

**UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

D O M

Afsagt den 16. november 2017 af Østre Landsrets 16. afdeling
(landsdommerne Katja Høegh, Gitte Rubæk Pedersen og Agnete Ergarth Skouv (kst.).

16. afd. nr. S-1224-17:

Anklagemyndigheden

mod

Metro Cash & Carry Danmark ApS

(advokat Hans Jakob Paldam Folker)

Glostrup Rets dom af 21. april 2017 (15-2543/2016) er anket af Metro Cash & Carry Danmark ApS med påstand om frifindelse.

Anklagemyndigheden har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsoplysning

Forsvareren har oplyst, at tiltalte og forsvareren efter opslag i CVR-registeret er enig med anklageren i, at det Metroselskab, _____, som udover det tiltalte selskab, var sælger i henhold til salgsaftalerne, er ophørt _____, hvor det _____ det tiltalte selskab, med det tiltalte selskab

Forklaringer

Der er i landsretten afgivet supplerende forklaring af vidnerne

Der er endvidere afgivet forklaring af vidnet

De i byretten af vidnerne _____ og _____ afgivne forklaringer er anset for dokumenteret i medfør af retsplejelovens § 923.

Vidnet _____ har supplerende forklaret blandt andet, at spørgsmål 28 er et af de mest centrale spørgsmål, men ikke det eneste centrale spørgsmål ved fusioner. Efter at artiklen i Børsen kom frem, holdt caseteamet et telefonmøde med _____ den 21. november 2014. Her oplyste _____, at der efter forudgående telefonisk kontakt var blevet holdt et møde med Metro, og at _____ senere havde afgivet tilbud på køb af supermarkederne. _____ oplyste, at _____ var interesseret i enten at købe Metros butikker eller selv at gå ind på markedet. _____ havde ikke overvejet et partielt køb, hvor blot nogle af varehuse indgik. Som anført i styrelsens mødereferat oplyste _____, at _____ som udgangspunkt fortsat havde planer om at gå ind på foodservicegrossistmarkedet, selvom det ville være sværere uden køb af Metros varehuse.

Det afgørende for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var at få afdækket markedet. Det er under den indledende afdækning ikke afgørende, om et givet bud er realistisk. Styrelsen skulle i første omfang blot konstatere, om der var alternative købere eller virksomheder, som ville have interesse i tage Metros plads på markedet, hvis Metro lukkede. Såfremt fusionsprocessen var fortsat, ville Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen formentligt senere have foretaget nærmere undersøgelser af, om _____ bud var realistisk og dermed var et alternativ, som ville være konkurrencemæssigt mere fordelagtigt, og dermed kunne forhindre fusionen. _____ gik vist ikke ind på markedet, da Metro lukkede. Hvis styrelsen havde fået de oplysninger, Metro fremkom med efterfølgende om _____, da man bad om oplysninger om købsinteresse, ville de være blevet anset for fyldestgørende.

Det er _____ opfattelse, at oplysningerne om _____ blev fortiet. _____ ved selvsagt ikke med sikkerhed, om det var med vilje, at Metro ikke gav oplysningerne, men det kunne være bekvemt for Metro ikke at oplyse om _____, fordi oplysningerne ville gøre det svært at få fusionen godkendt inden for de tidsmæssige rammer, parterne havde opstillet.

Det er et tilfælde, at der er anvendt dels "salgsforhandlinger" dels "interessetilkendegivelser" i spørgsmålene fra styrelsen. Styrelsen bruger normalt formuleringen "interessetilkendegivelser", men udtrykkene er anvendt synonymt her. Der findes ikke nogen specifik vejledning om, hvordan man besvarer eller stiller spørgsmål i fusionsager. Konkurrence- og

