

Advokatrådet



**ADVOKAT
SAMFUNDET**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

KRONPRINSESSEGADE 28
1306 KØBENHAVN K
TLF.: 33 96 97 98

DATO: 21. december 2023
SAGSNR.: 2023 - 3
ID NR.: 969590

Sendt pr. e-mail til hhk@kfst.dk og hc@kfst.dk

Høring over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (Krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne, indførelse af mulighed for markedsefterforskning og bødeudmåling m.v.)

Ved e-mail af 10. november 2023 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte udkast til lovforslag.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

Advokatsamfundet støtter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ambition om at skabe en mere effektiv konkurrence, men har dog en række retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved det fremsendte udkast til lovforslag om ændring af konkurrenceloven.

Advokatsamfundet bemærker, at flere af ændringerne hverken er nødvendige eller til gavn for konkurrencen i Danmark. Derudover resulterer visse af ændringerne i en direkte forringelse af retssikkerheden for virksomhederne i det danske erhvervsliv.

I sin helhed er udkastet til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven efter Advokatsamfundets opfattelse en væsentlig forringelse af gennemsigtigheden af retsgrundlaget på det konkurrenceretlige område. De foreslåede redskaber beror på meget vide skøn og myndighedens egne vurderinger, og virksomheder har ingen reel chance for at gennemskue, hvordan eller hvornår de vil være genstand for myndighedsindgreb. Dette resulterer både i en høj grad af transaktionsusikkerhed og en væsentlig forværring af den grundlæggende retssikkerhed for virksomheder i Danmark.

Af udkastet fremgår flere initiativer. Advokatsamfundet har især retssikkerhedsmæssige betænkeligheder vedr. udkastets fremsatte ændringer om i) muligheden for at kræve anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne, ii) fristberegninger og iii) markedsefterforskning. Nedenfor er disse betænkeligheder redegjort for, og der henvises i øvrigt til Danske Advokaters høringssvar på udkastet til lov om ændring af konkurrenceloven, der fremlægger alternative modeller til

imødekommelse af de betænkeligheder vedr. retssikkerhed og transaktionsusikkerhed, som de foreslåede ændringer frembringer.

Fusionskontrolområdet – muligheden for at kræve anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne (“call-in”)

Gennemførelse af forslaget af 10. november 2023 i sin nuværende udformning vil resultere i større usikkerhed for virksomhederne ift. fusionskontrol og eventuelle indgreb fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, idet parterne til en evt. transaktion (over tærsklen på 50 mio.) selv eller gennem ekstern rådgivning skal tage stilling til transaktionens effekt på konkurrencen og vurdere, hvorvidt transaktionen potentielt vil være underlagt fusionskontrol. En sådan vurdering medfører ikke ubetydelige omkostninger for virksomhederne, der kan være yderst skadende for incitamentet til at indgå i transaktioner på det danske marked. I denne henseende finder Advokatsamfundet i øvrigt, at estimatet for forslagets medførte omkostninger til erhvervslivet fra udkastet til lovforslaget er stærkt undervurderet, især henset til den yderligere og mere omfattende proces ved fusionsanmeldelser samt udgifter til eksterne rådgivere i forbindelse hermed.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens mulighed for at kræve anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne vil indebære et mere omkostningstungt og uigennemsigtigt forløb, der i sin yderste konsekvens kan afholde ellers konkurrencevenlige og værdiskabende fusioner fra at igangsættes.

