

Advokatrådet

ADVOKAT 
SAMFUNDET

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

KRONPRINSESSEGADE 28
1306 KØBENHAVN K
TLF. 33 96 97 98

DATO: 26. oktober 2020
SAGSNR.: 2020 - 3145

hc@kfst.dk + kle@kfst.dk

Høring – udkast til ændring af konkurrenceloven (implementering af ECN+-direktivet)

Ved e-mail af 24. september 2020 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte forslag.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

Lovudkastet har til formål at implementere Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv (EU) 2019/1 af 11. december 2018 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked ("ECN+-direktivet").

Advokatrådet bemærker, at den fastsatte høringsfrist er særdeles kort - herunder taget i betragtning, at Lovforslagsudkastet omfangsmæssigt er over 400 sider. Eftersom implementeringen af ECN+-direktivet indebærer en lang række væsentlige og retssikkerhedsmæssigt indgribende ændringer af konkurrenceloven, er dette ikke hensigtsmæssigt.

Som en generel bemærkning er det Advokatrådets opfattelse, at implementeringen af ECN+-direktivet i videst muligt omfang bør tage højde for grundlæggende danske retstraditioner og de dertil hørende retssikkerhedsmæssige garantier. De forringelser af virksomheders retsstilling, som implementeringen af ECN+-direktivet medfører, bør derfor begrænses til det absolut nødvendige. For så vidt angår fysiske personer bemærkes det endvidere, at Lovforslagsudkastet på en lang række punkter lægger op til en betydelig overimplementering ud fra et forenklings- og håndhævelsessynspunkt. I det omfang denne linje følges, øges vigtigheden af at sikre de nødvendige retssikkerhedsmæssige garantier væsentligt.

Foreløbige påbud

Lovudkastforslagets § 1, nr. 15, indeholder en ny bestemmelse, § 16 b, som giver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen hjemmel til at pålægge foreløbige påbud uden stadfæstelse af Konkurrenceankenævnet, hvilket er påkrævet under den nugældende § 18 b, stk. 2. Ligesom Europa-Kommissionen har været særdeles tilbageholdene med at udøve sin tilsvarende hjemmel, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Advokatrådet bekendt, aldrig udnyttet sin hjemmel.

Det fremgår af bemærkningerne til den foreslåede nye § 16 b, at hjemlen i § 16, stk. 1 til at udstede strukturelle påbud også kan udnyttes på foreløbig basis. Det er Advokatrådets opfattelse, at det vil være højst betænkeligt at anvende strukturelle, foreløbige påbud. En sådan model følger ikke af ECN+-direktivets artikel 10-11, og forslaget herom har derfor karakter af en for vidtgående og unødigt overimplementering.

Strukturelle påbud er særdeles indgribende over for de virksomheder, der er genstand for dem. I en række tilfælde har strukturelle påbud endda en uoprettelig karakter, og det er derfor Advokatrådets opfattelse, at strukturelle påbud ikke bør kunne pålægges foreløbigt. Det bemærkes endvidere, at den foreløbige karakter herved reelt vil gå tabt, idet der gennem et strukturelt påbud påføres permanente ændringer på markedet, frem for foranstaltninger af ren "sikrende karakter", jf. EU-Domstolens kendelse i sag 792/79 R, *Camera Care*. Advokatrådet bekendt har Europa-Kommissionen da heller aldrig har anvendt Rådsforordning 1/2003 i en sådan retning.

Forbuddet mod selvinkriminering

I henhold til Lovforslagsudkastets § 1, nr. 20-24 får Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en række yderligere og vidtgående undersøgelsesbeføjelser. Samtidig foreslås indsat en ny bestemmelse i *konkurrenceloven* som § 17 b, hvorefter *retssikkerhedslovens* § 10 (det danske forbud mod selvinkriminering) ikke skal finde anvendelse på krav om fremlæggelse af oplysninger fremsat mod virksomheder eller virksomhedssammenslutninger.

Det fremgår af Lovforslagsudkastets almindelige bemærkninger (pkt. 2.7.2), at ændringen skyldes, at det efter ECN+-direktivet ikke er muligt at operere med en højere grad af beskyttelse mod selvinkriminering i national ret, end den, der følger af EU-retten, da dette vil kunne hindre den effektive håndhævelse af EU-konkurrencereglerne. Det er dog uomtvisteligt en forudsætning, at den EU-retlige beskyttelse mod selvinkriminering fortsat skal finde anvendelse, både i den situation, hvor en person udtaler sig på egne vegne, og i den situation, hvor personen udtaler sig på en virksomheds vegne. Det er Advokatrådets opfattelse, at dette bør præciseres i Lovforslagsudkastet.

Det er endvidere Advokatrådets opfattelse, at det er problematisk, at der i praksis uundgåeligt vil opstå problemer med at foretage de relevante retlige sondringer, eksempelvis i en situation, hvor en direktør udtaler sig på virksomhedens vegne, mens direktøren herved samtidig bringer sig selv i en situation, hvor direktøren - i strid med sine grundlæggende rettigheder, også efter EU-retten - inkriminerer sig selv og reelt er frarøvet retten til ikke aktivt at bidrage med belastende faktuelle oplysninger, der ultimativt kan føre til, at SØIK indleder en personlig straffesag mod vedkommende. Selvom *retssikkerhedslovens* § 10 fortsat skal gælde for fysiske personer, udhules det reelle indhold heraf som følge af dette skisma, og resultatet bliver, at myndighederne skal operere med en illusorisk sondring, der i bedste fald bliver umulig at arbejde med i praksis, og som i værste fald opfører

virksomhedsrepræsentanter en ikke-tilsigtet retlig byrde uden iagttagelse af disses retssikkerhed. Det er derfor Advokatrådets opfattelse, at der er behov for konkrete retningslinjer for, hvordan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal agere i forbindelse med interview af virksomhedsrepræsentanter, herunder i situationer hvor disse henholdsvis er under personlig mistanke, ikke er det, eller kan tænkes at komme det.

Civilretligt bødesystem

I henhold til Lovforslagsudkastets § 1, nr. 34 foreslås indsættelse af kapitel 9 a i *konkurrenceloven*, som vil indeholde regler for behandlingen af sager om pålæggelse af civile bøder. Samtidig foreslås i Lovforslagsudkastets § 1, nr. 31 indsat en ny ordlyd af *konkurrencelovens* § 23, stk. 1-3 om samme.

Konsekvensen heraf er, at bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne fremover skal behandles inden for rammerne af den civile retspleje, jf. Lovforslagsudkastets forslag til ordlyd af *konkurrencelovens* § 25, stk. 2. Dette udgør en betydelig omstrukturering af det konkurrenceretlige bødesystem, og konsekvensen heraf vil være, at en lang række retssikkerhedsgarantier bliver påvirket i negativ retning til skade for virksomhederne.

Det er Advokatrådets opfattelse, at *konkurrenceloven* bør affattes på en sådan måde, at der - selvom det efter ECN+-direktivets artikel 13, stk. 1 er påkrævet, at der indføres regler, der som minimum indebærer, at myndighederne i "*ikke-strafferetlige*" retssager kan anmode om pålæggelse af bøder til virksomheder, der forsætligt eller uagtsomt har overtrådt TEUF artikel 101 eller 102 - tager hensyn til, at de virksomheder, som myndighederne vælger at retsforfølge for overtrædelser af konkurrencereglerne, i tilstrækkeligt omfang kan påberåbe sig grundlæggende retssikkerhedsgarantier. Det er efter Advokatrådets opfattelse betænkeligt, at der i Lovforslagsudkastet ikke er indeholdt overvejelser om, hvilke retssikkerhedsgarantier fra straffeprocessen, der bør videreføres i dette nye konkurrenceretlige civile bødesystem, hvilket efter Advokatrådets opfattelse både kan ske inden for rammerne af ECN+-direktivet, men også bør det.

Det er af afgørende vigtighed at sikre, at parterne i en civilretlig bødesag har "*equality of arms*", og at Konkurrencerådets afgørelse bliver undergivet en fuld judiciel prøvelse i en ligebyrdig retssag. Samtidig tilkommer det retten at træffe afgørelse om en eventuel civilretlig bøde, og en sådan afgørelse vil være genstand for sædvanlige retlige appelmuligheder. Det foreslåede system indebærer imidlertid en klar forringelse af retsgarantierne for virksomhederne og betyder reelt en omvendt bevisbyrde i disse sager, fordi "beviset" for overtrædelsen er skrevet på forhånd i kraft af myndighedens afgørelse om en overtrædelse.

Det foreslås derfor, at der i Lovforslagsudkastet indføres en eksplicit bemærkning som følger: "*Konkurrencerådets afgørelse vil under indbringelse for domstolene blive undergivet en fuld judiciel prøvelse. En afgørelse fra Konkurrencerådet vil således ikke præjudicere substansprøvelsen i en civil retssag og er således ikke*

endelig, og det påhviler derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at bevise den påståede overtrædelse. Det påhviler ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at godtgøre ansvarsgrundlaget for en eventuel bødepåstand."

Endelig bemærkes det, at domstolene - i henhold til Lovforslagsudkastets § 25, stk. 3 - ikke vil være bundet af parternes påstande for så vidt angår udmålingen af bødestørrelsen. Også af denne årsag er adgangen til en fuld prøvelse afgørende for virksomhedernes retssikkerhed.

Lempelse af krav til beviser og tilregnelse

Det fremgår af ECN+-direktivet, at begreberne "uagtsomhed" og "fortsæt" ikke skal tolkes i overensstemmelse med strafferetlig praksis, og at det også skal være muligt at pålægge virksomheder bøder for konkurrenceretsovertrædelser begået ved "simpel uagtsomhed".

Efter de hidtidige danske regler kræves, at virksomheder har handlet "forsætligt eller groft uagtsomt", for at der kan pålægges bøder. Det foreslås derfor i Lovforslagsudkastet, at *konkurrencelovens* § 23 ændres, således at der i fremtiden kan pålægges bøder, hvis virksomheder blot har handlet "forsætligt eller uagtsomt". Dermed kan også "simpel uagtsomhed" nu medføre, at virksomheder pålægges bøder. Der er altså tale om en væsentlig skærpelse af de gældende regler.

