



NOTAT

Dato: 4. oktober 2016

Høringsnotat vedrørende lovforslag om behandling af erstatningssager vedrørende overtrædelser af konkurrenceretten

KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN

1. Indledning

Lovforslaget gennemfører Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (EU-Tidende 2014, nr. L 349, side 1). Direktivet skal være gennemført i national lovgivning senest den 27. december 2016.

ERHVERVS- OG
VÆKSTMINISTERIET

Lovforslagets overordnede formål er at understøtte en effektiv konkurrence ved at sikre, at konkurrencereglerne virker i praksis. Konkurrencebegrænsende aftaler, herunder karteller, og misbrug af dominerende stilling er forbudt efter TEUF artikel 101 og 102 og efter den danske konkurrencelov. Konkurrencemyndighederne håndhæver disse regler, men hvis forbuddene skal have fuld virkning i praksis, kræver det imidlertid også, at alle relevante parter - såvel forbrugere og virksomheder, som offentlige myndigheder - kan rejse erstatningskrav ved domstolene for det tab, som de pågældende har lidt som følge af en overtrædelse af konkurrenceretten.

Det er tanken bag direktivet og dermed lovforslaget at forbedre mulighederne for at søge om erstatning i disse sager, hvilket fremmer den effektive konkurrence, samt kan medvirke til en præventiv virkning.

Lovforslaget blev sendt i høring i fem uger fra den 28. juni 2016 med høringsfrist den 3. august 2016 til i alt 84 organisationer, myndigheder mv.

Der er modtaget høringssvar fra 20 ud af de 84 hørte organisationer mv. Heraf har 16 haft bemærkninger til udkastet til lovforslag. De 16 høringsvar er vedlagt til orientering.

Et høringssvar (Dansk Erhverv, Dansk Byggeri, Dansk Industri, Finansrådet, Håndværksrådet, Forsikring & Pension, Landbrug og Fødevarer, og Realkreditforeningen) har stærkt beklaget, at den fem ugers høringsperiode faldt inden for sommerferieperioden.

De væsentligste bemærkninger fra de hørte organisationer mv. til de enkelte emner i lovforslaget gennemgås og kommenteres nedenfor.

Visse høringssvar har givet anledning til redaktionelle ændringer og præciseringer i lovteksten og bemærkninger. Da disse ændringer ikke berører substansen i lovforslaget, omtales de ikke nærmere i dette notat.

2. Generelle bemærkninger

Bemærkningerne i høringssvarene kan overordnet deles op i to kategorier. En er spørgsmålet om, hvorvidt regler på dette område i det hele taget er hensigtsmæssigt og proportionalt, bl.a. i forhold til lovforslagets anvendelsesområde. En anden er de mere tekniske bemærkninger til selve erstatningssøgsmålene, f.eks. i forhold til definitionerne, fremlæggelse af beviser, tabsopgørelse og indgåelse af forlig.

Bygherreforeningen er generelt positiv over for de nye regler om erstatning vedrørende overtrædelser af konkurrenceretten, og mener, at det vil afbøde mange af de uhensigtsmæssigheder og tvivlsspørgsmål, som erfaringerne fra sagskomplekset om de storkøbenhavnske byggekarteller har identificeret. Bygherreforeningen støtter op om behovet for at sikre ens regler på tværs af EU.

CO-industri kan støtte forslaget i dets foreliggende form.

Sø- og Handelsretten bemærker - hvilket Vestre Landsret har tilsluttet sig - at de ændringer, som lovudkastet gennemfører, i alt væsentlighed vil være til gavn for dem, der søger erstatning for overtrædelse af konkurrenceretten. Sø- og Handelsretten forudser en mulig stigning i antallet af søgsmål ved Sø- og Handelsretten, herunder formentlig navnlig i de nationale sager uden samhandelspåvirkning.

Dansk Byggeri er overordnet kritisk over for lovforslaget og mener, at et nyt særskilt regelsæt for erstatningsansvar ved overtrædelser af konkurrenceloven vil øge kompleksiteten og dermed mindske gennemsigtigheden i lovgivningen på området. Dansk Byggeri mener, at lovforslaget vil skabe usikkerhed omkring, hvordan domstolene vil administrere lovforslagets nye regler indenfor proces, bevisbyrde, hæftelse og konkurrenceretsområdet.

Dansk Erhverv, Dansk Byggeri, Dansk Industri, Finansrådet, Håndværksrådet, Forsikring & Pension, Landbrug og Fødevarer, og Realkreditforeningen har i et samlet høringssvar anført, at der er tale om et yderst kompliceret og samtidig principielt meget vigtigt forslag, der ændrer flere love og retsprincipper, og som alle involverede parter allerede har brugt mange ressourcer på at opkvalificere. TEKNIQ har tilsluttet sig dette høringssvar.

3. Bemærkninger til de konkrete elementer i lovforslaget

Kommenteringen af høringssvarene er sket med udgangspunkt i følgende overordnede opdeling.

- 3.1. Lovens anvendelsesområde
- 3.2. Definitioner
- 3.3. Edition og fremlæggelse af beviser
- 3.4. Endelige afgørelser
- 3.5. Overvæltning af overpriser
- 3.6. Tabsopgørelse
- 3.7. Mindelig tvistbilæggelse og forlig
- 3.8. Forældelse

3.1. Lovens anvendelsesområde

Dansk Erhverv m.fl. finder argumentationen for at udvide anvendelsesområdet til også at omfatte sager uden samhandelspåvirkning spinkel. Dansk Erhverv m.fl. peger i den forbindelse på, at sager af den aktuelle art varetages af professionelle aktører, der fuldt ud er i stand til at håndtere to regelsæt på området.

