde være tale om selvstændige virksomheder, som skal fungere uafhængigt af hinanden, jf. Kommissionens beslutning af 15. maj 1991 IV/32.186 – Gosme Martell-DMP, pkt. 30, og Kommissionens beslutning af 18. oktober 1991 IV/737 – Eirpage pkt. 9.

Ved vurdering af, om et joint venture selskab fungerer uafhængigt af sine moderselskaber, har Kommissionen bl.a. lagt vægt på ejerskabsandel af aktier, hvem der har ret til at udpege bestyrelsen og om selskabet har salg af egne varer, eller blot videresælger moderselskabernes varer.

Det er i den forbindelse ikke relevant for vurderingen efter konkurrencelovens § 5 – som ellers anført af klagerne – om moderselskaberne og joint venture selskabet er i konkurrence med hinanden.

Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik er to selvstændige virksomheder, som fungerer uafhængigt af hinanden. Wewers Belægningssten må anses for en selvstændig virksomhed, som Ikast Betonvarefabrik ikke er i stand til at kontrollere. I den forbindelse bemærkes, at Wewers Teglværker og Ikast Betonvarefabrik hver ejer 50 % af aktierne i Wewers Belægningssten, at Wewers Teglværker og Ikast Betonvarefabrik hver har mulighed for at udpege 1 medlem til bestyrelsen, at Wewers Belægningssten forhandler egne produkter, og at der ikke afsættes en større del af produktionen til moderselskaberne.

En samordnet praksis mellem Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik er derfor omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6.

Den af Konkurrencerådet citerede praksis fra Kommissionen er ikke – som anført af klagerne – forældet. Styrelsen har haft rettet henvendelse til Kommissionen, og forespurgt, hvorvidt Kommissionen finder, at en aftale mellem et selvstændigt fungerende joint venture og et af dets moderselskaber er omfattet af artikel 81. Besvarelsen på henvendelsen er fremlagt som sagens bilag C, hvoraf følger, at den citerede praksis fra Kommissionen er i overensstemmelse med gældende fortolkning.

Klagernes henvisninger til fusionskontrolforordningens § 2, stk. 4, er i denne forbindelse ikke relevant. Fusionskontrolforordningen giver Kommissionen hjemmel til at gribe ind over for en fusion, der forventes at ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet. Kommissionen foretager således en vurdering af om en fusion er forenelig med det fælles marked. Der foretages imidlertid ikke en vurdering af, hvorvidt joint venture selskabet og moderselskaberne efterfølgende må koordinere deres konkurrencemæssige adfærd. Det er Kommissionens klare opfattelse, jf. sagens bilag C, at en vurdering efter fusionskontrolforordningen adskiller sig fra en eventuel efterfølgende vurdering af en konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis mellem et joint venture selskab og et af dets moderselskaber.

Den omstændighed, at Kommissionen ved vurdering af en fusion som konkret finder sted ved, at der stiftes et joint venture selskab, vil lægge vægt på, om moderselskaberne er aktuelle eller potentielle konkurrenter, er i øvrigt ikke det samme som, at Kommissionen accepterer, at der efterfølgende finder en koordination sted mellem et joint venture selskab og et af moderselskaberne.

Hele klagers argumentation bygger således på forkerte forudsætninger. Hvorvidt en aftale mellem et joint venture selskab og et af dets moderselskaber er omfattet af konkurrencelovens § 6 skal afgøres ud fra en vurdering af, om de to selskaber tilhører samme økonomiske enhed, og ikke ud fra en fortolkning af fusionskontrollforordningen, der beskriver, hvornår en fusion kan godkendes.

Konkurrencerådet har videre anført, at der er grundlag for at udstede et påbud som gjort allerede fordi klagerne vedholdende påstår, at det slet ikke er i strid med konkurrenceloven for de to involverede selskaber at indgå i en konkurrencebegrænsende samordnet praksis.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

Det følger af konkurrencelovens § 5, stk. 1, at bestemmelserne i lovens kapitel 2, "Forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler", ikke finder anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern. Ifølge § 5, stk. 2, fastsætter økonomi- og erhvervsministeren nærmere regler om anvendelse af stk. 1. Om § 5 hedder det i forarbejderne, Folketingstidende 1996-97, tillæg A, s. 3655 f, bl.a.:

"§ 5 undtager aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern fra forbudsbestemmelserne i lovforslagets kapitel 2. Bestemmelsen forudsættes administreret i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten for så vidt angår koncernforhold.