Sammenholdes dette lempede tilregnelleskrav med den lempede bevisbyrde, der vil gælde for retssager efter den civile retsplejes former, fremfor straffesager (jf. Lovforslagsudkastets afsnit 2.20.2.1), er virkningen en betydelig udvidelse af det område, inden for hvilket virksomheder kan bødesanktioneres for overtrædelser af konkurrencereglerne.

Det forhold, at graden af tilregnelse for virksomheders ansvar lempes fra "grov uagtsomhed" til "simpel uagtsomhed", samtidig med at kravene til beviserne for en overtrædelse lempes, medfører at Lovforslagsudkastet indebærer en betydelig udvidelse af handlinger, der kan medføre bøder i fremtiden, og det er i øvrigt uklart, hvor grænsen for denne udvidelse vil blive trukket i praksis.

Når sagerne i fremtiden skal føres efter reglerne for den civile retspleje, vil det skærpede beviskrav, som det hidtil har påhvilet SØIK at løfte som led i straffesagen, blive afløst af den ligefremme bevisbyrde, der gælder i civile sager. Det angives direkte i Lovforslagsudkastets afsnit 7.3, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i fremtiden vil kunne løfte bevisbyrden ved "*indicier, forudsat at de er objektive og samstemmende*", og at det herefter vil påhvile virksomheden "*ikke alene at fremlægge et sandsynligt alternativ til modpartens opfattelse, men tillige at påvise, at de anvendte beviser er utilstrækkelige til at bevise overtrædelser af konkurrencereglerne*". Når modparten lægger direkte beviselementer til grund, tilkommer det virksomheden at godtgøre, at de påberåbte beviselementer er utilstrækkelige. En sådan vending af bevisbyrden tilsidesætter ikke princippet om uskyldsformodning".

Det er Advokatrådets opfattelse, at denne udvidelse af strafbare handlinger bør begrænses mest muligt. Overtrædelser foretaget alene ved "simpel uagtsomhed" bør derfor alene kunne sanktioneres, hvis de har samhandelspåvirkning og dermed er omfattet af EU-konkurrencereglerne. ECN+-direktivet regulerer alene disse overtrædelser, og der er stærke reelle grunde til at opretholde kravet om "grov uagtsomhed" for at sanktionere rent nationale danske overtrædelser af konkurrencelovens §§ 6 og 11.

Kontrolbesøg

Efter de gældende regler kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretage kontrolundersøgelser (*dawn raids*) i virksomheders lokaler efter indhentelse af en retskendelse, mens SØIK har mulighed for at foretage ransagninger i private hjem efter *retsplejelovens* regler. Hvis der foreligger en rimelig grund til mistanke om et strafbart forhold, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen heller ikke foretage en kontrolundersøgelse, men skal i stedet oversende sagen til SØIK jf. *retssikkerhedslovens* § 9, og SØIK kan så herefter foretage en ransagning hos virksomheden efter *retsplejelovens* mere beskyttende regler.

Med Lovforslagsudkastets § 18 a udvides Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens adgang til at foretage kontrolundersøgelser, således at der også kan foretage kontrolundersøgelser i private hjem efter indhentelse af en retskendelse. Dette er påkrævet efter ECN+-direktivets artikel 7. Det fremgår desuden direkte af Lovforslagsudkastets § 18, stk. 1, at selv om der foreligger en rimelig grund til mistanke om et strafbart forhold, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen stadig foretage en kontrolundersøgelse hos en virksomhed, og *retssikkerhedslovens* § 9 vil derfor fremover ikke gælde for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser hos virksomheder. *Retssikkerhedslovens* § 9 skal dog gælde ved kontrolundersøgelser i private hjem, og i dette tilfælde vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen derfor skulle afstå fra at foretage en kontrolundersøgelse, hvis der foreligger en rimelig grund til mistanke om et strafbart forhold, da det i dette tilfælde (fortsat) vil være SØIK, som skal foretage en ransagelse efter *retsplejelovens* regler.

Med ændringerne er det fremover afgørende, at domstolene foretage en realitetsprøvelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodninger om retskendelse til at foretage kontrolundersøgelser indgående, da der ikke senere vil komme en anmodning om ransagning fra SØIK efter straffeprocessens rammer, ligesom det er tilfældet under den nugældende retsstilling. Det er endvidere Advokatrådets opfattelse, at der bør indføres faste regler for, hvordan undersøgelsens genstand skal afgrænses, således at der ikke kan forekomme "fiskeekspeditioner", hvor undersøgelsen starter ét sted, men ender et helt andet. I dag er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formulering af undersøgelsesbeslutninger i praksis så brede, at det oftest ikke er muligt at fastlægge fra undersøgelsens start, hvad der reelt kan omfattes heraf, hvilket ofte giver anledning til praktiske og retssikkerhedsmæssige udfordringer.

Det skal erindres, at formålet med at foretage kontrolundersøgelser i de situationer, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan foretage kontrolundersøgelser i private hjem, er at bevise virksomhedens overtrædelse. Hvis formålet er at bevise personens medvirken til virksomhedens overtrædelse, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke foretage kontrolundersøgelsen, da den så forsat skal foretages som en ransagning af SØIK efter *retsplejelovens* regler. Dette giver unægtelig anledning til vanskelige situationer for Konkurrence- og Forbruger fremover, og det anføres også i Lovforslagsudkastet, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen "*med henblik på at sikre en mistænkt fysisk persons retsstilling bedst muligt i praksis så vidt muligt koordinere en kontrolundersøgelse i vedkommendes private hjem m.v. med Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og international Kriminalitet.*" Det angives herefter, at undersøgelsen bør gennemføres af SØIK efter *retsplejelovens* regler, men såfremt SØIK "*ikke ønsker eller har mulighed for at gennemføre en ransagning hos den pågældende, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen dog under alle omstændigheder have mulighed for at gennemføre en kontrolundersøgelse hos den mistænkte fysiske person, hvis betingelserne i den foreslåede bestemmelse er opfyldt.*"

Det er - som en løsning på denne problemstilling - Advokatrådets anbefaling, at det fremgår direkte af *konkurrenceloven*, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved et ønske om kontrolundersøgelse i et privat hjem skal anmode SØIK om at indhente en retskendelse efter *retsplejelovens* regler om ransagning, og kun hvis domstolene nægter en sådan, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen selv anmode om at foretage en kontrolundersøgelse direkte efter den foreslåede hjemmel i *konkurrenceloven*, dog mod en sædvanlig domstolsprøvelse af en sådan anmodning, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen altså vil skulle sandsynliggøre behovet og rimeligheden i et sådant indgribende retsskridt. Dette vil sikre, at SØIK faktisk inddrages, og at såfremt der er en mulig mistanke mod fysiske personer, vil ransagningen blive foretaget af SØIK og efter *retsplejelovens* regler. En sådan model vil kunne gennemføres i overensstemmelse med ECN+-direktivets artikel 7.

Hæftelsesansvar for virksomhedssammenslutninger

Med Lovforslagsudkastets §§ 23 a, stk. 2-4 indføres regler om hæftelsesansvar for medlemsvirksomhederne for en bøde pålagt en virksomhedssammenslutning, eksempelvis en brancheforening. Efter stk. 2 kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påbyde en virksomhedssammenslutning, som ikke er solvent, at indkræve en bøde, som er udmålt på grundlag af medlemsvirksomhedernes omsætning, direkte fra medlemsvirksomhederne inden for en nærmere fastsat frist. Hvis ikke bøden betales inden for denne frist, får Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med § 23 a, stk. 3 adgang til at opkræve den resterende del direkte hos "*enhver af de virksomheder, hvis repræsentanter var medlemmer af sammenslutningens besluttende organer, da overtrædelsen blev begået.*" Hvis heller ikke dette sikrer fuld betaling af bøden, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter stk. 4 kræve det udestående bødebeløb betalt "*hos ethvert medlem af sammenslutningen, der var aktiv på det marked, hvor overtrædelsen fandt sted.*" Denne opkrævningsadgang begrænses dog af stk. 4, 2. pkt., hvorefter der ikke kan

ske opkrævning hos medlemsvirksomheder, "der påviser, at de ikke har gennemført sammenslutningens beslutning om en overtrædelse, og som enten ikke har haft kendskab til dennes eksistens eller aktivt har taget afstand fra den, inden undersøgelsen blev indledt."

De foreslåede bestemmelser i § 23 a, stk. 2-4 er en implementering af ECN+-direktivets artikel 14, stk. 3 og 4, og bestemmelserne svarer til Europa-Kommissionens bødepraksis i henhold til Rådsforordning 1/2003, artikel 23, stk. 4. I forhold til de hidtidige danske regler er der dog tale om en betydelig skærpelse, som i den situation, at bøden ikke betales, kan medføre kollektivt ansvar, selv for medlemsvirksomheder, som intet har haft med den konstaterede overtrædelse at gøre. Ydermere medfører reglen i § 23 a, stk. 4, 2. pkt., at det er medlemsvirksomhedernes ansvar at bevise, at den ikke har gennemført beslutningen, og at den enten ikke har haft kendskab til beslutningen eller aktivt tog afstand fra beslutningen. Hermed er der tale om en omvendt bevisbyrde, hvor det pålægges virksomheden at påvise de nævnte forhold, da bøden ellers kan indkræves hos virksomheden.

Dette er efter Advokatrådets opfattelse retssikkerhedsmæssigt betænkeligt. Det er Advokatrådets opfattelse, at en så vidtgående ændring bør begrænses mest mulig, og det foreslås derfor, at ændringen alene indføres i det omfang det er krævet efter ECN+-direktivet. Mindre virksomhedssammenslutninger, som alene har overtrådt konkurrencelovens §§ 6 og 11, men ikke har overtrådt TEUF artikel 101 og 102, bør derfor bødesanktioneres som hidtil, hvor alene virksomhedssammenslutningen / brancheforeningen er forpligtet til at betale bøden, og denne dermed ikke kan indkræves direkte hos medlemmerne, heller ikke i tilfælde af insolvens hos foreningen.

Med venlig hilsen



Andrew Hjuler Crichton
Generalsekretær

Vestre Landsret
Præsidenten



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Sendt pr. mail til hc@kfst.dk og kle@kfst.dk

J.nr. 40A-VL-82-20
Den 30/10-2020

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved brev af 24. september 2020 (sagsnr. KJUR-19/06599-168) anmodet om eventuelle bemærkninger til høring over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (implementering af ECN+-direktivet).