Modsat de nugældende regler skaber lovforslaget usikkerhed og uklarhed om vurderingsgrundlaget, hvilket medfører en forværring af den grundlæggende retssikkerhed for virksomheder, der ønsker at indgå i transaktioner på det danske marked. Som minimum vil medfølgende retningslinjer skulle specificere de kvalitative betingelser og indarbejde konkrete, objektive og anvendelige vurderingskriterier, som virksomhederne kan lægge til grund for egen vurdering. Mangel herpå udgør en væsentlig forværring af gennemsigtigheden i vurderingsgrundlaget. Advokatsamfundet anser dette som en stor risiko for den grundlæggende retssikkerhed på fusionskontrolområdet, idet hele grundlaget for udtagelse til fusionskontrol udviskes og ændres til en konkret vurdering foretaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremfor de nuværende objektive kriterier for anmeldelsespligt, der er baseret på virksomhedernes omsætning. Selvom formålet med ændringerne naturligvis er berettiget, skaber metoden i praksis en uklarhed om den reelle tærskel for, hvornår en transaktion kan eller vil blive omfattet af fusionskontrol.

Advokatsamfundet anser desuden ikke en yderligere beføjelse om krav om anmeldelse af fusioner under tærskelværdien som nødvendig, idet der i) i forvejen foreligger lave omsætningstærskler, der pålægger anmeldelsespligt på en lang række uproblematisk fusioner, ii) foreligger en mulighed for at behandle fusioner under tærskelværdierne efter fusionskontrollforordningens art. 22, og iii) er mulighed for

under helt særlige omstændigheder at regulere fusioner efter forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i TEUF art. 102, jf. EU-Domstolens dom i C449/21 Towercast.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har således mulighed for at få behandlet de fusioner, hvor der vurderes at være en risiko for, at de kan være problematiske, gennem andre veje end i en så vidtgående beføjelse som foreslået i lovforslaget, der vil omfatte og pålægge unødvendige omkostninger på et betydeligt antal uproblematiske fusioner. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil derudover selv blive pålagt en yderligere ikke ubetydelig arbejdsbyrde på behandling af uproblematiske fusioner, der skader styrelsens ressourceanvendelse.

Frister

Om de foreslåede frister vedr. fusionsanmeldelse er Advokatsamfundet af den klare holdning, at disse i sin nuværende form både skader retssikkerheden og medfører betydelig transaktionsusikkerhed.

For det første fremgår det af forslaget, at der ikke foreligger nogen grænse for, hvornår en fusion kan kræves anmeldt. Som minimum bør der, som anerkendt i lovforslaget, fastsættes en lovbestemt frist for, hvornår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion anmeldt. Denne frist bør ikke overstige 3 måneder fra fusionens gennemførelse, idet en sådan periode bør være tilstrækkelig lang til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af egen drift eller på foranledning af interessenter kan iværksætte proces om krav om anmeldelse.

For det andet er formuleringen vedr. 15-dagesfristen i den foreslåede § 12, stk. 6, 3. pkt., hvorefter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse om, at en fusion efter 1. pkt. skal anmeldes, skal træffes senest 15 hverdage efter, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er blevet gjort bekendt med fusionen, uhensigtsmæssig og beror i praksis på et skøn og egenhændig vurdering fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, hvorvidt de har modtaget tilstrækkelig information til, at fusionen er »gjort bekendt«. En sådan frist bør i stedet bero på en gennemsigtig og håndfast fristberegning, som virksomhederne kan støtte ret på, hvorfor Advokatsamfundet anbefaler at lade 15-dagesfristen løbe fra fusionens offentliggørelse, hvilket vil sige fra offentliggørelsen af en sædvanlig pressemeddelelse, der lægges på virksomhedens hjemmeside og/eller indrykkes i et landsdækkende dagblad.

Markedsefterforskning – udkast til lov om ændring af konkurrenceloven, §1, nr. 8

Advokatsamfundet anser den foreslåede mulighed for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan indlede markedsefterforskning, som værende et meget vidtgående indgreb, der går langt videre end det grundlæggende formål med konkurrenceloven og en konkurrencemyndigheds jurisdiktion. Endvidere er markedsefterforskningen baseret på et meget bredt skøn og identificerer ikke

tydeligt, hvornår der er tale om, at adfærd eller strukturer »tydeligt svækker« den effektive konkurrence, eller hvornår der kan vurderes at være risiko herfor. Dette er hverken rimeligt eller retfærdigt over for virksomheder, der ingen reel chance har for at sikre sig mod indgreb, på trods af at de efterlever alle konkurrencelovgivningens bestemmelser til fulde.