Forbrugerstyrelsen har udviklet nogle retningslinjer i styrelsens praksis. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen stiller normalt mange spørgsmål i en fusionsproces. Det er de professionelle konkurrenceretsadvokater, som medvirker i sagerne, vant til. Hvis en part er i tvivl om, hvordan man skal besvare et spørgsmål, kan man ringe og spørge styrelsen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen politianmelder ikke en part, hvis der foreligger en misforståelse. Om man anser et svar som udslag af en misforståelse afhænger af en række forhold, herunder vigtigheden af spørgsmålet. Beslutningen om at politianmelde skyldtes ikke avisartiklerne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør traf først afgørelse om at politianmelde den 19. december 2014, men caseteamet havde drøftet, at man ville indstille, at der skulle politianmeldes før skrivelserne i pressen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var nødt til at tage til genmæle i pressen, fordi Metro kom med urigtige beskyldninger og var meget aggressiv i forhold til styrelsen. blev både vred, rystet og bange, da fandt ud af, at navn figurerede flere steder i artikler om, at 300 medarbejdere havde mistet deres job. Det var blandt andet som følge af presseskrivelserne, at styrelsen ikke politianmeldte med det samme. Der skulle falde ro på. Efterforskningsafdelingen i styrelsen vurderede sagen, før det blev besluttet at politianmelde. Det var efterforskningsafdelingen, som besluttede, hvem der skulle politianmeldes, herunder at

Fusionsanmeldelsen af 7. november 2014 med besvarelse af spørgsmål 1-63 blev af anmelderne betegnet som endelig. En endelig anmeldelse er parternes bud på en fuldstændig anmeldelse. Herefter er det op til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at vurdere, om anmeldelsen er fuldstændig. Når en endelig anmeldelse er blevet indgivet, har styrelsen en frist på ti dage til at behandle den og tage stilling til, om den skal anses for fuldstændig.

Normalt tager behandlingen af en fusion ca. 9 måneder. I denne sag bad parterne om behandling på en måned. Styrelsen brugte mange ressourcer på sagen for at forsøge at nå at få fusionen på Konkurrencerådets møde i november 2014.

Spørgsmål 28 og det opfølgende spørgsmål blev besvaret af advokat , som repræsenterede sælgerne. ved ikke, hvem der har leveret input. var med til nogle møder. ved ikke, om har besvaret spørgsmål under sagen.

Vidnet advokat har supplerende forklaret blandt andet, at det indledende møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fandt sted den 7. oktober 2014. Metro havde i en årrække forsøgt at sælge butikkerne uden held. havde været involveret i salgsbestræbelserne siden 2011, herunder i de forhandlinger der var med Euro Cater i foråret 2014 om Euro Caters køb af alle fem Metro varehuse i Danmark. Forhandlingerne strandede, navnlig fordi parterne ikke kunne blive enige om, hvem der skulle bære risikoen, hvis fusionen ikke blev godkendt. Gennem denne bistand var blevet bekendt med de mulige købere og alternativer til Metro på markedet. var ikke blandt disse aktører.

Den 7. oktober 2014 afholdt første del af mødet alene med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor som forklaret i byretten redegjorde for, at det var for Metro-koncernen, om man lukkede eller solgte butikkerne. Der blev overdraget fortroligt bestyrelsesmateriale om salgsforløbet til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Heri stod blandt andet, at mulige købere, som kun opererede på detailmarkedet, ikke var interessante. gjorde det klart for styrelsen, at alternativet til fusionen ville være lukning af varehusene.

var ikke en aktør, som havde hørt om forud for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens henvendelse i anledning af artiklen i Børsen. købte sine varer fra og havde . var på et . var derfor ikke relevant som mulig køber. havde slet ikke drøftet med Metro AG.

Da fik spørgsmål 28 og det opfølgende spørgsmål, oversatte det på samme måde som de øvrige spørgsmål, fik, og sendte det til Metro AG, hvorefter , der som den i moderselskabet var hans kontaktperson, besvarede spørgsmålet efter at have indhentet svar fra den/de relevante personer. kommunikerede kun med Metro AG, som stod for både salget og fusionsanmeldelsen. var godt klar over, at var angivet som partsrepræsentant i fusionsanmeldelsen. Det var en anden advokat hos , som var ansvarlig partner på transaktionsdelen. havde alene med det at gøre. opfattede Metro AG som sin klient, og det var også kun det tyske selskab, som var registreret som klient hos . Første gang mødte var til et møde i styrelsen.