I den anledning skal jeg meddele, at landsretten ikke ønsker at udtale sig om udkastet.

Med venlig hilsen



Helle Bertung

Den 26/10-2020
J.nr. 40A-ØL-80-20
Init: cr

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Sendt pr. mail til lipo@domstolsstyrelsen,
dasi@jm.dk, hc@kfst.dk og kle@kfst.dk

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved brev af 24. september 2020 (Sagsnr. KJUR-19/06599-168) anmodet om eventuelle bemærkninger til høring over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (Civile bøder, strukturelle påbud, interviews, kontrolundersøgelser i private hjem m.v.).

I den anledning skal jeg meddele, at landsretten ikke ønsker at udtale sig om udkastet.

Med venlig hilsen



Carsten Kristian Vollmer



Ellen Busch Forstbo

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Sendt pr. mail: hc@kfst.dk
cc: kle@kfst.dk



**FINANS
DANMARK**

Ændring af konkurrenceloven

Resumé

Lovforslaget har til formål at implementere ECN+-direktivet, der skal styrke de nationale myndigheders muligheder for at håndhæve konkurrencereglerne. Finans Danmark ønsker i det daglige arbejde at medvirke til at fremme den frie konkurrence og en fortsat liberalisering af den finansielle sektor såvel nationalt som internationalt. Vi støtter i forlængelse heraf overordnet, at de nationale myndigheder har mulighed for effektivt at håndhæve konkurrencereguleringen i de enkelte medlemsstater i EU. Den implementering af direktivet, der lægges op til med det foreliggende lovforslag, rummer imidlertid en række principielle problemstillinger, hvorfor vi desværre er betænkelige ved lovforslaget særligt i forhold til retssikkerheden.

Høringssvar

26. oktober 2020
Dok: FIDA-1826564804-690910-v1
Kontakt Jens Kasper Rasmussen

Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (implementering af ECN+-direktivet)

Finans Danmark takker for muligheden for at give bemærkninger til udkast til lovforslag om ændring af konkurrenceloven.

Lovforslaget har til formål at implementere ECN+-direktivet, der skal styrke de nationale myndigheders muligheder for at håndhæve konkurrencereglerne. Finans Danmark ønsker i det daglige arbejde at medvirke til at fremme den frie konkurrence og en fortsat liberalisering af den finansielle sektor såvel nationalt som internationalt. Vi støtter i forlængelse heraf overordnet, at de nationale myndigheder har mulighed for effektivt at håndhæve konkurrencereguleringen i de enkelte medlemsstater i EU. Den implementering af direktivet, der lægges op til med det foreliggende lovforslag, rummer imidlertid en række principielle problemstillinger, hvorfor vi desværre er betænkelige ved lovforslaget særligt i forhold til retssikkerheden.

Høringssvar

26. oktober 2020

Dok. nr.:

FIDA-1826564804-690910-v1

Overimplementering

ECN+-direktivet gælder for sager efter konkurrencereglerne i EUF-traktatens artikel 101 og 102. Med lovforslaget lægges der imidlertid op til, at konkurrencemyndighederne får de samme beføjelser ved nationale overtrædelser af konkurrencelovens §§ 6 og 11 uden samhandelspåvirkning. Henset til at der er tale om en række meget vidtgående beføjelser, herunder indførelse af et civilretligt bødesystem, der ikke er tradition for i dansk ret, bør der være meget tungtvejende grunde til, at man i lovforslaget går videre end direktivets anvendelsesområde. De anførte bemærkninger i lovforslaget om, at det vil kunne have en positiv effekt for erhvervslivet at foretage en sådan overimplementering, synes i den henseende ikke særligt underbyggede.

Vidtgående beføjelser til konkurrencemyndighederne

Som nævnt ovenfor er et særligt vidtgående element i forslaget indførelsen af et civil system for bøder til virksomheder i konkurrencesager til erstatning for det eksisterende strafferetlige system.

De normale retsgarantier, der er forbundet med efterforskning og førelse af sag i strafferetsplejens former, foreslås hermed ændret og i stedet erstattet af efterforskning og førelse af sag om bødestraf i den civile retsplejens former, som ikke er forbundet med samme retsgarantier, som man kender på strafferettens område.



Ved at overlade hele den administrative proces i forbindelse med strafforfølgning i form af bøder til konkurrencemyndighederne og den efterfølgende processuelle retsforfølgelse kan man frygte, at en række retsbeskyttelses- og sikkerhedsmekanismer går tabt. Det gælder blandt andet i forhold til det samspil, der ellers normalt vil være mellem konkurrencemyndighederne og anklagemyndigheden, hvor sidstnævnte er underlagt en særlig objektivitetspligt og har kompetencen til at vurdere, om der er grundlag for at rejse en straffesag. Denne ekstra "kontrol" udgør en vigtig retssikkerhedsgaranti i og med, at anklagemyndigheden har stor ekspertise og er vant til at føre sådanne sager ved retterne, og dertil er en uafhængig instans, der selvstændigt vurderer, om en straffesag i det konkrete tilfælde skal forfølges.

Derudover udvides håndhævelsesmulighederne til blandt andet også at omfatte interviews (uden retskendelse) og kontrolundersøgelser i private hjem. Desuden udvides pligten til aktivt at medvirke til sagens opklaring og svare på spørgsmål betragteligt, idet en række bestemmelser i retssikkerhedsloven sættes ud af kraft. Selvinkrimineringsforbuddet indsnævres hermed til skade for den virksomhed (inklusive medarbejderne i virksomheden), som måtte blive genstand for undersøgelser og lignende fra konkurrencemyndighederne.

Endelig skal det fremhæves, at forslaget lægger op til en fravigelse af det almindelige udgangspunkt om, at bødestraf kræver forsæt eller grov uagtsomhed. Fremadrettet vil bødeansvar således kunne udløses selv ved simpelt uagtsomme overtrædelser, hvilket er meget vidtgående.

Vi vil derfor opfordre til, at der i behandlingen af lovforslaget er et stort fokus på de retssikkerhedsmæssige problemstillinger, der er knyttet til de enkelte elementer i forslaget. Dertil vil vi opfordre til, at man i den danske implementering ikke går længere end nødvendigt i forhold til ECN+-direktivet.

Hæftelsesansvar for overtrædelser begået af tredjeparter

Ud over de ovenfor nævnte principielle problemstillinger er der elementer i lovforslaget, hvor vi ser et behov for større klarhed.

Dette gælder særligt i forhold til lovforslagets bestemmelser, hvorefter en virksomhed vil kunne hæfte for en tredjeparts overtrædelse af konkurrencelovgivningen. Dette vil selvsagt være meget indgribende for den enkelte virksomhed, hvorfor der er behov for klarhed i lovgivningen, så virksomhederne er i stand til på forhånd at vurdere, i hvilke tilfælde/samarbejder der vil være risiko for et hæftelsesansvar.

Høringssvar

26. oktober 2020

Dok. nr.:

FIDA-1826564804-690910-v1



Lovforslagets § 2, nr. 32, indeholder forslag til en ny § 23 a, stk. 1, hvor det foreslås, at en virksomhed inden for en økonomisk enhed er ansvarlig for en anden virksomheds overtrædelser. I lovbemærkningerne gives der som eksempel herpå et moderselskabs hæftelse for datterselskab(er)s overtrædelser. Ligeledes nævnes det, at en erhverver (nyt moderselskab) under visse betingelser kan risikere at hæfte for et erhvervet selskab, uanset at overtrædelsen i datterselskabet ligger før overdragelsen. Men det er uklart, om der vil være andre tilfælde, hvor to forskellige juridiske enheder kan anses som værende en del af samme økonomiske enhed.

Af den nye § 23 a, stk. 2, følger endvidere et solidarisk hæftelsesansvar for medlemmer af virksomhedssammenslutninger for overtrædelser begået i regi af virksomhedssammenslutningen. "Virksomhedssammenslutning" præciseres umiddelbart ikke nærmere i lovforslaget og giver derfor anledning til tvivl. I den finansielle sektor vil det til eksempel være uklart, om bankernes samarbejde i de fælles datacentraler vil være omfattet af en virksomhedssammenslutning.

I og med at hæftelse for en tredjeparts overtrædelser som nævnt er meget indgribende for en virksomhed, er der behov for en mere klar afgrænsning af "økonomisk enhed" og "virksomhedssammenslutning", der sikrer, at begreberne ikke udstrækkes mere end nødvendigt i forhold til det bagvedliggende direktiv.

Finans Danmark står naturligvis til rådighed for yderligere dialog, hvis bemærkningerne ovenfor giver anledning til spørgsmål eller kommentarer.

Med venlig hilsen

Jens Kasper Rasmussen

Direkte: +45 3016 1070

Mail: jkr@fida.dk

Høringssvar

26. oktober 2020

Dok. nr.:

FIDA-1826564804-690910-v1



Den 29. oktober 2020
J.nr. H-1-20

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Pr. mail: hc@kfst.dk med kopi til kle@kfst.dk

Kopi til Domstolsstyrelsen
Pr. mail: lipo@domstolsstyrelsen.dk

Kopi til Justitsministeriet
Pr. mail: dasi@jm.dk

**Høring over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven
(implementering af ECN+-direktivet) (sag KJUR-19/06599-168)**

Sø- og Handelsretten har modtaget Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens høring om ovennævnte af 24. september 2020 via Domstolsstyrelsen pr. mail den 22. oktober 2020 med en svarfrist, som samtidig blev forlænget fra den 22. oktober 2020 til den 5. november 2020.

Sø- og Handelsretten er tidligere blevet hørt over Justitsministeriets udkast til bidrag til samme lovudkast, hvilket skete den 21. august 2020 med svarfrist den 26. august 2020.

Som anført i Sø- og Handelsrettens svar af 25. august 2020 til Justitsministeriet om den tidligere høring kan retten tilslutte sig forslaget om, at de nye konkurrenceretlige sager om civile bøder skal følge de almindeligt gældende regler i retsplejeloven om retternes saglige kompetence, herunder at Sø- og Handelsretten efter retsplejelovens § 225, stk. 2, nr. 5, har kompetence i sager, hvor anvendelsen af konkurrenceloven har væsentlig betydning. Sø- og Handelsretten har således allerede i dag den fornødne saglige kompetence og erfaring inden for konkurrenceretten i rettens dommerpanel og blandt rettens sagkyndige medlemmer.