Derudover peger Dansk Erhverv m.fl. på, at der med forslaget sker overimplementering af erstatningsdirektivet, og de hæfter sig i den forbindelse især ved de øgede sagsomkostninger til retsafgifter og advokatbistand mv., som uundgåeligt vil være en følge af det forventede øgede antal rent nationale retssager.

Dansk Erhverv m.fl. peger endelig på, at en række danske lovregler og grundlæggende retsprincipper, herunder forældelsesreglerne, fraviges med lovforslaget. Dansk Erhverv m.fl. finder, at sådanne fravigelser kræver særligt vægtige begrundelser og dermed er med til at underbygge forslagets karakter af overimplementering.

Dansk Byggeri finder, at det er en meget vidtgående og unødvendig overimplementering, at lovforslaget også skal omfatte rent nationale overtrædelser af konkurrencereglerne. Som det også fremgår af lovforslaget, reguleres erstatningsspørgsmålet ved overtrædelse af de nationale konkurrenceregler i dag i store træk af nationale erstatningsregler samt retsplejelovens regler. Med lovforslaget skabes der ensretning mellem nationale erstatningsregler og grænseoverskridende overtrædelser af konkurrencereglerne, hvilket isoleret set kan være positivt.

Dansk Byggeri anfører, at der samtidig skabes særregler på dette retsområde i forhold til den almindelige erstatningsret og retspleje. Set ud fra et nationalt synspunkt er det uhensigtsmæssigt at have forskellige erstatningsregler og retspleje gældende for forskellige materielle lovovertrædelser. Dansk Byggeri peger på, at forældelsesloven fra 2008 netop var et opgør med særlige forældelsesregler på forskellige materielle retsområdet.

Dansk Byggeri finder ikke, at hensynet til ens regler for overtrædelser af konkurrencereglerne henholdsvis med og uden grænseoverskridende element opvejer ulemperne ved at indføre særregler angående bl.a. proces, bevisbyrde og hæftelse indenfor netop det konkurrenceretlige område.

Sø- og Handelsretten anfører, at erstatningsdirektivet omfatter væsentlige processuelle regler, som skal anvendes på et tidligt stadie i sagen, hvor det i nogle tilfælde kan være vanskeligt at afgøre, om der er sket samhandelspåvirkning eller ej. Fra en ren processuel synsvinkel kunne det give anledning til en mere kompliceret og langstrakt forberedelse, hvis retten i sådanne sager først skal tage stilling til, om der er sket samhandelspåvirkning eller ej, og før man tager stilling til, efter hvilke processuelle regler sagen skal behandles. Dette taler for forslaget om, at processuelle regler i lovforslaget er ens, uanset om der er sket sammenhandelspåvirkning eller ej. Vestre Landsret har tilsluttet sig Sø- og Handelsrettens høringssvar.

Kommentar

Direktivet forpligter Danmark til at indføre en række særregler for proces, forældelse og hæftelse m.v. på området for erstatningskrav som følge af overtrædelse af konkurrenceretten i sager, hvor de EU-retlige konkurrenceregler finder anvendelse. Det er derfor under alle omstændigheder ikke muligt at bevare det nuværende system, hvor alle erstatningskrav som følge af konkurrenceretsovertrædelser behandles efter de samme regler som på andre retsområder.

Spørgsmålet er derfor, om det er hensigtsmæssigt, at sådanne erstatningskrav skal behandles forskelligt og efter forskellige regelsæt afhængigt af, om en konkurrenceretsovertrædelse har kunnet påvirke samhandlen mellem medlemsstater eller ej. Da forbuddene mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug i vidt omfang er ens i konkurrenceloven og i TEUF vil den materielle vurdering af en overtrædelse være den samme uanset om overtrædelserne fastslås på baggrund af national ret eller EU-ret.

Det vurderes, at det er mest hensigtsmæssigt, at der er et regelsæt i relation til alle erstatningskrav/-sager, som følge af overtrædelser af konkurrenceretten. Skadelidte og skadevolder vil på den måde skulle forholde sig til ét regelsæt, uanset om en overtrædelse af konkurrenceretten har kunnet påvirke samhandlen mellem medlemsstater eller ej, og uanset hvor i processen de er.

Det vil medføre klarhed om, hvilke processuelle og forældelsesretlige regler der gælder i en situation, hvor der ikke foreligger en afgørelse med

en stillingtagen til samhandelspåvirkning. Ligeledes må det formodes også at kunne forenkle forligsdrøftelser.

Tilsvarende gælder i relation til, hvilken forældelsesfrist der gælder, og hvilke regler for foreløbig afbrydelse af forældelsesfristen, der finder anvendelse. F.eks. vil virksomheder og forbrugere, der har lidt et tab som følge af et hemmeligt kartel, være sikre på, efter hvilke regler forældelsen af deres krav måtte blive foreløbigt afbrudt under en dansk konkurrencemyndigheds undersøgelse af sagen. Det vil sige uafhængigt af, om den danske konkurrencemyndighed måtte nå frem til, at kartellet har haft samhandelspåvirkning eller ej.

Direktivet indeholder særlige regler om begrænsning af det solidariske ansvar for små og mellemstore virksomheders ansvar. Et ens regelsæt vil medføre, at små og mellemstore virksomheders solidariske erstatningsansvar vil være ens - uanset om den overtrædelse af konkurrenceretten, som de har deltaget i, måtte vise sig at have haft samhandelspåvirkning eller ej.

Direktivet indeholder endvidere særlige regler for begrænsning af det solidariske ansvar for modtagere af bødefritagelse. Et ens regelsæt vil medføre, at virksomheder, der overvejer at ansøge om bødefritagelse, vil være sikre på, at deres solidariske erstatningsansvar vil blive begrænset, hvis de opnår bødefritagelse - uanset om overtrædelsen måtte vurderes at have samhandelspåvirkning eller ej. I modsat fald ville denne usikkerhed også kunne mindske virksomheders incitament til at søge om bødefritagelse i sager, hvor der enten ikke er eller kan være tvivl om samhandelspåvirkning.