Dette er ensbetydende med, at forbindelserne mellem virksomheder, der tilhører samme koncern i egenskab af modervirksomhed og dattervirksomhed eller i egenskab af dattervirksomheder under indflydelse af samme modervirksomhed, ikke udgør en aftale eller samordnet praksis og dermed er omfattet af undtagelsen. Dette forudsætter, at virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken dattervirksomheden eller dattervirksomhederne ikke har nogen reel selvstændig fastlæggelse af sin eller deres adfærd på markedet.

Begreberne modervirksomhed og dattervirksomhed forudsætter, at der er tale om koncerner, hvor der i kraft af økonomisk ejerskab eller stemmerettigheder foreligger en bestemmende indflydelse.

...

Da der kan være behov for at klargøre retsstillingen for markedsaktørerne og fastsætte præciserende regler, bemyndiges erhvervsministeren i stk. 2 til efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet at fastsætte nærmere regler om anvendelsen af stk. 1."

De nærmere regler findes i bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997 om aftaler mv. inden for samme virksomhed eller koncern, hvori det bl.a. hedder:

"§ 2. »Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern« omfatter efter denne bekendtgørelse

1) vertikale koncernaftaler, jf. § 3, forudsat, at dattervirksomhederne ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet,

...

§ 3. »Vertikale koncernaftaler« skal i denne bekendtgørelse forstås som aftaler mv. indgået mellem virksomheder, der har den i aktieselskabslovens § 2, jf. lovbekendtgørelse nr. 545 af 20. juni 1996, angivne forbindelse.

Stk. 2. Med »reel selvstændighed« skal i denne bekendtgørelse forstås, at dattervirksomhederne ikke er underlagt modervirksomhedens instruktionsbeføjelser.”

Aktieselskabslovens § 2 er sålydende:

”Stk. 1. Et moderselskab udgør sammen med datterselskaberne en koncern.

Stk. 2. Et aktieselskab er et moderselskab, hvis det:

- 1) besidder flertallet af stemmerettighederne i et aktie- eller anpartsselskab,
- 2) er aktionær eller anpartshaver i et selskab og har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i selskabets bestyrelse eller, hvor et anpartsselskab ikke har nogen bestyrelse, direktion,
- 3) er aktionær eller anpartshaver og har ret til at udøve en bestemmende indflydelse over selskabet på grundlag af vedtægterne eller aftale med dette i øvrigt,
- 4) er aktionær eller anpartshaver og på grundlag af aftale med andre aktionærer eller anpartshavere råder over flertallet af stemmerettighederne i selskabet eller
- 5) besidder aktier eller anparter i et selskab og udøver en bestemmende indflydelse over dette.

Stk. 3. Et aktieselskab eller et anpartsselskab, med hvilket et moderselskab har en af de i stk. 2 nævnte forbindelser, er et datterselskab. ...

Stk. 4. Ved opgørelsen af stemmerettigheder og rettigheder til at udnævne eller afsætte medlemmer af ledelsesorganer medregnes rettigheder, der besiddes af moderselskabet og dets datterselskaber.

Stk. 5. Ved opgørelsen af stemmerettigheder i et datterselskab ses der bort fra stemmerettigheder, som knytter sig til aktier eller anparter, der besiddes af datterselskabet selv eller dets datterselskaber.”

Ankenævnet finder, at de nærmere regler er udformet i overensstemmelse med, hvad der gælder efter EF-konkurrenceretten, om hvis forståelse der ikke foreligger en tvivl, som giver anledning til forelæggelse af spørgsmål for EF-domstolen.

Efter det, der er oplyst om forholdet mellem Ikast Betonvarefabrik og dets moderselskab på den ene side og Wewers Belægningssten på den anden side, er der ikke grundlag for at fastslå, at der

mellem disse selskaber består det nødvendige koncernforhold – at Ikast Betonvarefabrik og dets moderselskab kan udøve bestemmende indflydelse over Wewers Belægningssten. Eventuel samordnet praksis mellem de to selskaber er således ikke efter konkurrencelovens § 5, stk. 1, undtaget fra konkurrencelovens kapitel 2.

Konkurrencelovens kapitel 2 indeholder i § 6, stk. 1, reglen om, at det er ”forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen”. Denne regel suppleres af § 6, stk. 3, hvorefter stk. 1 også gælder for bl.a. ”samordnet praksis mellem virksomheder”. Det hedder herom i forarbejderne til konkurrenceloven, jf. Folketingstidende 1996-97, tillæg A, s. 3658:

”Samordnet praksis indebærer, at to eller flere virksomheder koordinerer deres adfærd, uden at der er indgået en egentlig aftale. En sådan adfærd rammes af forbudet, jf. § 6, stk. 3. Det forudsættes dog, at der har været en eller anden form for kontakt mellem virksomhederne, f.eks. afholdelse af møder eller udveksling af informationer.