Sø- og Handelsretten bemærker herudover, at lovudkastet og herunder det nye civile system for bøder til virksomheder i konkurrencesager i alt væsentligt er bestemt af ECN+-direktivet. Sø- og Handelsretten ønsker derfor ikke at kommentere nærmere på indholdet af lovudkastet, men vil dog fremhæve særligt et element i lovudkastet: Den foreslåede bestemmelse i § 25, stk. 3, om, at retten ikke er bundet af parternes påstande om størrelsen af den civile bøde, men også skal kunne idømme højere bøder end påstået, udgør en fravigelse af det grundlæggende forhandlingsprincip i civile sager og er en nyskabelse, som ikke findes i bestemmelserne om civile bøder i hverken markedsføringsloven eller varemærkeloven.

Sø- og Handelsretten finder desuden grund til at bemærke, at indførelsen af de nye lovregler og nye civile bødesager må forventes at have økonomiske konsekvenser for domstolene og navnlig Sø- og Handelsretten, der skal behandle de nye sager i første instans. Bemærkningen på side 144 i lovudkastet om, at "der kan ligeledes være økonomiske konsekvenser for domstolene...", er således ikke dækkende.

Domstolsstyrelsen og Justitsministeriet modtager kopi af dette brev.

Med venlig hilsen



Lotte Wetterling



**Forsikring
& Pension**



Danske Rederier

26. oktober 2020

HSZ/MQF



SMVdanmark

**DANSK
ERHVERV**



Foreningen af
Rådgivende Ingeniører
FRI

**TEKNIQ
ARBEJDSGIVERNE**



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

E-post: hc@kfst.dk og kle@kfst.dk

Høring over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (implementering af ECN+ direktivet)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 24. september 2020 sendt udkast til ændring af konkurrenceloven i høring med høringsfrist den 26. oktober 2020. Det fremgår af udkastet, at lovændringerne vil træde i kraft den 4. februar 2021.

Danske Arkitektvirksomheder, Dansk Erhverv, Danske Rederier, DI, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Forsikring & Pension, Landbrug & Fødevarer, SMVdanmark, TEKNIQ Arbejdsgiverne ("organisationerne") har følgende bemærkninger til høringen.

Erhvervslivet i Danmark støtter op om effektive konkurrenceregler og en effektiv håndhævelse af disse. Det har erhvervslivet en klar egeninteresse i, da erhvervslivet er sin egen største kunde. Organisationerne finder, at den gældende konkurrencelov både indeholder effektive regler og tillige fuldt ud sikrer en effektiv håndhævelse af disse. Erhvervslivet har ligeledes en klar interesse i, at reglerne og håndhævelsen af disse tilgodeser virksomhedernes retssikkerhed. Organisationerne finder imidlertid, at dette ikke er tilfældet, hvis udkastet til lovforslag gennemføres.

Det foreliggende udkast til lovforslag har til formål at implementere Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1 af 11. december 2018 – det såkaldte ECN+ direktiv. Baggrunden for direktivet, som EU-Kommissionen fremsatte forslag om den 22. marts 2017, er, at det fra EU-Kommissionens side vurderes, at det gældende decentrale system for håndhævelse af EU's konkurrenceregler i TEUF art. 101 og art. 102 er mangelfuldt. Det decentrale system, der blev indført i 2003 via forordning 1/2003, både bemyndiger og forpligter de nationale konkurrencemyndigheder i EU til at håndhæve art. 101 og 102 parallelt med EU-Kommissionen i de sager, hvor en aftale eller en adfærd kan påvirke samhandlen mellem medlemslandene.

EU-Kommissionen vurderer, at flere nationale konkurrencemyndigheder i EU ikke har de nødvendige redskaber og systemer til at kunne håndhæve art. 101 og 102 både ensartet og effektivt. Forordning 1/2003 fastsætter således ikke, hvilke håndhævelsesredskaber de nationale konkurrencemyndigheder skal have til rådighed. EU-Kommissionen fremhæver således, at flere konkurrencemyndigheder ikke har effektive beføjelser til at indsamle beviser eller til at pålægge mærkbare bøder. Endvidere er der forskelle i de nationale

ordninger for straflempelse, ligesom nogle myndigheder mangler de nødvendige ressourcer eller ikke er beskyttet imod politisk indblanding i deres afgørelser.

For at løse de ovenfor beskrevne problemer har man fra EU's side – i stedet for at løse problemerne i de lande, hvor disse ganske rigtigt eksisterer – insisteret på at få gennemført et direktiv, som måske nok løser nogle af de omtalte problemer i visse lande, men som til gengæld underminerer meget velfungerende systemer i andre lande – herunder Danmark. Resultatet heraf er, at Danmark nu er nødt til at implementere et yderst problematisk direktiv, som fremadrettet vil forringe danske virksomheders retssikkerhed. Det siger sig selv, at når man implementerer et problematisk direktiv, så bliver implementeringslovgivningen tilsvarende problematisk. Når man så oven i købet vælger at overimplementere et sådant direktiv, så bliver implementeringslovgivningen så meget desto mere problematisk/retssikkerhedsmæssigt betænkelig.

Henset til at direktivet blev vedtaget for knap to år siden og de dermed forbundne meget vidtrækkende konsekvenser, finder organisationerne det meget kritisabelt, at man fra lovgivers side har valgt ikke - som normalt - at nedsætte et lovforberedende udvalg med en bred inddragelse af berørte eksterne interessenter. I stedet har man blot nedsat en tværministeriel arbejdsgruppe samt en snæver sammensat følgegruppe, hvor sidstnævnte kun i et meget beskedent omfang blev inddraget i implementeringsarbejdet.

Implementeringsprocessen sammenholdt med den meget korte høringsfrist finder organisationerne uacceptabel, da det netop er af afgørende betydning i et retssamfund som det danske, at lovgivningen er af høj kvalitet. Organisationerne skal endvidere henlede opmærksomheden på kritikken af implementeringsarbejdet og interessentinddragelsen, som Erhvervslivets EU- og Regelforum rejser i sit anbefalingskatalog fra den 30. september 2020, der er videresendt til Erhvervsministeren.

Organisationerne finder det bekymrende, at der er tale om overimplementering, idet der lægges op til, at også sager om nationale overtrædelser af konkurrencereglerne (konkurrencelovens § 6 og § 11) vil blive behandlet efter samme regler som sager med samhandelspåvirkning (TEUF art. 101 og art. 102). Erhvervslivets EU- og Regelforum bemærker også i sit anbefalingskatalog fra den 30. september 2020, at der er tale om overimplementering.

I afsnit 7.1 i lovudkastet fremføres det, at overimplementeringen kan *"have en positiv konsekvens for erhvervslivet, idet de samme regler vil gælde for danske virksomheder, uanset om samhandelen kan anses for påvirket eller ej"*. Organisationerne finder, at dette argument for overimplementering hverken er validt eller retvisende, hvilket er bekymrende i forhold til Folketingets videre behandling af lovforslaget. Organisationerne kan på danske virksomheders vegne afvise, at der i dette tilfælde samlet set vil være tale om en lettelse for virksomhederne, at de ikke skal forholde sig til to regelsæt. Derimod vil en overimplementering utvivlsomt være bebyrdende for virksomheder, da der udover bødeansvar for simpelt uagtsomme overtrædelser og indførelse af moderselskabsansvar tillige foreslås indført hæftelsesansvar for medlemmer af brancheforeninger, mulighed for udstedelse af strukturelle påbud, lempede forældelsesregler, udvidede muligheder for kontrolundersøgelser, udvidet pligt til fremlæggelse af oplysninger, indførelse af pligt til

deltagelse i interviews, begrænsning af forbuddet mod selvinkriminering og forhøjelse af tvangsbøder.

Organisationerne finder det påfaldende, at lovforslaget, i forhold til punktet vedrørende foreløbige påbud i § 16 b, går videre end direktivet. I henhold til direktivets artikel 11, stk. 1 skal medlemsstaterne sikre, at *”de nationale konkurrencemyndigheder som minimum i hastetilfælde, hvor der er risiko for alvorlig og uoprettelig skade på konkurrencen, og på grundlag af en umiddelbar konstatering af en overtrædelse af artikel 101 eller 102 TEUF, har beføjelse til på eget initiativ at træffe afgørelse om at pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger foreløbige forholdsregler* [vores fremhævnings]”. I forslagets til § 16 b refereres der imidlertid kun til det første af disse to krav ”risiko for alvorlig skade på konkurrencen”, hvorimod det andet krav fra direktivet om ”uoprettelig skade” ikke er medtaget. Organisationer finder det bekymrende, at der på dette punkt lægges op til implementering af artikel 11, stk. 1, der stiller virksomhederne ringere end direktivet.

Organisationerne finder det krænkende, at der tilsyneladende lægges op til, at virksomhedernes beskyttelse i henhold til retssikkerhedsloven sættes ud kraft i forbindelse med implementeringen af direktivet. Organisationerne skal derfor opfordre til, at de retssikkerhedsmæssige konsekvenser for virksomheder analyseres indgående, og at der nøje bliver redegjort for denne analyse i høringsnotatet.

Endvidere finder organisationerne det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at det hidtil gældende tilregnelseskrav om fortsat eller grov uagtsomhed skærpes, idet civile bøder fremover vil kunne pålægges, selvom der kun er tale om simpel uagtsomhed. Ændringen af tilregnelseskravet vil ganske givet medføre, at der i kølvandet på alle afgørelser om overtrædelser af konkurrencereglerne – herunder i sager uden samhandelspåvirkning - vil blive rejst civil retssag med krav om idømmelse af en civil bøde. En yderligere konsekvens af lovudkastet er, at de civile sager for domstolene nu skal føres af samme myndighed, som også har forberedt sagen for Konkurrencerådet. SØIK har ført de strafferetlige sanktionssager for domstolene hidtil, og der har herved været en klar adskillelse mellem konkurrencemyndighedernes behandling af sagen og den strafferetlige håndtering efter objektivitetsprincippet i strafferetsplejen.