Det vurderes på baggrund af ovenstående mest hensigtsmæssigt for både skadelidte virksomheder og forbrugere samt overtrædende virksomheder, hvis der gælder samme regelsæt i relation behandlingen af erstatningssager om overtrædelser af konkurrenceretten i forhold til proces, forældelse og hæftelse ved overtrædelse heraf – uanset om en overtrædelse måtte kunne have samhandelspåvirkning eller ej.

Hertil kommer, at hensynet til konkurrencen i Danmark er lige beskyttelsesværdigt, uanset om en overtrædelse af konkurrenceretten har eller ikke har haft samhandelspåvirkning.

I forhold til høringssvarenes angivelse af, at der er tale om overimplementering, skal det bemærkes, at lovforslaget ikke medfører erhvervsøkonomiske konsekvenser, hvorfor det ifølge "Guide til ministerier vedrørende arbejdet i regeringens EU-implementeringsudvalg" ikke er i strid med regeringens fem principper for implementering af erhvervsrettet EU-regulering. Der er tale om procedureregler, der alene finder anvendelse i forbindelse med overtrædelse af konkurrencereglerne. Det bemærkes i

den forbindelse, at både skadelidte forbrugere og skadelidte virksomheder, vil have fordel af reglerne.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har tidligere haft kontakt til flere medlemsstater - herunder England, Holland, Tyskland og Sverige og i øvrigt Norge - der oplyste, at de forventede at indføre et ensartet regelsæt, der ville gælde for alle erstatningskrav, som følge af overtrædelser af konkurrenceretten uanset om der var tale om samhandelspåvirkning eller ej.

3.2 Definitioner

Sø- og Handelsretten, Vestre Landsret og Østre Landsret finder, at definitionen af "National ret" i lovudkastets § 2, nr. 7, er overflødig, og at udtrykket i øvrigt også anvendes i relation til nationale regler.

Danske Advokater mener, at en medtagelse af vedtagne stafferetlige og administrative bødeforlæg under definitionen "afgørelse om overtrædelse" i lovforslagets § 2, nr. 9, vil indebære, at konstateringen af en konkurrenceovertrædelse i et strafferetligt eller administrativt bødeforlæg vil være "uomtvisteligt" i et efterfølgende erstatningssøgsmål, jf. lovforslagets § 7. Danske Advokater mener ikke, at direktivet forpligter medlemsstaterne til at medtage stafferetlige eller administrative bødeforlæg, og at det vil være udtryk for en skærpelse af retstilstanden, der udtrykkeligt bør anføres i bemærkningerne. Danske Advokater bemærker i den forbindelse, at skærpelsen må antages at medføre en vis tilbageholdenhed med bødevedtagelser hos virksomheder, da en vedtagelse vil være ensbetydende med en erkendelse af ansvarsgrundlaget i en eventuel efterfølgende erstatningssag.

Østre Landsret finder, at formuleringens af definitionen i § 2, nr. 8 (appelret), efterlader usikkerhed om den nærmere forståelse af udtrykket "appelret", herunder om domstolene i 1. instans (Sø- og Handelsretten samt byretterne) samt Konkurrenceankenævnet falder ind under begrebet.

Sø- og Handelsretten opfordrer til, at ordlyden af lovudkastets § 2, nr. 8 (om appelret) og 10 (endelig afgørelse), præciseres, så betegnelsen "almindelige retsmidler" erstattes af betegnelsen "ordinær appel", idet det vil være mere retvisende og sprogligt korrekt.

Sø- og Handelsretten og Østre Landsret bemærker til § 2, nr. 9, (afgørelse om overtrædelse), der fremtræder som en udtømmende opremsning også bør indeholde "civilretlige domme". Vestre Landsret tilslutter sig Sø- og Handelsretten og Østre Landsret.

Dansk Byggeri finder det kritisabelt og uhensigtsmæssigt, at definitionen af kartel i lovforslagets § 2, nr. 12, er forskellig fra definitionen af kartel i

konkurrencelovens § 23. Dansk Byggeri er af den opfattelse, at kartelbegrebet i lovforslaget væsentligt udvides sammenlignet med definitionen i konkurrenceloven. Dansk Byggeri opfordrer til, at lovforslagets kartelbegreb bringes i overensstemmelse med begrebsdefinitionen i konkurrenceloven, da det med lovforslaget bliver uklart, hvilke typer af konkurrencebegrænsende aftaler, der potentielt kan medføre fængselsstraf.

Danske Advokater foreslår, at definitionen af ”forligsredegørelse” i lovforslagets § 2, nr. 16, præciseres til også at omfatte ”ordrette citater” i overensstemmelse med direktivets præambel 26, samt ”referater” fra forligsredegørelser for at sikre overensstemmelse med lovforslagets § 2, nr. 14.

Danske Advokater peger på, at definitionen af ”forlig” i lovforslagets § 2, nr. 19 og 20, som ”udenretslig bilæggelse af en tvist” ikke omfatter indenretslige forlig, hvor forliget ikke tilføres retsbogen. Danske Advokater mener ikke, at der er nogen begrundelse for, at sådanne indenretslige forlig ikke skal medføre samme retsvirkninger som udenretslige forlig, herunder beskyttelsen mod regreskrav fra ikke-forligende overtrædere i henhold til lovforslagets § 14, stk. 2, 2. pkt. Danske Advokater opfordrer på den baggrund til, at lovforslaget præciseres, så definitionen af ”Mindelig tvistbilæggelse” - og dermed indirekte definitionen af ”Forlig” - i det endelige lovforslag udvides til også at omfatte indenretslige forlig.

Kommentar

I forhold til definitionen i lovforslagets § 2, nr. 7, om ”national ret”, vil lovforslaget blive justeret, således at bestemmelsen udgår.