Det var køberens advokat, _____, som stod for anmeldelsen. Det er korrekt, at de oplysninger i anmeldelsen, som gengiver vidnets svar på styrelsens spørgsmål, hidrører fra Metro og ikke fra køberen. Under forklaringen for byretten kunne _____ ikke huske, om det var et aktiv- eller aktiesalg. Det er ikke blevet drøftet med styrelsen, hvem klienten var, men styrelsen har kunnet se, at _____ videresendte materiale fra Metro i Tyskland. Det danske selskab har dog leveret svar på enkelte spørgsmål om f.eks. danske kunder.

Da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blev opmærksom på artiklen i Børsen om sendte _____ e-mailen af 20. november 2014 til _____ kl. 23 om aftenen. I telefonmødet den næste dag deltog det samlede caseteam. _____ havde aldrig før hørt om _____, men _____ lovede, at _____ ville undersøge sagen og vende tilbage. _____ sendte herefter e-mails til både _____ og _____ . _____ kendte intet til _____ . _____ oplyste derimod, at _____ tidligere havde hørt om _____ og lovede at få sendt relevant materiale om _____ . _____ sendte herefter de e-mails til _____ vedrørende _____, som _____ straks videresendte til caseteamet, og som er fremlagt i denne sag. Det var _____ klare indtryk, at Metro ikke havde forsøgt at skjule noget, idet man på intet tidspunkt havde overvejet _____ som køber. Der blev som forklaret for byretten holdt et nyt møde med caseteamet om mandagen den 24. november 2014. Vidnet har i øvrigt gentaget forklaringen for byretten om mødet og det efterfølgende forløb.

Vidnet _____ har forklaret blandt andet, at _____ i juni 2014 tiltrådte som _____ Metro. _____ var _____ Metro Cash & Carry ApS. _____ blev ved sin tiltræden orienteret om, at der i foråret havde været drøftelser med Euro Cater om køb af hele Metro i Danmark (alle fem varehuse). Den 18. september 2014 udsendte Metro en pressemeddelelse om, at man ville lukke butikkerne i Danmark. Der var på det tidspunkt ikke tvivl om, at man ville lukke i Danmark. Man havde efter forløbet med Euro Cater haft salgsforhandlinger med _____, men _____ havde meldt fra. _____ var ikke involveret i forhandlingerne. Det var Metro i Tyskland, som kørte salgsprocessen, hvilket altid er tilfældet inden for koncernen med denne type transaktioner. Efter Metro havde udsendt pressemeddelelsen om lukning, kom Euro Cater atter på banen. Nu ønskede man kun at købe butikkerne i Glostrup og Århus. _____ var i relation til salgsforhandlingerne kun involveret i praktiske ting vedrørende drift og varelager, men deltog ikke i de egentlige forhandlinger. Det kan godt passe, at _____ underskrev købsaftalerne _____ som sælgere den 9. oktober 2014. I relation til fusionsanmeldelsen deltog _____ i et møde med _____ og 2-3 af dennes med-

arbejdere. gjorde det klart for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at det var vigtigt at sikre medarbejdernes jobs. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte sine spørgsmål til advokat hos , som sendte dem til Metro AG i Tyskland. husker ikke, om blev præsenteret for spørgsmål 28. har under processen hverken set styrelsens uddybende spørgsmål til advokat i mail af 23. oktober 2014 eller dennes svar af 27. oktober 2014 og har heller ikke bidraget til besvarelsen eller til besvarelsen af spørgsmål 28 af 17. oktober 2014.