Virksomheder, der forholder sig ensartet på markedet (parallel adfærd) – uden at der er tale om nogen form for viljemæssig tilpasning – rammes ikke af forbudet.

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 aktuel eller potentiel konkurrents markedsadfærd, som man har besluttet sig til – eller overvejer – 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.

Den praktiske betydning af, at samordnet praksis er omfattet af forbudet, er navnlig af bevismæssig art, idet man herved kan ramme en adfærd, hvis eksistens ikke kan bevises med forekomst af en egentlig aftale.”

Den forsætlige og groft uagtsomme overtrædelse af § 6, stk. 1, jf. stk. 3, er sanktioneret med straf efter § 23, stk. 1. Det er derfor væsentligt, at der er klarhed over, hvilken adfærd bestemmelserne forbyder, og hvilken adfærd der faktisk er udvist.

Den påklagede afgørelse går ud på, at Ikast Betonvarefabrik og Wewers Belægningssten har overtrådt konkurrencelovens forbud mod samordnet praksis, der har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, jf. § 6, stk. 3, og der er i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1, givet Ikast Betonvarefabrik og Wewers Belægningssten påbud om med øjeblikkelig virkning at bringe overtrædelsen til ophør.

Der er således ikke truffet afgørelse om, at der forelå en konkurrencebegrænsende aftale i strid med § 6, stk. 1. Eksistensen af en sådan aftale kan da heller ikke anses for godtgjort ved de i sagen fremlagte dokumenter, og det er derfor uheldigt, at det i afgørelsens punkt 9 – i et afsnit med overskriften ”Sagsfremstilling” – hedder, at det ”materiale, som blev indsamlet ved kontrolbesøgene, dokumenterer ...klart, at der mellem IBF og WB er indgået prisaftaler ...i strid med konkurrencelovens § 6”, jf. tilsvarende afgørelsens punkt 23 (”dokumenterer, at der mellem de to selskaber blev indgået konkurrencebegrænsende aftaler”), punkt 94 (”har været indgået og efterlevet en konkurrencebegrænsende aftale”) og punkt 95.

Afgørelsen går som nævnt ud på, at § 6, stk. 1, er overtrådt i kraft af ”samordnet praksis” mellem de to virksomheder, og det siges i punkt 32, ”at der mellem selskaberne har eksisteret samordnet praksis, der har til formål at eliminere priskonkurrencen”, og i punkt 2, at ”den samordnede praksis blev konkret udmøntet i, at ledelsen i de to selskaber udvekslede prislister for at finde uoverensstemmelser” for at ”få hævet priserne på fælles produkter”.

Efter forarbejderne til § 6, stk. 3, skal ”samordnet praksis” forstås i overensstemmelse med den EF-konkurrenceretlige fastlæggelse heraf. Der foreligger derfor kun en fuldbyrdet - strafbar – overtrædelse af § 6, stk. 1, jf. stk. 3, ved ”samordnet praksis”, såfremt kravene i EF-domstolens dom af 8. juli 1999, sag C-49/92P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Saml. 1999, side I-04125, er opfyldt. Det hedder i dommen (præmis 118), at ”begrebet ’samordnet praksis’ – ud over et element af samordning mellem virksomhederne – forudsætter en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af deres samordning, samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden”. Der er ikke i den påklagede afgørelse grundlag for en stillingtagen til, om dette markedsadfærdskrav – som bevisregler kan mindske betydningen af – er opfyldt, og dermed ikke grundlag for en afgørelse af, om der foreligger en fuldbyrdet overtrædelse af § 6, stk. 1, jf. stk. 3.

For en stillingtagen til den påklagede afgørelse finder ankenævnet imidlertid, at det er uden betydning, om markedsadfærdskravet er opfyldt. Loven må nemlig forstås sådan, at den hjemler konkurrencemyndighederne adgang til at give påbud om også at bringe til ophør adfærd, som uden indgreb må antages at ville udvikle sig til en fuldbyrdet overtrædelse.

Ved den fremlagte mail-korrespondance og det i øvrigt foreliggende finder ankenævnet det godtgjort, at der har været et sådant samvirke mellem ansatte hos Wewers Belægningssten og Ikast Betonvarefabrik i det øjemed at samordne virksomhedernes priser, at Konkurrencerådet har haft fuld føje til at sætte en stopper for den videre udvikling ved at træffe afgørelse herom.

Det forhold, at der i den påklagede afgørelse er udsagn, som ikke er holdbare, kan ikke føre til dens ophævelse.

Med disse bemærkninger stadfæstes Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004 stadfæstes.

Jens Fejøl
Christian Hjorth Andersen
Børge Dahl

Ole Jess Olsen
Ditlev Tamm