Af hensyn til retssikkerheden er det ligeledes vigtigt, at der klart og tydeligt indføres principper i lovforslaget mod, at konkurrencemyndighederne kan foretage såkaldte ”fishing expeditions”, dvs. hvor konkurrencemyndighederne finder og benytter oplysninger, der ligger uden for kontrolundersøgelsens formål, som den er defineret i retskendelsen.

Ifølge direktivets artikel 8 skal nationale konkurrencemyndigheder kunne pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger (dvs. juridiske personer) at stille alle nødvendige oplysninger med henblik på anvendelsen af artikel 101 og 102 til rådighed. Det er i den forbindelse vigtigt at notere sig, at EU-Kommissionen kun har adgang til at idømme juridiske personer bøder for overtrædelser af konkurrencereglerne, hvorimod de danske konkurrencemyndigheder tillige kan sanktionere fysiske personer med bøder samt i grovere tilfælde fængselsstraf. Denne forskel i sanktionskredsen skaber retssikkerhedsmæssige udfordringer i forbindelse med artikel 8, hvilket næppe kan have

været EU-Kommissionens ønske med bestemmelsen. Organisationerne finder det meget problematisk, at fysiske personer fremover kan risikere selvinkriminering og ifalde straf, såfremt de danske konkurrencemyndigheder har pålagt den juridiske person at fremsende oplysninger typisk via henvendelse til virksomhedens direktør, som konkurrencemyndighederne efterfølgende benytter i en straffesag mod selvsamme direktør. Organisationerne skal opfordre til, at denne problemstilling bliver adresseret i det endelige lovforslag.

Retssikkerhedsmæssigt finder organisationerne, at overtrædelser, der har fundet sted før lovens ikrafttrædelse (4. februar 2021), skal behandles efter de regler, der var gældende på tidspunktet for overtrædelserne.

Supplerende bemærkninger

I Kommissionens regi har der siden 1982 været en hearing-officer på konkurrenceområdet, der skal sikre, at berørte virksomheder kan udøve deres processuelle rettigheder på effektiv vis. Det kan undre, at denne sikkerhedsgaranti kun gælder, når EU-Kommissionen behandler sager i henhold til TEUF artikel 101 og 102, men at denne sikkerhedsgaranti ikke tilsvarende gælder, når de nationale konkurrencemyndigheder i stigende grad anvender artikel 101 og 102.

Da ECN+ direktivet netop giver de nationale konkurrencemyndigheder en række skærpede håndhævelsesredskaber i forhold til anvendelse af artikel 101 og 102, skal organisationerne opfordre til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som minimum forpligtes til at oprette en tilsvarende uafhængig hearing-officer funktion, der kan beskytte virksomhedernes proceduremæssige rettigheder og sikre, at alt går rigtigt og retfærdigt til under forløbet af en konkurrencesag. For at sikre løbende politisk fokus på virksomhedernes retssikkerhed i konkurrencesager, bør den udpegede hearing-officer være forpligtet til en gang årligt at sende en redegørelse til Folketinget.

Organisationerne står naturligvis til rådighed, hvis dette høringssvar giver anledning til spørgsmål eller bemærkninger.

Med venlig hilsen

Preben Dahl
Danske Arkitektvirksomheder

Sven Petersen
Dansk Erhverv

Henriette Ingvarsdén
Danske Rederier

Kim Haggren
DI

Ulla Sassarsson
Foreningen af Rådgivende Ingeniører

Claus Tønnesen
Forsikring & Pension

Charlotte Bigum Lynæs
Landbrug & Fødevarer

Jeppe Rosenmeier
SMVdanmark

Jan Eske Schmidt
TEKNIQ Arbejdsgiverne

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Att.: Chefkonsulent Kirsten Levinsen

e-mail: hc@kfst.dk; kle@kfst.dk

Vesterbrogade 32
1630 København V

Telefon 33 43 70 00
mail@danskeadvokater.dk
www.danskeadvokater.dk

Dok.nr. D-2020-066274

Den 26. oktober 2020

Høring vedr. udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven

1. Baggrund

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 24. september 2020 offentliggjort udkast til lovforslag om ændring af konkurrenceloven (herefter "Lovudkastet") med anmodning om eventuelle bemærkninger.

Lovudkastet har til formål at implementere Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv (EU) 2019/1 af 11. december 2018 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked (herefter "ECN+"), der skal styrke de danske konkurrencemyndigheders muligheder for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt.

I forbindelse med udarbejdelsen af Lovudkastet blev der nedsat en følgegruppe med bl.a. deltagelse af Danske Advokater. Lovudkastet har været behandlet i Danske Advokaters fagudvalg for konkurrenceret.

Danske Advokater anser det for kritisabelt, at den nedsatte følgegruppe ikke er blevet hørt løbende i processen med udarbejdelsen af Lovudkastet.

Implementeringen af ECN+ indebærer en række væsentlige ændringer af konkurrenceloven, som får stor betydning for retssikkerheden for de involverede. Det er derfor afgørende, at implementeringen i videst muligt omfang tager højde for grundlæggende danske retstraditioner og de dertil hørende retssikkerhedsmæssige garantier. Det er også af denne årsag beklageligt, at følgegruppen – hvis medlemmer

er praktikere med fokus på netop retssikkerhed – ikke løbende er blevet hørt. Dette er heller ikke i overensstemmelse med den proces, der blev stillet i udsigt i forbindelse med bl.a. udkast til implementeringsplan samt et møde afholdt i september 2019 i følgegruppen. Det forhold, at der – ifølge Danske Advokaters forståelse – har været uenighed blandt de relevante myndigheder om den nærmere implementering af dele af direktivet, kan ikke begrunde, at følgegruppen ikke er blevet hørt om sin holdning til spørgsmålet, og kan endnu mindre begrunde, at følgegruppen ikke løbende er blevet hørt om de mange andre ændringer, som Lovudkastet indebærer, og som er uafhængige af spørgsmålet om implementeringen af ECN+, herunder artikel 13, stk. 1.

Særligt i betragtning af omfanget af Lovudkastet, som er over 400 sider, er det derudover beklageligt, at høringsfristen er på blot fire uger, og hen over uge 42, hvori der erfaringsmæssigt afholdes efterårsferie af mange. Uanset om ovennævnte uenighed blandt de relevante myndigheder om implementeringen af ECN+, herunder artikel 13, stk. 1, skulle have gjort, at det samlede lovudkast ikke kunne sendes i høring tidligere, kan det ikke begrunde, at udkastet til de mange andre ændringer, som er uafhængige af spørgsmålet om implementeringen af ECN+ artikel 13, stk. 1, ikke tidligere blev sendt i høring. I denne forbindelse kan blandt andet nævnes, at Finanstilsynet sidste år valgte at gennemføre høring over forslag til lov om ændring af hvidvaskloven, lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love (Styrkelse af indsatsen mod finansiel kriminalitet) i to dele.

Som følge af den begrænsede tid, der har været til rådighed, har Danske Advokater valgt primært at fokusere på en række af de temaer, som Danske Advokater anser for at give anledning til betænkeligheder eller særlig opmærksomhed. Danske Advokater har dog også som en hjælp til det videre arbejde med lovforslaget anført bemærkninger vedrørende nogle mindre fejl og uhensigtsmæssigheder i Lovudkastet. Høringssvaret kan ikke ses som udtryk for en udtømmende opregning af vores bemærkninger til lovforslaget. Bemærkningerne er angivet i samme rækkefølge som de ændringer, som de knytter sig til, er behandlet i Lovudkastet.

Danske Advokater forstår, at implementeringen af ECN+ nødvendigvis medfører ændringer af konkurrenceloven, og at de danske konkurrencemyndigheder ud fra et forenkling- og håndhævelsessynspunkt ønsker samme processuelle regler for sager, der alene vedrører overtrædelse af de danske konkurrenceregler, som sager, der også vedrører overtrædelsen af EU-konkurrencereglerne. Samtidigt ønsker Danske Advokater at understrege, at man derved gennemfører en meget væsentlig overimplementering. Set i lyset heraf, og idet implementeringen af ECN+ generelt vil indebære væsentlige indskrænkninger i centrale retsgarantier, såsom fravigelsen af retssikkerhedslovens § 10, er det af afgørende betydning, at disse indskrænkninger ikke får et videre omfang end nødvendigt. Som det vil fremgå nedenfor, giver Lovudkastet efter Danske Advokaters opfattelse på en række centrale punkter anledning til ganske betydelige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder – betænkeligheder, der selvsagt forstærkes af den valgte lovgivningsmodel, hvor reglerne (og således også omfanget af de hermed forbundne retssikkerhedsmæssige bekymringer) foreslås et videre anvendelsesområde, end hvad Danmark er forpligtet til efter direktivet.

2. Økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet

Det angives i Lovudkastet, at lovforslaget som sådan ikke indebærer "*hverken økonomiske eller administrative konsekvenser for erhvervslivet*" (Lovudkastet, side 144f.), og at det også gælder specifikt for det forhold, at mange af de af ECN+ nødvendiggjorte ændringer udstrækkes til at gælde for sager uden samhandelspåvirkning (Lovudkastet, side 34 og 145). Herom anføres endda, at dette ligefrem "*kan have en positiv konsekvens for erhvervslivet*" (Lovudkastet, side 145). Under den lovtekniske gennemgang af Lovudkastet, som blev afholdt den 1. oktober 2020, forklarede en repræsentant for myndighederne som svar på et spørgsmål om ovenstående, at bemærkningerne om fraværet af økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet var skrevet ud fra den forudsætning, at virksomheder overholder konkurrencereglerne, og at lovforslaget derfor vurderes ikke at have konsekvenser for virksomheder, der overholder konkurrencereglerne.

Hertil bemærkes *for det første*, at lovforslaget indebærer en række ændringer, der er til skade for virksomheder, der har eller er mistænkt for at have overtrådt konkurrencereglerne, herunder bødeansvar for simpelt uagtsomme overtrædelser, mulighed for strukturelle påbud, lempede forældelsesregler, udvidede muligheder for kontrolundersøgelser, udvidet pligt til fremlæggelse af oplysninger, indførelse af pligt til deltagelse i interviews, begrænsning af forbuddet mod selvinkriminering og forhøjelse af tvangsbøder. For så vidt angår sager med samhandelspåvirkning er dette nødvendiggjort af ECN+, men med henblik på, at politikerne på et oplyst grundlag kan tage stilling til, hvorvidt disse ændringer også skal udstrækkes til at gælde for sager uden samhandelspåvirkning, bør det klart fremgå, at lovforslaget indebærer væsentlige ændringer til skade for virksomheder, der har overtrådt konkurrencereglerne – dvs. også i de tilfælde, hvor dette ikke er en nødvendig følge af implementeringen af ECN+. Alternativt bør det i det mindste præciseres, at bemærkningerne om fraværet af økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet er skrevet ud fra den forudsætning, at virksomheder overholder konkurrencereglerne.