I forhold til spørgsmålet om vedtagne stafferetlige og administrative bødeforlæg bør medtages under definitionen ”afgørelse om overtrædelse” i lovforslagets § 2, nr. 9, bemærkes følgende:

Direktivets artikel 9, stk. 1, forpligter medlemsstaterne til, at sikre, at: ”når en national konkurrencemyndighed eller appelret har truffet en endelig afgørelse om overtrædelse af konkurrenceretten, anses den for at være uomtvistelig med henblik på et erstatningssøgsmål, der er indbragt for deres nationale retter i henhold til artikel 101 eller 102 i TEUF eller i henhold til national konkurrenceret.”

Det følger af direktivets artikel 2, nr. 9, at en ”national konkurrencemyndighed” er en ”myndighed, som af en medlemsstat er udpeget i medfør af artikel 35 i forordning (EF) nr. 1/2003 til at have kompetence til at anvende artikel 101 og 102 i TEUF”. Det følger samtidig af direktivets artikel 2, nr. 11, at en ”afgørelse om overtrædelse” er ”en afgørelse om overtrædelse af konkurrenceretten, der er truffet af en konkurrencemyndighed eller appelret”.

I Danmark er retshåndhævelsen af konkurrenceretten og af artikel 101 og 102 i TEUF delt således, at henholdsvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet er udpeget som konkurrencemyndigheder, jf. artikel 2, nr. 9. Det betyder, at i Danmark kan en afgørelse om overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF (og af de tilsvarende regler i konkurrenceloven) bestå enten i en administrativ afgørelse eller i en strafferetlig afgørelse, jf. artikel 2, nr. 11.

Direktivets artikel 9 sammenholdt med direktivets artikel 2 forpligter Danmark til at sidestille administrative og strafferetlige afgørelser.

Det følger af gældende dansk ret, at hvis en virksomhed erklærer sig skyldig i en overtrædelse af konkurrenceretten, kan virksomheden vælge at acceptere et bødeforlæg og i givet fald kan straffesagen afgøres uden en dom, jf. retsplejelovens § 832. En bødevedtagelse træder således i stedet for en strafferetlig dom, og det fremgår direkte af bødevedtagelsen at virksomheden erklærer sig skyldig i overtrædelse af konkurrenceretten.

Det er allerede i dag sådan i dansk ret, at en virksomhed må tage højde for, at en strafferetlig dom eller en bødevedtagelse vil kunne danne grundlag for efterfølgende erstatningssøgsmål.

Det er på baggrund af ovenstående vurderingen, at direktivet forpligter Danmark til at alle endelige afgørelser fra en national konkurrencemyndighed skal være uomtvistelige. Denne forpligtelse omfatter også administrative bødeforlæg. Det er på den baggrund vurderingen, at lovforslagets ordlyd i § 2, nr. 9, sammenholdt med lovforslagets § 7, er i overensstemmelse med direktivets ordlyd.

I forhold til kommentaren om, at ordlyden i lovforslagets § 2, nr. 8 og 10, bør ændres til "ordinær appel", er det vurderingen, at en sådan ændring vil være en begrænsning i forhold til direktivets bestemmelse, jf. artikel 2, nr. 10 og 12. Det skyldes, at "ordinær appel" vurderes alene at omfatte domstolsprøvelse og ikke også administrativ rekurs. Da loven også skal virke i forhold til afgørelser fra andre medlemslandes konkurrencemyndigheder, vurderes det at være mest korrekt at bibeholde direktivets ordlyd.

I forhold til kommentaren om, at definitionen af "Appelret" er uklar, vil bemærkningerne til bestemmelsen blive præciseret.

I forhold til spørgsmålet om definitionen af en "afgørelse" i lovforslagets § 2, nr. 9, bør omfatte civilretlige domme, bemærkes, at bestemmelsen tilsigter også at omfatte domstolsafgørelser vedrørende prøvelse af afgørelse truffet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, herunder Konkur-

rengerådet, og Konkurrenceankenævnet. Det fremgår imidlertid ikke eksplicit af bestemmelsen og vil blive præciseret.

I forhold til kommentaren om, at lovforslagets definition af karteller i § 2, nr. 12, ikke er i fuld overensstemmelse med definitionen i konkurrencelovens § 23, bemærkes det, at direktivets – og dermed lovforslagets – definition af ”kartel” er en selvstændig definition, som vedrører erstatning for overtrædelser af konkurrenceretten. Der er således ikke tale om en udvidelse af kartelbegrebet i konkurrenceloven. Dette vil blive præciseret i bemærkningerne til bestemmelsen.

I forhold til de øvrige forslag til justering af definitioner, er der tale om forslag af teknisk karakter. Lovforslaget vil blive præciseret i overensstemmelse hermed.

3.3. Edition og fremlæggelse af beviser

Advokatrådet opfordrer til, at betingelserne for edition i direktivets artikel 5, stk. 1 og 2, bliver fastsat udtrykkeligt i loven for at sikre korrekt gennemførelse af erstatningsdirektivet. Efter Advokatrådets opfattelse, er de gældende danske editionsregler på flere punkter ikke overensstemmende med direktivbestemmelserne. Advokatrådet fremhæver i den anledning, at retsplejelovens regler ikke indeholder et udtrykkeligt krav om, at sagsøger skal fremlægge rimeligt tilgængelige oplysninger, der er tilstrækkelige til at begrunde rimeligheden af sagsøgers erstatningskrav, samt, at det ikke i medfør af retsplejeloven er et krav, at de begærede beviser skal være relevante og beskrives så præcist og snævert som muligt. Endelig bemærker Advokatrådet, at det - uanset om der måtte være hjemmel hertil i retsplejeloven - i dansk ret ikke synes sædvanligt, at der meddeles edition i en ”kategori af beviser”.