I den uge hvor Metro havde annonceret, at de ville lukke, fortalte at var blevet kontaktet af fra , som gerne ville ringes op af vidnet. ringede til , og de aftalte at mødes. og virksomhedens holdt et kort møde med den 26. oktober 2014 på . Det var et godt møde, og stemningen var god. bad om fortrolighed om mødet. De kunne ikke give fortrolige oplysninger om virksomheden, fordi der ikke var underskrevet en fortrolighedsaftale. De gav derfor et overordnet billede af virksomheden. De fortalte , at der var en ekstrem stram tidsplan. Det kunne ikke lade sig gøre at gennemføre en due diligence fase inden for tidsplanen. gik kun med til mødet, fordi var desperat for at redde arbejdspladser. Mødet var spild af tid. Foreholdt forklaring fra , som gengivet i byrettens dom, forklarede , at det godt kan være, at har oplyst, at ønskede, at Metro blev solgt og videreført. og var enige om, at det ikke var et realistisk købstilbud. havde ikke nogen plan for, hvad der skulle ske med Metro, og prisen var helt urealistisk. kunne ikke se, at kunne opnå en forretningsmæssig interessant aftale ved køb af Metro. tænkte, at måske ville forpurre processen med Euro Cater. De fik ikke indtryk af, at var reelt interesseret, og havde ikke forventet, at ville sende et købstilbud. kan ikke erindre, at har oplyst en skæringsdag den 10. oktober 2014 til , men kan ikke afvise det. rettede henvendelse til Metro via . Det lyder underligt, at ifølge forklaring skulle have kontaktet . Det havde ikke ved dog ikke, om kan have kontaktet

Efter mødet sendte den korte e-mail af 29. september 2014 med angivelse af en pris. angav, at ville betale købesummen over tre år, og tog fuldt forbehold vedrørende "findings" under due diligence fasen. Efter havde modtaget e-mailen fra havde en kort telefonsamtale med , og de aftalte, at skulle oversætte og videresende e-mailen fra , hvilket gjorde. meddelte,

som man kan se af den fremlagte mail af 30. september 2014, at Metro AG blandt andet som følge af tidspresset ikke var interesseret i tilbud. Der var ikke yderligere drøftelser herom, og gav besked om, at Metro AG, som følge af tidspresset og behovet for at fokusere på den igangværende proces med andre parter, ikke var interesseret, som man kan se i mailen af 30. september 2014 fra til Det som også skrev til den 30. september 2014, om, at "As discussed yesterday", ikke måtte give for mange detaljer, var, som forstod det, af hensyn til forhandlingerne med Euro Cater. Angivelsen af "As discussed" refererer til en ganske kort drøftelse. ringede også til Det syntes, at skyldte, da de havde haft et godt møde. sendte også den fremlagte yderligere e-mail på dansk om, "Vores hænder har været bundet. Jeg beklager at vi ikke kunne gå længere med tilbuddet", til for at forklare, at Metro i Danmark ikke kunne gå videre med tilbuddet, fordi det var noget, de bestemte i Tyskland. var ked af, at tilbuddet ikke var mere seriøst, for ville gerne redde alle arbejdspladserne i Danmark. blev solgt til mindre end et år senere.

Under mødet med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 18. november 2014 blev salgsforhandlingerne med Euro Cater, nævnt, men nævnte ikke noget om . vidste godt, at handlen med Euro Cater skulle godkendes af konkurrencemyndighederne, før den kunne gennemføres. så ikke fusionsanmeldelsen, før den blev sendt til konkurrencemyndighederne.

Vidnet har supplerende forklaret, at aktiviteterne i Danmark skulle sælges, fordi butikkerne gik dårligt. Metro AG havde søgt efter mulige køberne igennem flere år. Når Metro besluttede sig for at gå i forhandling med Euro Cater, da Euro Cater på ny henvendte sig om køb af nu kun to af varehusene, skyldtes det, at Euro Cater gennem de tidligere forhandlinger, fået mulighed for at danne sig et indtryk af virksomheden, og fusionsanmeldelsesprocessen ville blive lettere og kunne gå hurtigere, når det kun drejede sig om to butikker.