For det andet bemærkes, at en række af ændringerne faktisk også er til skade for virksomheder, der *ikke* har overtrådt konkurrencereglerne. Eksempelvis indebærer den foreslåede nye § 23 a, stk. 1, at et moderselskab kan holdes ansvarligt for et datterselskabs overtrædelse af konkurrencereglerne uden selv at have handlet uagtsomt. Den foreslåede § 23 a, stk. 3, indebærer, at virksomheder, hvis repræsentanter var medlemmer af det ledende organ af en virksomhedssammenslutning, som har overtrådt konkurrencereglerne, kan hæfte for virksomhedssammenslutningens bøde, selv om medlemsvirksomheden ikke selv har gennemført virksomhedssammenslutningens beslutning om overtrædelsen eller overhovedet været bekendt hermed (idet undtagelserne for ansvar i henhold til den foreslåede § 23 a, stk. 4, kun gælder for andre medlemmer af virksomhedssammenslutningen), jf. også afsnit 14 nedenfor. De foreslåede muligheder for foreløbige påbud, herunder strukturelle påbud, udvidede muligheder for kontrolundersøgelser, udvidet pligt til fremlæggelse af oplysninger samt pligt til deltagelse i interviews kan også ramme virksomheder, der ikke har overtrådt konkurrencereglerne, navnlig hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens mistanke mod virksomheden viser sig at være ubegrundet. Det bør på den baggrund klart fremgå, at lovforslaget indebærer ændringer til skade for også virksomheder, som end ikke har overtrådt konkurrencereglerne.

3. Definitionen af et kartel

Begrebet "kartel" har hidtil været forbeholdt særligt alvorlige konkurrencebegrænsende aftaler og samordnet praksis mellem konkurrenter. Eksempelvis angiver Kirsten Levinsen m.fl., Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 261, følgende:

"Et kartel er et samarbejde, som i sig selv og udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen uden, at det på nogen måde medfører fordele for fx forbrugerne. Et kartel vil således aldrig kunne have så positive virkninger, at det i medfør af § 8 vil kunne undtages fra forbuddet i § 6."

Imidlertid defineres et "kartel" i henhold til Lovudkastets § 1, nr. 3, som *"En aftale eller samordnet praksis mellem to eller flere konkurrenter om at samordne deres konkurrencemæssige adfærd på markedet eller påvirke de relevante konkurrenceparametre gennem forskellige former for praksis, f.eks., men ikke udelukkende, fastsættelse eller koordinering af købs- eller salgsspriser eller af andre forretningsbetingelser, herunder i forbindelse med immaterielle rettigheder, tildeling af produktions- eller salgskvoter, markedsdeling og fordeling af kunder, herunder tilbuds-koordinering, import- eller eksportbegrænsninger eller konkurrencebegrænsende foranstaltninger over for andre konkurrenter"* (Lovudkastet, side 2).

Den foreslåede definition er ikke begrænset til den type ulovlige aftaler og samordnet praksis, der hidtil er blevet betegnet som karteller, men omfatter efter sin ordlyd også helt lovlige samarbejder mellem konkurrenter. Det gælder ikke kun sådanne typer af aftaler, som er omtalt i definitionen – eksempelvis tilbudskoordinering – og som måtte findes at opfylde betingelserne for individuel fritagelse. Det gælder også andre former for samarbejde mellem konkurrenter, der som udgangspunkt anses for helt uproblematisk og i mange tilfælde er gruppefritaget, såsom indkøbssamarbejder, forsknings- og udviklingssamarbejder og specialiseringsaftaler, idet disse indebærer en samordning af parternes konkurrencemæssige adfærd på markedet.

Idet den foreslåede definition fremover vil have betydning for, hvilke typer af aftaler og samordnet praksis virksomheder kan søge om bødelempelse for, i medfør af de foreslåede nye bestemmelser § 23 d-i, jf. § 23 d, stk. 1, er det som udgangspunkt i virksomhedernes interesse, at definitionen er så bred som muligt. Danske Advokater anser det imidlertid for problematisk, at der ved brug af en sådan bred definition rejses tvivl om, hvorvidt helt lovlige former for samarbejder mellem konkurrenter fremover skal betragtes og omtales som "karteller".

Det foreslås derfor, at den foreslåede definition udgår, og at den foreslåede § 23 d, stk. 1, i stedet ændres eksempelvis således, at formuleringen *"et kartel"* ændres til *"en aftale eller samordnet praksis mellem konkurrenter"*, og at formuleringen *"kartellet"* ændres til *"den pågældende aftale eller samordnede praksis"*. Danske Advokater er bekendt med, at den foreslåede definition er en ordret gengivelse af definitionen fra ECN+, artikel 2, stk. 1, nr. 11, men det ses ikke at være nødvendigt af hensyn til den korrekte implementering af direktivet, at konkurrenceloven anvender samme brede definition.

Alternativt bør det klart angives i bemærkningerne til definitionen, at den alene har til formål at sikre, at det er muligt for virksomheder at søge om bødelempelse for

enhver aftale eller samordnet praksis mellem konkurrenter, og at definitionen ikke er udtryk for en ændret holdning til, hvilke typer af samarbejder mellem konkurrenter der anses for at være problematiske.

Til støtte for, at den foreslåede definition af et kartel bør udgå, taler endvidere, at det derved kan undgås, at konkurrenceloven fremover vil have to indholdsmæssigt forskellige definitioner af henholdsvis et "kartel" i § 5 b, nr. 6, og en "kartelaftale" i § 23, stk. 4, jf. Lovudkastets § 1, nr. 3, og § 1, nr. 31.

4. Uafhængighed

I henhold til Lovudkastets § 1, nr. 4 og 5, præciseres konkurrencemyndighedernes uafhængighed.

Danske Advokater anser det som positivt, at det understreges, at konkurrencemyndighederne er uafhængige, da der har været en række sager i praksis, hvor der er opstået tvivl om, hvorvidt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt Konkurrencerådet fuldt ud lever op til de forvaltningsretlige habilitetskrav.

5. Strukturelle påbud

I henhold til Lovudkastets § 1, nr. 8-10, udvides Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens muligheder for at udstede påbud til fremadrettet at omfatte også strukturelle påbud.

Strukturelle påbud, såsom påbud om at afhænde aktiver eller aktieposter, er vidtgående og vil ofte virke mere byrdefulde for virksomheder end adfærdsmæssige påbud. Der er således tale om en væsentlig ændring til byrde for virksomhederne.

Retsstillingen for adfærdsmæssige påbud er i dag sådan, at påbud som udgangspunkt skal overholdes fra den dato, hvor de meddeles adressaten, og at påklage ikke har opsættende virkning, jf. § 19, stk. 4. Hvor en klager gør gældende, at et udstedt påbud må tillægges opsættende virkning, idet det vil medføre alvorlige skadevirkninger for klageren at skulle efterkomme påbuddet, indtil ankenævnets afgørelse foreligger, har Konkurrenceankenævnet i den overvejende del af sine kendelser fundet, at der ikke var grundlag for opsættende virkning, jf. Kirsten Levinsen m.fl., Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1201.

Strukturelle påbud kan som nævnt have vidtgående og byrdefulde virkninger for en virksomhed. Det er som udgangspunkt i typetilfældet meget vanskeligt – eller endog umuligt – at "tilbagerulle" virkningerne i tilfælde af underkendelse af påbuddet fra ankenævnet. Der er med andre ord væsentlig større risiko for, at et strukturelt påbud kan have en utilsigtet slagside og få en negativ indvirkning på markedet, der reelt vil være uoprettelig. Af denne grund bør udgangspunktet for strukturelle påbud derfor omvendt være, at disse skal tillægges opsættende virkning, indtil der foreligger en retskraftig og endelig afgørelse. Det gælder særligt under hensyn til, at Lovudkastet lægger op til, at foreløbige påbud, jf. nedenfor, også fremover skal kunne pålægges, blot der foreligger "*risiko for alvorlig skade på konkurrencen*", og ikke kun – som i henhold til EU-retten – hvis der foreligger "*risiko for alvorlig og uoprettelig skade på konkurrencen*" (vores understregning) (Lovudkastet, side 180, sidste afsnit).

Det foreslås på den baggrund, at det i bemærkningerne til § 16 anføres, at klage over afgørelser om strukturelle påbud automatisk tillægges opsættende virkning.

6. Foreløbige påbud

I henhold til Lovudkastets § 1, nr. 15, indsættes en ny bestemmelse som § 16 b, der giver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beføjelse til at pålægge foreløbige påbud.

Det har hidtil været muligt at pålægge foreløbige påbud efter konkurrencelovens § 18 b, men bestemmelsen har, så vidt Danske Advokater er bekendt, endnu ikke været bragt i anvendelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ligesom Kommissionen også generelt har været yderst tilbageholdende med at udnytte sin tilsvarende hjemmel.

En blandt flere årsager hertil er formentlig, at en afgørelse om et foreløbigt påbud ifølge den nugældende § 18 b skal stadfæstes af Konkurrenceankenævnet, jf. stk. 2, før den kan få effekt. Konsekvensen heraf er, at processen har været meget tung, hvilket i praksis kan have virket som en barriere i forhold til at få Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at anvende instrumentet.

Ifølge den foreslåede § 16 b skal en afgørelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om et foreløbigt påbud ikke stadfæstes af Konkurrenceankenævnet for at træde i kraft. I stedet er fastsat en hurtig procedure for anke af et foreløbigt påbud, jf. Lovudkastets § 1, nr. 27.