Advokatrådet anfører endvidere, at det udtrykkeligt bør fastsættes i loven, hvilke sanktioner, der kan pålægges ved manglende overholdelse af krav om fremlæggelse af beviser, idet der ikke i dansk procesret ses at indgå et mere generelt sanktionssystem.

Bygherreforeningen ønsker en præcisering af skadelidtes adgang til anklagemyndighedens materiale i vurderingen af, om der er grundlag for at anlægge erstatningssag, da dette forhold har været forbundet med betydelig usikkerhed i sagerne om byggekarteller.

Danske Advokater foreslår, at § 5, stk. 2, ændres i det endelige lovforslag, så formuleringen ”og ikke foreligger uafhængigt af denne sag”, udgår. Høringsparten begrundede dette med, at de i lovforslagets § 5, stk. 2, anførte beviser så vidt ses i sagens natur ikke kan eksistere uafhængigt af en sag for en konkurrencemyndighed.

Danske Advokater foreslår endvidere, at § 5, stk. 3, 1. pkt. i lovforslaget, ændres, så formuleringen ”der indgår i en sag hos en konkurrencemyndighed og ikke foreligger uafhængigt af denne sag”, udgår, idet erstatningsdirektivets artikel 6, som bestemmelsen har til formål at implementere, ikke indeholder nogen tilsvarende undtagelse.

Advokatrådet mener, at det udtrykkeligt bør fastsættes i loven, hvilke sanktioner, der kan pålægges ved manglende overholdelse af krav om fremlæggelse af beviser, idet der ikke i dansk procesret ses at indgå et mere generelt sanktionssystem.

Kommentar

I relation til betingelserne for edition i direktivets artikel 5, stk. 1 og 2, indeholder retsplejelovens regler om edition ikke et udtrykkeligt krav om, at en sagsøger i forbindelse med sin begæring om edition skal fremlægge en begrundelse, som understøtter rimeligheden af vedkommendes erstatningskrav.

Det fremgår dog af retsplejelovens regler om indgivelse af stævning i § 348, at stævningen bl.a. skal indeholde en påstand, en fremstilling af de faktiske og retlige omstændigheder, hvorpå påstanden støttes, samt angivelse af de dokumenter og andre beviser, som der agtes påberåbt. Tilsvarende krav gør sig i øvrigt efter retsplejelovens § 351 gældende for sagsøgte svarskrift.

Det er desuden bl.a. en betingelse for pålæg af edition, at den part, som begærer edition, angiver de kendsgerninger, der skal bevises ved de dokumenter, der begæres fremlagt, jf. retsplejelovens § 300, stk. 1. Det følger i den forbindelse af retspraksis, at en begæring om edition skal indeholde en nøjagtig oplysning om de kendsgerninger, der ønskes bevist, samt at editionspligten forudsætter, at de kendsgerninger, der ønskes bevist, har betydning for sagens bedømmelse.

Det bemærkes herudover, at det fremgår af direktivets artikel 5, stk. 8, at medlemsstaterne, med forbehold for direktivets artikel 5, stk. 4 og 7, og artikel 6, kan opretholde eller indføre regler, som vil føre til en mere omfattende fremlæggelse af beviser. Det betyder, at selv hvis betingelserne i direktivets artikel 5, stk. 1 og 2, måtte skulle fortolkes som mere restriktive for adgangen til bevisførelse end retsplejelovens regler, ville der ikke være behov for ændringer i de danske regler.

Det vurderes på den baggrund, at direktivets artikel 5, stk. 1 og 2, er opfyldt med de gældende regler i retsplejeloven.

Det vurderes desuden, at der ikke efter gældende ret er noget til hinder for, at der meddeles edition i kategorier af beviser, hvis retsplejelovens betingelser om edition er opfyldt. Selvom dansk ret i denne forbindelse vurderes at opfylde direktivets artikel 5, stk. 1 og 2, justeres lovforslagets § 4, stk. 1, med henblik på at sikre en fuldstændig og korrekt gennemførelse af direktivet, således, at det fastsættes udtrykkeligt, at retten kan pålægge parter og tredjemænd at fremlægge beviser, herunder kategorier af beviser.

Lovforslagets § 5, stk. 2 og 3, omfatter ikke oplysninger, som foreligger uafhængigt af konkurrencemyndighedens sag.

Lovforslagets § 5, stk. 2, angår tre kategorier af beviser: Oplysninger, som er udarbejdet af en fysisk eller juridisk person specifikt til brug for myndighedens behandling af sagen, oplysninger, som er udarbejdet af myndigheden og fremsendt til parten eller parterne i myndighedens sag i forbindelse med behandlingen af sagen, og forligsredegørelser, der er trukket tilbage.

I lovforslagets § 2, nr. 15, defineres forligsredegørelser som en fremstilling, der frivilligt forelægges en konkurrencemyndighed af eller på vegne af en virksomhed, med en beskrivelse af virksomhedens bekræftelse af eller afståelse fra at bestride sin deltagelse i en overtrædelse af konkurrenceretten og sit ansvar for overtrædelsen af konkurrenceretten, og som specifikt er affattet således, at konkurrencemyndigheden kan anvende en forenklet eller fremskyndet procedure.

De i § 5, stk. 2, nævnte kategorier af beviser ses på ovenstående baggrund ikke efter deres art at kunne udgøre oplysninger, som foreligger uafhængigt af konkurrencemyndighedens sag, og det vurderes derfor, at der ikke er behov for udtrykkeligt at undtage oplysninger, som foreligger uafhængigt af konkurrencemyndighedens sag, fra bestemmelsen.

Lovforslagets § 5, stk. 3, angår redegørelser til brug for bødefritagelse eller bødenedsættelse og forligsredegørelser.