Hvis der skulle indgås en salgsaftale, så skulle den på grund af lønudgifterne ved fortsat drift af varehusene underskrives før 10. oktober 2014. Man drøftede de kommercielt begrundede snævre tidsmæssige rammer med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og gjorde det klart, at parterne var nødt til at have en hurtig godkendelse – som udgangspunkt senest med udgangen af oktober 2014. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyste, at man tid-

ligst kunne være færdige med sagsbehandlingen, så sagen kunne komme på rådsmødet i udgangen af november 2014. Det betød, at Metro måtte lukke tre butikker med det samme og lade to butikker køre videre. Det kostede at køre butikkerne videre frem til udgangen af november fremfor som egentligt forudsat af parterne frem til udgangen af oktober 2014. Metro AG indgik en aftale med Euro Cater om at dele denne udgift. De fik en klar tilkendegivelse om, at det efter styrelsens opfattelse ville være muligt at få godkendelsen på plads før udgangen af november.

Lige før anliggendet om kom frem, oplyste at styrelsen alligevel ikke kunne få godkendelsen på plads inden udgangen af november måned, fordi de havde fået et internt problem med Konkurrencerådet. Det var to dage senere, at styrelsen kontaktede advokat om artiklen om . Efter at havde orienteret om henvendelsen, sendte alle de mails, der var med og om til som videresendte dem til styrelsen. Der var meget snak om det kontrafaktiske scenarie. er ikke konkurrenceretsadvokat, og fandt diskussionen akademisk. tænkte hele tiden, at det kun var to supermarkeder, som skulle sælges, og at det ikke kunne være så svært. sendte under forløbet spørgsmålene fra konkurrencemyndighederne til , der var , og som videresendte spørgsmålene til de relevante personer hos Metro, som skulle bidrage til besvarelsen.

De talte ikke om , da spørgsmålene om salgsforhandlinger og interessetilkendegivelser skulle besvares, da henvendelsen fra som forklaret for byretten var irrelevant og useriøs. Metro AG mener derfor fortsat, at spørgsmålene er besvaret korrekt, uanset at oplysningerne om blev udeladt.

De danske Metro selskaber blev kun involveret i salgs- og fusionsanmeldelsesprocessen, når der opstod spørgsmål vedrørende driften. Fusionen blev ikke gennemført, og der var ballade i pressen. Efter balladen i pressen skrev og til styrelsen for at forklare, hvad der var sket.

Landsrettens begrundelse og resultat

Den anmeldelsespligt, der følger af konkurrencelovens § 12 b, nr. 1, påhviler i henhold til bekendtgørelse nr. 1005 af 15. august 2013 om anmeldelse af fusioner en eller flere af de virksomheder, der deltager i fusionen, jf. § 1, stk. 1.

I denne sag var der efter salgsaftalerne tale om et aktivsalg, hvor de deltagende sælgervirksomheder var det tiltalte selskab og . I overensstemmelse hermed blev disse to selskaber i både den fremlagte foreløbige anmeldelse og den endelige anmeldelses punkt 1.1 anført som sælgerne. I punkt 2.1 var køberen, Euro Cater Group A/S, anført som anmelder med advokat som kontaktperson. I punkt 2.2 var som "øvrige parter" anført "Metro Aarhus" og "Metro Glostrup" med en adresse i henholdsvis Tranbjerg og Glostrup. Landsretten bemærker, at "Metro Aarhus" og "Metro Glostrup" var de aktiver, som blev overdraget (varehusene), mens sælgerne ifølge anmeldelsen og de indgåede aftaler var det tiltalte selskab og

. Sidstnævnte selskab ophørte den , hvor det blev det tiltalte selskab, med det tiltalte selskab . Advokat blev i udkastet og i den endelige anmeldelses punkt 2.2 anført som kontaktperson for øvrige parter, hvilket efter sammenhængen må forstås som sælgerselskaberne. De svar, som afgav som repræsentant for sælgerselskaberne, og som indgik i den endelige anmeldelse, må på den baggrund og efter de foreliggende oplysninger om forløbet anses for afgivet på vegne disse selskaber. Den omstændighed, at Metro-koncernen internt har organiseret sig sådan, at moderselskabet Metro AG styrede salgsprocessen kan ikke ændre herpå. Tiltalen for afgivelse af urigtige mv. oplysninger, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 12, er dermed rejst i forhold til det rette selskab.