Den foreslåede ændring må alt andet lige antages at indebære, at foreløbige påbud i højere grad fremadrettet vil kunne bringes i anvendelse. Danske Advokater anser som udgangspunkt dette for positivt, idet foreløbige påbud kan være et væsentligt instrument til hurtigt at standse en virksomheds overtrædelser af konkurrencereglerne, der medfører alvorlig skade for konkurrerende virksomheder, hvis ikke der foretages et hurtigt indgreb. Det vil således være gavnligt med et velfungerende administrativt system til foreløbige påbud ved siden af det civilprocesretlige system.

Danske Advokater bemærker dog, at det i bemærkningerne til § 16 b fremgår, at den nye hjemmel til at udstede strukturelle påbud i § 16, stk. 1 også kan udnyttes inden for rammerne af muligheden for udstedelse af foreløbige påbud afhængig af, om en afgørelse herom vil stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen.

Det vil være højst betænkeligt at anvende strukturelle, foreløbige påbud. Det er endvidere Danske Advokaters opfattelse, at en sådan model ikke følger af ECN+ (artikel 10-11), hvorfor der er tale om en unødigt overimplementering. Henset til strukturelle påbuds indgribende, og i nogle tilfælde uoprettelige, karakter, er det Danske Advokaters opfattelse, at strukturelle påbud ikke bør kunne pålægges foreløbigt. Den foreløbige karakter vil herved reelt gå tabt, idet der gennem et strukturelt påbud påføres permanente ændringer på markedet, frem for "kun" at foretage foranstaltninger af "*sikrende karakter*", jf. EU-Domstolens kendelse i sag 792/79 R, Camera Care. Det bemærkes endvidere, at Kommissionen, Danske Advokater bekendt, da heller aldrig har anvendt Rådsforordning 1/2003 i en sådan retning.

7. Oplysningspligt

I henhold til Lovudkastets § 1, nr. 16 og 17, ændres konkurrencelovens § 17, stk. 1, om indhentelse af oplysninger.

Om bemærkninger til oplysningspligten set i sammenhæng med Lovudkastet § 1, nr. 20, vedrørende retssikkerhedslovens § 10, henvises til afsnit 9 nedenfor.

I bemærkningerne til § 17 fremgår, at pligten til at udlevere oplysninger, ”*som den pågældende har adgang til*”, f.eks. vil indebære, at et moderselskab kan være forpligtet til at indhente oplysninger fra et datterselskab. Dette er i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis.

Det fremgår imidlertid endvidere, at ”*Hvis oplysningskravet rettes mod et datterselskab, vil det ligeledes kunne være forpligtet til at indhente oplysninger fra moderselskabet uanset dettes beliggenhed*” (Lovudkastet, side 184). Der er Danske Advokater bekendt ikke nogen støtte i EU-Domstolens praksis for, at et datterselskab kan forpligtes til at indhente oplysninger fra et moderselskab, og der ses heller ikke at være noget grundlag for at mene, at et datterselskab altid kan anses for at have adgang til oplysninger hos et moderselskab. Det vil kun være tilfældet under særlige omstændigheder, eksempelvis hvis der foreligger en aftale mellem datterselskabet og moderselskabet om datterselskabets adgang til oplysninger hos moderselskabet. Særligt under hensyn til, at manglende opfyldelse af anmodninger om oplysninger fremover både kan medføre tvangsbøder og bøder, jf. de foreslåede nye § 22, stk. 1, nr. 1, og § 23, stk. 1, nr. 8, forekommer en ubetinget forpligtelse for datterselskaber til at fremlægge oplysninger, som alene besiddes af et moderselskab, at være retssikkerhedsmæssigt stærkt problematisk. Det foreslås derfor, at det præciseres, at et datterselskab ikke uden videre kan anses for at være i besiddelse af – og derfor i medfør af § 17 være forpligtet til at fremlægge – oplysninger hos et moderselskab.

I tillæg til ovenstående præciseres det i § 17, stk. 1, at ”*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens krav om oplysninger skal stå i et rimeligt forhold til formålet*”. Det uddybes ikke i bemærkningerne, hvad der skal forstås ved et ”*rimeligt forhold*”, idet det blot anføres, at ”*der kan stilles krav om oplysninger fra en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning, hvis kravet står i et rimeligt forhold til behovet for de pågældende oplysninger*” (Lovudkastet, side 61), og at ”*der kan stilles krav til en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning, der står i et rimeligt forhold til undersøgelsens behov*” (Lovudkastet, side 185). Ifølge Danske Advokaters opfattelse har der i løbet af de senere år været eksempler på, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i henhold til konkurrencelovens § 17 har sendt anmodninger om oplysninger til virksomheder – både i konkurrenceundersøgelser og i sektorundersøgelser, hvor de adspurgte ikke er mistænkt for at have overtrådt konkurrencereglerne – som det ville kræve meget store ressourcer at besvare. På denne baggrund foreslås det, at det i bemærkningerne præciseres, under hvilke omstændigheder en anmodning anses for at stå i et rimeligt forhold til formålet. Det vil gøre virksomheder i stand til at gøre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opmærksom herpå, hvis en anmodning om oplysninger ikke måtte stå i et rimeligt forhold til formålet, eksempelvis fordi besvarelse af anmodningen måtte kræve et langt større arbejde end forudsat af styrelsen.

Det bemærkes yderligere, at i henhold til Lovudkastets § 1, nr. 18, indsættes et nyt stykke til § 17, hvorefter personkredsen, som er omfattet af oplysningspligten, specificeres. Det følger af Lovudkastets punkt 2.6.1.1., at den nugældende bestemmelse indeholder hjemmel til, at der kan indhentes oplysninger fra offentlige og private virksomheder, sammenslutninger og offentlige myndigheder, jf.

Folketingstidende 1996-97, tillæg A, side 3674, og at en fysisk person efter gældende praksis også er omfattet af oplysningspligten. Det fremgår herefter i afsnit 2.6.2., at det foreslås udtrykkeligt angivet, at oplysningspligten påhviler en virksomhed, en virksomhedssammenslutning samt enhver anden juridisk eller fysisk person. Offentlige myndigheder er ikke nævnt i det nye stykke, på trods af at offentlige myndigheder er omfattet af oplysningspligten efter den nugældende bestemmelse. Selvom offentlige myndigheder i nogle henseender kan opfattes som juridiske personer, kan den foreslåede formulering give anledning til tvivl. Idet formålet med bestemmelsen er udtrykkeligt at angive personkredsen, som er omfattet af oplysningspligten, foreslås det derfor, at Lovudkastets § 1, nr. 18, ændres til at nævne også offentlige myndigheder.

8. Kontrolbesøg

Efter de gældende regler kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretage kontrolundersøgelser (dawn raids) i virksomheders lokaler efter indhentelse af en retskendelse, mens SØIK har mulighed for at foretage ransagninger i private hjem efter retsplejelovens regler. Hvis der foreligger en rimelig grund til mistanke om et strafbart forhold, kan styrelsen ikke foretage en kontrolundersøgelse, men skal i stedet oversende sagen til SØIK jf. retssikkerhedslovens § 9, og SØIK kan herefter foretage en ransagning hos virksomheden efter retsplejelovens regler.

Med Lovudkastets § 1, nr. 24, foreslås en ny bestemmelse indsat som § 18 a, der udvider Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens adgang til at foretage kontrolundersøgelser, således at der også kan foretage kontrolundersøgelser i private hjem efter indhentelse af en retskendelse. Dette er påkrævet efter ECN+ artikel 7. Det fremgår desuden af Lovudkastets § 1, nr. 21, om den foreslåede § 18, stk. 1, at selv hvor der foreligger en rimelig grund til mistanke om et strafbart forhold, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretage en kontrolundersøgelse hos en virksomhed. Retssikkerhedslovens § 9 vil derfor ikke fremover gælde for styrelsens kontrolundersøgelser hos virksomheder. Retssikkerhedslovens § 9 skal dog gælde ved kontrolundersøgelse i private hjem, og i dette tilfælde vil styrelsen således skulle afstå fra at foretage en kontrolundersøgelse, hvis der foreligger en rimelig grund til mistanke om et strafbart forhold, da det i dette tilfælde (fortsat) vil være SØIK, som skal foretage en ransagelse efter retsplejelovens regler.

Danske Advokater bemærker, at med disse ændringer er det fremover afgørende, at domstolene foretager en indgående realitetsprøvelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodninger om retskendelse til at foretage kontrolundersøgelser, da der ikke senere vil komme en anmodning om ransagning fra SØIK efter straffeprocessens rammer, ligesom det er tilfældet under den nugældende retsstilling. Der bør desuden indføres faste regler for, hvordan undersøgelsens genstand skal afgrænses, således at der ikke kan forekomme "fiskeekspeditioner", hvor undersøgelsen starter ét sted, men ender et andet. I dag er styrelsens formulering af undersøgelsesbeslutninger i praksis så brede, at det oftest ikke er muligt at fastlægge fra undersøgelsens start, hvad der reelt kan omfattes af denne, hvilket ofte giver anledning til praktiske og retssikkerhedsmæssige udfordringer.

Det skal erindres, at formålet med kontrolundersøgelsen i de situationer, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan foretage kontrolundersøgelse i private hjem, er at bevise virksomhedens overtrædelse. Hvis formålet er at bevise personens

medvirken til virksomhedens overtrædelse, kan styrelsen ikke foretage kontrolundersøgelsen, da den så forsat skal foretages som en ransagning af SØIK efter retsplejelovens regler. Dette giver unægtelig anledning til vanskelige situationer for styrelsen i fremtiden, og det anføres også i Lovudkastet, s. 205, at styrelsen "*med henblik på at sikre en mistænkt fysisk persons retsstilling bedst muligt i praksis så vidt muligt koordinere en kontrolundersøgelse i vedkommendes private hjem m.v. med Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og international Kriminalitet*". Det angives herefter, at undersøgelsen bør gennemføres af SØIK efter retsplejelovens regler, men såfremt SØIK "*ikke ønsker eller har mulighed for at gennemføre en ransagning hos den pågældende, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen dog under alle omstændigheder have mulighed for at gennemføre en kontrolundersøgelse hos den mistænkte fysiske person, hvis betingelserne i den foreslåede bestemmelse er opfyldt*".