Det fremgår bl.a. af lovforslagets § 2, nr. 13, at redegørelser til brug for bødefritagelse eller bødenedsættelse ikke omfatter allerede eksisterende oplysninger. I lovforslagets § 2, nr. 14, defineres allerede eksisterende oplysninger som beviser, der eksisterer uanset sagens behandling ved en konkurrencemyndighed, og uanset om disse oplysninger foreligger i en konkurrencemyndigheds sagsakter.

På den baggrund, og med henvisning til den ovenfor nævnte definition af forligsredegørelser, jf. lovforslagets § 2, nr. 15, vurderes det, at der ikke er behov for udtrykkeligt at undtage oplysninger, som foreligger uafhængigt af konkurrencemyndighedens sag, fra bestemmelsen.

I relation til direktivets regler om sanktioner, er det vurderingen, at de krav til sanktioner for undladelse af at efterkomme et påbud fra retten om fremlæggelse, der opstilles i direktivets artikel 8, stk. 1, litra a, jf. stk. 2, er opfyldt ved retsplejelovens regler om sanktioner for overtrædelse af editionspåbud samt retsplejelovens regler om sagsomkostninger.

Det vurderes endvidere, at de krav til sanktioner for tilintetgørelse af beviser, der opstilles i direktivets artikel 8, stk. 1, litra b, jf. stk. 2, er opfyldt med straffelovens regler om sanktioner for ødelæggelse af beviser samt retsplejelovens regler om processuel skadevirkning og sagsomkostninger.

Herudover vurderes det, at de krav til sanktioner for undladelse af at opfylde rettens bestemmelser om beskyttelse af fortrolige oplysninger, der opstilles i direktivets artikel 8, stk. 1, litra c, jf. stk. 2, er opfyldt ved retsplejelovens regler om sanktioner for overtrædelse af reglerne om dørlukning.

Det vurderes endelig, at de krav til sanktioner for overtrædelse af begrænsningerne i anvendelsen af beviser, der opstilles i direktivets artikel 8, stk. 1, litra d, jf. stk. 2, er opfyldt med retsplejelovens regler om sagsomkostninger.

Det bemærkes, at skadelidtes adgang til edition i materiale fra Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet følger lovforslagets regler.

3.4. Konkurrencemyndighedens og domstolenes endelige afgørelser

Advokatrådet mener, at direktivets artikel 9, stk. 2, medfører, at domstolene skal tillægge endelige afgørelser om konkurrenceretlige overtrædelser truffet af konkurrencemyndighederne i andre medlemsstater en (umiddelbar) bevisvirkning. Advokatrådet anfører, at domstolene efter gældende dansk ret ikke er forpligtet til at lægge endelige afgørelser fra andre medlemsstaters konkurrencemyndigheder uprøvet til grund. Sådanne afgørelser kan tillægges bevismæssig betydning under et senere erstatningssøgsmål efter princippet om fri bevisbedømmelse. Efter Advokatrådets opfattelse medfører direktivet på dette punkt en ændring af gældende ret, der skal fastsættes ved lov.

Kommentar

I forhold til spørgsmålet om behovet for at gennemføre direktivets artikel 9, stk. 2, ved lov, bemærkes det, at som anført i afsnit 2.7.2 er rettens bevisvurdering efter retsplejelovens almindelige ordning ikke begrænset af lovregler, og retten kan således som udgangspunkt frit skønne over de beviser, som er blevet fremlagt under en retssag.

Hvis en sagsøger fremlægger en endelig afgørelse om overtrædelse af konkurrenceretten, som er truffet i en anden medlemsstat, må det dog antages, at retten som udgangspunkt vil tillægge afgørelsen betydelig vægt, medmindre anden bevisførelse taler herimod.

Dansk ret vurderes således indholdsmæssigt at svare til direktivets artikel 9, stk. 2. Med henblik på at sikre en fuldstændig og korrekt gennemførelse af direktivet, vil det blive fastsat udtrykkeligt i lovens § 7, stk. 2, at en endelig afgørelse om overtrædelse af konkurrenceretten, som er truffet i en anden medlemsstat, i et efterfølgende erstatningssøgsmål skaber en formodning for, at der er sket en overtrædelse af konkurrenceretten.

3.5. Overvæltning af overpriser

Danske Advokater, Sø- og Handelsretten og Østre Landsret – de to sidstnævnte tilsluttet af Vestre Landsret – peger på, at lovforslagets §§ 4 og 10-12 gør brug af betegnelserne ”sagsøger” og ”sagsøgte” uanset at bestemmelserne finder anvendelse også i ankeinstansen. Dertil kommer, at §§ 10-11 fastlægger parternes bevisbyrde under henvisning til partens processuelle stilling som henholdsvis sagsøger og sagsøgt. Direktivet og loven bygger på en antagelse af, at den mulige skadelidte optræder som sagsøger under en retssag, mens den mulige skadevolder optræder som sagsøgt. Imidlertid forekommer det i praksis, at den mulige skadevolder anlægger et negativt anerkendelsessøgsmål, således at den mulige skadevolder har processuel stilling som sagsøger, mens den mulige skadelidte har stilling som sagsøgt. Danske Advokater, Sø- og Handelsretten og Østre Landsret foreslår, at ordlyden i de omhandlede bestemmelser ændres, så ”sagsøgte” erstattes med ”overtræderen”, og ”sagsøger” erstattes med ”skadelidte”, da der kan forekomme tilfælde, hvor det er overtræderen, der optræder som sagsøger og skadelidte, der optræder som sagsøgte.

Sø- og Handelsretten bemærker endvidere, at man i relation til § 10, stk. 2, - hvis det er det, der er tilfældet - med fordel kunne anføre i bemærkningerne, at denne bestemmelse ikke ændrer på de almindelig regler om edition og fremlæggelse af beviser i lovudkastets kapitel 3.