Udgangspunktet for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen må være at skulle gribe ind over for overtrædelser af konkurrencelovgivningen og ikke af egen drift og efter egen vurdering at påtage sig yderligere regulering af sektorer i erhvervslivet, hvor der ikke foreligger sådanne overtrædelser. En regulering heraf er et politisk spørgsmål og er reelt uden for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kompetencer. Det er yderst problematisk, at virksomheder med markedsefterforskningsredskabet kan pålægges påbud eller tilsagn alene på baggrund af, at disse opererer i en sektor, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen egenhændigt har vurderet, at der er adfærd eller strukturer, der tydeligt svækker den effektive konkurrence, eller at der er risiko herfor. Såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at der risiko herfor, må det være en politisk beslutning, hvorvidt disse sektorer skal underlægges regulering. Alt andet vil være en centralisering af magtbeføjelser, der direkte skader retssikkerheden for erhvervslivet i Danmark.

Virksomheder vil ved regulering på undersøgelsesbasis, uden at der har fundet en lovovertrædelse sted, være genstand for mangel på grundlæggende retssikkerhed, idet legalitetsprincippet i praksis fraviges, da det udelukkende påhviler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at vurdere og træffe afgørelse om påbud eller tilsagn. At give Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en rolle tilsvarende både lovgiver og udøver af loven, som reelt er konsekvensen med markedsefterforskningsbestemmelsen, stemmer ikke overens med det grundlag, som den danske retsmodel er indrettet efter. Virksomheder kan med markedsefterforskningsredskabet drive virksomhed i fuld overensstemmelse med konkurrencelovgivningen men stadig være genstand for pålæggelse af påbud eller tilsagn. Dette udgør en væsentlig forringelse af retssikkerheden og er ikke i overensstemmelse med den måde, hvorpå et retssamfund burde regulere en fri markedsøkonomi.

I sin helhed er markedsefterforskningsredskabet dybt bekymrende for retssikkerheden, da det skaber uforudsigelighed og en mulighed for at regulere og sanktionere virksomheder i tilfælde, hvor der ikke foreligger nogen dokumenterede lovovertrædelser. Udgangspunktet må og skal være, at det danske erhvervsliv fra myndighederne underlægges klare retningslinjer for sin adfærd. Eventuelle indgreb fra myndigheder skal være forudsigelige og bero på dokumenterede brud på reglerne. Implementering af et redskab, der giver en offentlig myndighed mulighed for centraliseret regulering af virksomheder, der opererer i fuld overensstemmelse med loven, er urimeligt over for det danske erhvervsliv og medfører en klar forværring af retssikkerheden.

Advokatsamfundet anbefaler ikke at implementere denne mulighed for markedsefterforskning og de tilhørende påbuds- og tilsagnsmuligheder, da det vil skabe usikkerhed om retsgrundlaget og en betydelig forværring af gennemsigtigheden. Derudover er Advokatsamfundet i stærk opposition til muligheden for at indføre et redskab, der i praksis vil pålægge virksomheder sanktioner, uden at der foreligger dokumenterede lovovertrædelser, da det efter Advokatsamfundets opfattelse medfører en væsentlig svækkelse af retssikkerheden for det danske erhvervsliv på det konkurrenceretlige område.

Ønskes der på trods af disse betænkeligheder en mulighed for markedsefterforskning, henvises der til Danske Advokaters høringssvar, hvori der er forslag til en vis imødekommelse af de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder.

Afslutningsvist skal Advokatrådet bakke op om Danske Advokaters og Dansk Industris forslag om, at strukturen for Konkurrencerådet ændres, således at den udpegede formand fremover enten er lands- eller højesteretsdommer, idet det vil højne retssikkerheden.

Med venlig hilsen



Andrew Hjuler Crichton
Generalsekretær