Landsretten er enig i byrettens bedømmelse af, hvad der kan lægges til grund, om kontakten mellem og det tiltalte selskab og den korrespondance, der var herom internt i Metro-koncernen, idet det dog efter bevisførelsen for landsretten henstår usikkert, om det var en repræsentant for det tiltalte selskab, som rettede henvendelse til eller omvendt.

Oplysningspligten efter konkurrenceloven ved fusionsanmeldelser indebærer, at den part, som svarer, skal give fuldstændige og udtømmende svar på spørgsmål, som styrelsen stiller. Det tilkommer således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og ikke parten, at vurdere oplysningernes relevans for fusionssagen.

Landsretten finder, at det efter indholdet af spørgsmål 28 af 17. oktober og det uddybende spørgsmål 1 af 23. oktober 2014 fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var klart, at der

skulle oplyses om henvendelser og kontakter af en karakter som den, der havde været med

Landsretten er endvidere enig med byretten i, at de svar, som advokat [redacted] afgav som repræsentant for de to danske sælgerselskaber, tiltalte Metro Cash & Carry Danmark ApS og [redacted] som ikke indeholdt oplysninger om kontakten med [redacted], og som fremstod som en endelig og udtømmende angivelse af, hvilke interessetilkendegivelser og salgsforhandlinger, der havde været, var objektivt urigtige og vildledende.

Senest fra det tidspunkt, hvor de deltagende virksomheder ved den i fællesskab udpegede repræsentant, advokat [redacted], indgav endelig anmeldelse, hvori de svar, som advokat [redacted] tidligere havde afgivet på vegne sælgerselskaberne var inkorporeret, måtte virksomhedernes afgivelse af oplysninger og besvarelser af spørgsmål stillet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anses for endelige og udtømmende. Indgivelse af endelig anmeldelse indebærer således, at virksomhederne over for styrelsen tilkendegiver, at de anser anmeldelsen for fuldstændig. At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som det skete i denne sag, efter § 4 i bekendtgørelse nr. 1005 af 15. august 2013 om anmeldelse af fusioner, har adgang til inden for 10 dage at meddele parterne, at anmeldelsen ikke anses for fuldstændig med den virkning, at parterne skal supplere anmeldelsen med de oplysninger, som styrelsen anmoder om, ændrer ikke herpå. På denne baggrund må overtrædelsen af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 12, jf. stk. 4, anses for fuldbyrdet senest ved indgivelsen af den endelige anmeldelse den 7. november 2014. Det har herved ikke betydning, at anmeldelsen aldrig blev erklæret fuldstændig af styrelsen, og senere blev trukket tilbage af parterne.

[redacted] og [redacted] i det tiltalte selskab deltog begge i mødet med [redacted] og modtog også det efterfølgende tilbud, som også [redacted], og [redacted] i det tyske moderselskab, blev gjort bekendt med, jf. angivelsen af modtagere i de fremlagte e-mails om kontakten med [redacted]. De var også alle bekendt med den efterfølgende korrespondance om afvisningen af tilbuddet. Desuagtet blev der ikke over for advokat [redacted] oplyst herom, da [redacted] bad om bidrag til besvarelsen af spørgsmål 28 og det uddybende spørgsmål. Det tiltrædes på den baggrund, at afgivelsen af de urigtige og vildledende svar må tilregnes det tiltalte selskab som groft uagtsom.

Landsretten finder herefter ligesom byretten det tiltalte selskab skyldig i tiltalen.

Strafudmålingen, som ingen af parterne har påstået ændret, stadfæstes.

Landsretten stadfæster derfor dommen.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Byrettens dom i sagen mod Metro Cash & Carry Danmark ApS stadfæstes.

Metro Cash & Carry Danmark ApS skal betale sagens omkostninger for landsretten.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 16-11-2017

Maria Jensen
kontorfuldmægtig