Kommentar

Forslagene fra Danske Advokater, Sø- og Handelsretten, Vestre Landsret og Østre Landsret om justering af begreberne ”sagsøgte” og ”sagsøger” vil bidrage til en større klarhed af bestemmelsernes indhold, og lovforslaget vil blive præciseret i overensstemmelse hermed.

3.6. Tabsopgørelse

Dansk Byggeri finder det uhensigtsmæssigt, at lovforslagets § 12, stk. 1, indeholder en formodningsregel om, at kartelovertrædelser forvolder skade. I licitationssager vil ordregiver ofte være den af parterne, der har det største samlede overblik over hvilke tilbud, der er afgivet, og de enkelte

tilbuds effekt på den samlede konkurrencesituation. Her vil det være urimeligt at pålægge karteldeltagerne bevisbyrden for, at kartellet ikke har medført en konkret skade for den pågældende ordregiver.

Advokatrådet konstaterer, at ordlyden af lovforslagets § 12, stk. 1, er identisk med direktivets artikel 17, stk. 2, og at bestemmelsen derfor nødvendigvis må implementeres i dansk ret. Advokatrådet vil dog alligevel bemærke, at bestemmelsen efter rådets opfattelse principielt strider imod retsplejelovens § 244, stk. 1, om rettens frie bevisbedømmelse.

Advokatrådet og Danske Advokater foreslår, at bemærkningerne til § 12, stk. 2, præciseres i det endelige lovforslag, da den nuværende formulering i bemærkningerne kan give anledning til tvivl om bevisværdien af konkurrencemyndighedens bistand med hensyn til opgørelse af skaden, herunder om en konkurrencemyndighed skulle kunne udarbejde en reel beregning/opgørelse af tabet, som kan udgøre bevis for tabets størrelse uden yderligere bevisførelse eller om det indgår som ét element i rettens bevisbedømmelse på linje med beviser, som skadelidte måtte fremlægge til støtte for sit erstatningskrav, herunder syn og skøn. Høringsparterne foreslår, at det præciseres, at parterne fortsat vil have mulighed for at føre anden form for bevis vedrørende tabsopgørelsen, herunder almindeligt syn og skøn, og at retten herefter må afveje disse forskellige beviser frit i sin afgørelse.

Kommentar

I forhold til spørgsmålet om formodningsreglen i lovforslagets § 12, stk. 1, bemærkes det, at direktivets artikel 17, stk. 2, er en formodningsregel, som medlemsstaterne er forpligtet til at gennemføre ved lov. En undladelse af denne bestemmelse i loven vil derfor være en mangelfuld gennemførelse af direktivet.

Det vurderes desuden på baggrund af Advokatrådets og Danske Advokaters svar, at det vil skabe øget klarhed i den foreslåede § 12, stk. 2, hvis det fremgår af bemærkningerne, at der ikke med den foreslåede bestemmelse er tilsigtet en ændring af retsplejelovens regler, og at det således fortsat er op til retten at vurdere, hvilken bevisværdi konkurrencemyndighedens eventuelle opgørelsen af skaden skal tillægges i forhold til den øvrige bevisførelse i sagen. Lovforslaget vil blive præciseret i overensstemmelse hermed.

3.7. Mindelig tvistbilæggelse og forlig

Danske Advokater mener, at direktivets artikel 18, stk. 2, som lovforslagets § 13 søger at implementere, alene anses at indebære, at nationale domstole skal kunne udsætte erstatningssøgsmål i mindst to år, som følge af forligsdrøftelser mellem parterne. Danske Advokater mener ikke, at bestemmelsen ”i op til to år” indebærer, at nationale domstole ikke må udsætte sager i længere tid end to år, herunder ad gangen, hvis det findes

hensigtsmæssigt, at et erstatningssøgsmål udsættes i mere end to år som følge af forligsdrøftelser, herunder i tilfælde af gentagne forsøg på mindelig tvistbilæggelse. Danske advokater opfordrer på den baggrund til at overveje at lade begrænsningen til to år udgå af det endelige lovforslag, så domstolene vil være frie til at udsætte erstatningssøgsmål i længere tid.

Kommentar

I forhold til spørgsmålet om domstolenes adgang til at udsætte erstatningssøgsmål, som lovforslagets § 13 omhandler, bemærkes det, at direktivets artikel 18, stk. 2, fastsætter et loft på to års udsættelse, hvis parterne deltager i mindelig tvistbilæggelse. Der er således tale om en frist, der ikke kan forlænges ud over de to år. Det er vurderingen, at lovforslaget indholdsmæssigt er fuldt ud i overensstemmelse med direktivet.

3.8. Forældelse

Dansk Energi bemærker, at lovforslagets § 15, stk. 2, lægger op til, at det skal være én blandt flere betingelser for, at forældelsesfristen begynder at løbe, at skadelidte har ”fået kendskab til”, at skadevolders adfærd er ”i strid med konkurrenceloven”. Dansk Energi ser dette som et brud på grundlæggende obligationsret og ikke i overensstemmelse med dansk ret, fordi en persons retsstilling i almindelighed ikke vil blive påvirket af, at personen handler under indflydelse af retsuvidenhed. Dansk Energi opfordrer derfor til, at denne del af bestemmelsen fjernes.

Dansk Byggeri er overordnet kritisk indstillet over for, at man fraviger forældelseslovens almindelige regler om forældelse på konkurrencelovens område. Denne høringspart mener, at lovforslagets § 15, stk. 4, om afbrydelse af forældelse, er retssikkerhedsmæssigt betænkeligt i forhold til de omhandlende virksomheder og personer, idet bestemmelsen ikke indeholder en absolut frist for, hvornår forholdet er forældet. Denne høringspart mener derfor overordnet, at det er unødvendigt at indføre et regelsæt på dette område af hensyn til erstatningssager for overtrædelse af konkurrenceloven, uden at der foreligger en afgørelse fra en konkurrencemyndighed.

Kommentar

Der er i direktivets artikel 10 fastsat regler om forældelse af erstatningskrav som følge af konkurrenceretsovertrædelser. Danmark er således forpligtet til at indføre regler i overensstemmelse hermed.

Lovforslagets § 15, stk. 2, gennemfører direktivets artikel 10, stk. 2, om, hvornår forældelsesfristen begynder at løbe. Lovforslagets § 15, stk. 2, og direktivets artikel 10, stk. 2, har således samme indhold.

Lovforslagets § 15, stk. 4, gennemfører direktivets artikel 10, stk. 4, om at en forældelsesfrist suspenderes eller afbrydes, hvis en konkurrencemyn-

dighed tager skridt til at undersøge eller forfølge den overtrædelse af konkurrenceretten, som erstatningssøgsmålet vedrører. Lovforslagets § 15, stk. 4, og direktivets artikel 10, stk. 4, har således samme indhold.

Det bemærkes, at som det fremgår af lovforslagets afsnit 2.8.2, afbrydes forældelsen efter de almindelige regler i forældelsesloven i forbindelse med, at en sag om en fordrings eksistens eller størrelse indbringes for en administrativ myndighed, jf. forældelseslovens § 21, stk. 2. Omfattet heraf er også sager om overtrædelse af konkurrenceretten, jf. konkurrencelovens § 25, stk. 1. Efter konkurrencelovens § 25, stk. 2 og 3, finder forældelseslovens § 21, stk. 2, om foreløbig afbrydelse dog kun anvendelse i forhold til krav fra skadelidte, der har indgivet en klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og hvis klage indgår i styrelsens sagsbehandling.

Som det fremgår af lovforslagets afsnit 2.8.3 går direktivets artikel 10, stk. 4, videre end de gældende regler i konkurrencelovens § 25, stk. 2. Lovforslagets § 15, stk. 4, er således udformet i overensstemmelse med direktivets artikel 10, stk. 4. Hvis en konkurrencemyndighed indleder en undersøgelse af en overtrædelse af konkurrenceretten, afbrydes forældelsen for alle potentielle skadelidte som følge af den pågældende overtrædelse. Samtidig indebærer lovforslaget, at forældelsen også afbrydes, hvis det er Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet eller en anden konkurrencemyndighed, der indleder undersøgelsen.

Følgende organisationer, myndigheder m.v. har haft bemærkninger til lovforslaget

Advokatrådet, Bygherreforeningen, Dansk Byggeri, Dansk Energi, Dansk Erhverv, Dansk Industri, Danske Advokater, Finansrådet, Forsikring & Pension, Håndværksrådet, Landbrug & Fødevarer, Realkreditforeningen, Sø- og Handelsretten, TEKNIQ, Østre Landsret og Vestre Landsret.

4. Øvrige ændringer i lovforslaget

I forhold til det lovudkast, der blev sendt i høring den 28. juni 2016, indeholder lovforslaget i øvrigt følgende indholdsmæssige ændringer:

På baggrund af bemærkninger fra Kommissionen er det i lovforslagets § 8, stk. 2 (særlige regler om solidarisk hæftelse for små og mellemstore virksomheder (SMV'er)), tilføjet, at SMV'ers solidariske hæftelsesansvar også omfatter egne leverandører. SMV'ers solidariske hæftelse er således begrænset til egne direkte og indirekte aftagere og leverandører, hvis betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt.

På baggrund af bemærkninger fra Kommissionen er der i lovforslagets § 15 (forældelse) indsat et nyt stk. 6 om foreløbig afbrydelse af forældelsen af mulige krav mod en overtræder, der har modtaget bødefritagelse, hvis den skadelidte indleder retsforfølgning for at få erstatning fra de øvrige overtrædere. Afbrydelsen er betinget af, at den skadelidte underretter den pågældende overtræder herom. Den pågældende overtræder vil som følge

af bødefritagelsen normalt kun kunne mødes med krav fra sine egne direkte og indirekte aftagere og leverandører. Det gælder dog ikke, hvis de øvrige skadelidte ikke kan få erstatning fra de andre overtrædere, jf. lovforslagets § 8, stk. 4. Afbrydelsen af forældelsen sikrer, at et muligt erstatningskrav mod den bødefritagne overtræder ikke bliver forældet, mens den skadelidte tager de nødvendige skridt for at få dækket sit krav af de øvrige overtrædere.

På baggrund af drøftelser med Kommissionen er den i høringsudgaven af lovforslagets § 18 (nu § 17) ændret således, at lovens processuelle bestemmelser finder anvendelse på erstatningssøgsmål, der er indbragt for retten efter den 25. december 2014. Det fremgår således af direktivets artikel 22, stk. 2, at medlemsstaterne skal sikre, at alle nationale love og bestemmelser, der vedtages i henhold til direktivets artikel 21, udover de i artikel 22, stk. 1 (om direktivets materielle bestemmelser), ikke finder anvendelse på erstatningssøgsmål, der indbringes for en national ret før den 26. december 2014. På baggrund af drøftelserne med Kommissionen, må bestemmelsen forstås således, at medlemsstaterne er forpligtede til at lade nationale love og bestemmelser, der implementerer direktivet, træde i kraft for erstatningssøgsmål, der er indbragt for retten efter den 25. december 2014. Der henvises i den forbindelse til retspraksis fra Domstolen, hvoraf det bl.a. fremgår, at processuelle regler (i EU-retsakter) ifølge fast praksis antages at finde anvendelse i samtlige tvister, der verserer på ikrafttrædelsestidspunktet for retsakterne. De høringsparter, der har haft bemærkninger til lovforslaget er orienteret skriftligt om denne ændring.

Herudover er der foretaget mindre ændringer af sproglig og lovteknisk karakter.