Danske Advokater anbefaler som en mulig løsning herpå, at det bør fremgå direkte af loven, at styrelsen ved et ønske om kontrolundersøgelse i et privat hjem skal anmode SØIK om at indhente en retskendelse efter retsplejelovens regler om ransagning. Kun hvor domstolene nægter en sådan, kan styrelsen selv anmode om at foretage en kontrolundersøgelse direkte efter den foreslåede hjemmel i konkurrenceloven, dog mod en sædvanlig domstolsprøvelse af en sådan anmodning, hvor styrelsen altså vil skulle sandsynliggøre behovet og rimeligheden i et sådant indgribende retsskridt. Dette vil sikre, at SØIK faktisk inddrages, og – såfremt der er en mulig mistanke mod fysiske personer – at ransagningen vil blive foretaget af SØIK og efter retsplejelovens regler. En sådan model ses ikke at være i strid med ECN+ artikel 7.

9. Retssikkerhedslovens § 10

I henhold til Lovudkastets § 1, nr. 20-24, får Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en række yderligere undersøgelsesbeføjelser. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal bl.a. kunne indkalde repræsentanter for en virksomhed og fysiske personer til interviews, jf. § 17 a, kunne afkræve mundtlige forklaringer fra virksomheders repræsentanter og ansatte under kontrolundersøgelser, jf. § 18, stk. 1, 3. pkt., og kunne gennemføre kontrolundersøgelser i private hjem, jf. § 18 a.

Samtidigt foreslås indsat en ny bestemmelse som § 17 b, hvorefter retssikkerhedslovens § 10 (det danske forbud mod selvinkriminering) ikke skal finde anvendelse på krav til virksomheder eller virksomhedssammenslutninger om oplysninger efter konkurrencelovens § 17, § 17 a eller § 18, stk. 1.

Ifølge Lovudkastets almindelige bemærkninger pkt. 2.7.2., skyldes denne ændring, at det efter ECN+ ikke er muligt at operere med en højere grad af beskyttelse mod selvinkriminering i national procesret, end den, der følger af EU-retten, da dette vil kunne hindre den effektive håndhævelse af EU-konkurrencereglerne. Det er dog uomtvisteligt en forudsætning, at den EU-retlige beskyttelse mod selvinkriminering forsat skal finde anvendelse, både i den situation, hvor en person udtaler sig på egne vegne, og i den situation, hvor personen udtaler sig på en virksomheds vegne.

Den foreslåede ordning vil forringe såvel virksomheders som fysiske personers retssikkerhed væsentligt i forhold til, hvad der i dag gælder efter dansk ret. En fravigelse af retssikkerhedslovens § 10 vil medføre, at virksomheder og fysiske personer ikke længere kan nægte at udtale sig om faktuelle forhold, hvor der foreligger en konkret mistanke om en overtrædelse. De er derved tvunget til at

medvirke til at oplyse en sag, der potentielt kan resultere i en bøde eller, for fysiske personers vedkommende, fængselsstraf i op til 6 år. Dette skaber en uhensigtsmæssig sammenblanding mellem den situation, hvor en person udtaler sig på egne vegne, og den situation, hvor personen udtaler sig på vegne af virksomheden. Dette selvom den foreslåede § 17 b alene gælder for virksomheder og virksomhedssammenslutninger.

Som eksempel kan forestilles en situation, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afkræver oplysninger fra direktøren i den virksomhed, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen konkret mistænker for at have begået en overtrædelse af konkurrencereglerne, jf. den foreslåede § 17. I dette tilfælde vil direktøren – i strid med sine grundlæggende rettigheder, også efter EU-retten – reelt have mistet retten til ikke aktivt at bidrage med belastende faktuelle oplysninger, der ultimativt kan give anledning til, at SØIK indleder en personlig straffesag mod den pågældende.

Retssikkerhedslovens § 10 gælder fortsat for fysiske personer, når der er en konkret mistanke om den fysiske persons medvirken til en overtrædelse af konkurrencereglerne, men denne beskyttelse udhules væsentligt i tilfælde som det ovenfor beskrevne.

Det fremgår i bemærkningerne i relation til den foreslåede § 18, stk. 1, 3. pkt., om beføjelsen til at afkræve mundtlige forklaringer fra virksomheders repræsentanter eller ansatte, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen så vidt muligt vil forsøge at undlade at stille spørgsmål til en person under personlig mistanke, og i stedet vil stille spørgsmål til andre ansatte, som ikke er under mistanke. Dette løser dog ikke det retssikkerhedsmæssige problem i, at fysiske personer kan risikere fængsel i op til 6 år uden at være beskyttet af retssikkerhedslovens § 10. Det i bemærkningerne opstillede eksempel gælder da også kun, hvor den mistænkte ikke er den eneste, som kan svare på styrelsens spørgsmål.

Danske Advokater opfordrer til, at ovenstående retssikkerhedsmæssige problem anerkendes og løses, eksempelvis ved at indsætte en regel om, at oplysninger om en virksomhed, der er opnået efter §§ 17, 17 a eller 18, stk. 1, ikke må anvendes i en eventuel senere straffesag mod en fysisk person tilknyttet virksomheden. En sådan regel vil ikke være i strid med ECN+ og vil sikre, at grundlæggende danske retssikkerhedsprincipper ikke begrænses mere end nødvendigt.

I det hele taget efterspørger Danske Advokater retningslinjer for, hvorledes et tilstrækkeligt niveau af retssikkerhed påtænkes sikret for fysiske personer og virksomheder i lyset af § 17 b sammenholdt med §§ 17, 17 a og 18, stk. 1. Principperne for sådanne retningslinjer bør fastlægges i lovforarbejderne, således at loven ikke bliver vedtaget uden behørig overvejelser herom.

10. Påklage til Konkurrenceankenævnet

I de specifikke bemærkninger til Lovudkastets § 1, nr. 25, angives det, at "*Det understreges, at det er afgørelser, der anvender EUF-Traktatens artikel 101 eller 102 alene eller sammen med § 6 eller § 11, der kan påklages; det er ikke et synspunkt om, at samhandelen ikke kan anses for påvirket, der kan påklages*" (vores understregning) (Lovudkastet, side 213). Hensigten med det understregede er antageligt at tilkendegive, at det ikke er muligt særskilt af påklage en delkonklusion/præmis i en afgørelse fra Konkurrencerådet eller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i øvrigt om, at der ikke er samhandelspåvirkning. Dette synes dog

ikke at kunne betragtes som et "synspunkt", og formuleringen er i øvrigt uklar. Det foreslås derfor, at det understregede i citatet præciseres.

11. Tvangsbøder

I henhold til Lovudkastets § 1, nr. 30, foreslås konkurrencelovens § 22 om tvangsbøder ændret, hvorefter adgangen til at pålægge tvangsbøder udvides.

I den foreslåede § 22, stk. 3, fremgår, hvordan størrelsen af en tvangsbøde til en virksomhed skal beregnes. I overensstemmelse med art. 16 i ECN+ skal størrelsen fastsættes i forhold til en virksomheds gennemsnitlige samlede daglige omsætning på verdensplan i det foregående regnskabsår og beregnes fra den dato, der er angivet i beslutningen om at pålægge tvangsbøder.

Det bemærkes for det første, at den foreslåede bestemmelse tillige bør fastsætte et maksimum for tvangsbøder i lighed med Kommissionens beføjelse til at fastsætte tvangsbøder efter art. 24 i rådsforordning 1/2003, hvorefter Kommissionen kan pålægge tvangsbøder på maksimalt 5 pct. af den gennemsnitlige daglige omsætning i det forudgående regnskabsår. Af hensyn til virksomheders mulighed for at forudsige deres eventuelle eksponering over for konkurrencereglerne, forekommer det gavnligt at fastsætte en maksimumgrænse for tvangsbøder. Der ses ikke at være hindringer i art. 16 i ECN+ for at fastsætte en sådan maksimalbegrænsning.

For det andet bemærkes, at den foreslåede bestemmelse ikke ses at fastsætte en fremgangsmåde for, hvordan tvangsbøder til fysiske personer skal beregnes. Af hensyn til forudsigelighed kan det derfor overvejes at fastlægge kriterierne, som en tvangsbøde til en fysisk person vil skulle fastsættes på baggrund af, og/eller at give vejledning om fastsættelsen af tvangsbøder til fysiske personer i bemærkningerne.

12. Lempelse af krav til beviser og tilregnelser

I henhold til Lovudkastets § 1, nr. 31, foreslås straffebestemmelsen i § 23 ændret, så der i fremtiden kan pålægges bøder, hvis virksomheder har handlet "*forsætligt eller uagtsomt*", og dermed kan også "simpel uagtsomhed" medføre, at virksomheder pålægges bøder.

Efter de hidtidige danske regler kræves, at virksomheder har handlet "*forsætligt eller groft uagtsomt*", for at der kan pålægges bøder. Det fremgår af ECN+, at begreberne "uagtsomhed" og "forsæt" ikke skal tolkes i overensstemmelse med strafferetlig praksis, og at det også skal være muligt at pålægge virksomheder bøder for overtrædelser begået ved "simpel uagtsomhed". Ikke desto mindre er der tale om en væsentlig ændring af de gældende regler.

Sammenholdes dette lempede tilregnelserkrav med den lempede bevisbyrde, der vil gælde for retssager efter den borgerlige retsplejes former, fremfor straffesager (jf. Lovudkastets almindelige bemærkninger, afsnit 2.20.2.1), er virkningen en betydelig udvidelse af det område, inden for hvilket virksomheder kan bødesanktioneres for overtrædelser af konkurrencereglerne.

Når sagerne i fremtiden skal føres efter reglerne for den borgerlige retspleje, jf. afsnit 20 nedenfor, vil det skærpede beviskrav, som det hidtil har påhvilet SØIK at løfte som led i straffesagen, blive afløst af den ligefremme bevisbyrde, der gælder i civile sager. Det angives direkte i Lovudkastet, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i

fremtiden vil kunne løfte bevisbyrden ved "*indicier, forudsat at de er objektive og samstemmende*", og at det herefter vil påhvile virksomheden "*ikke alene at fremlægge et sandsynligt alternativ til modpartens opfattelse, men tillige at påvise, at de anvendte beviser er utilstrækkelige til at bevise overtrædelsen af konkurrencereglerne. Når modparten lægger direkte beviselementer til grund, tilkommer det virksomheden at godtgøre, at de påberåbte beviselementer er utilstrækkelige. En sådan vending af bevisbyrden tilsidesætter ikke princippet om uskyldsformodning*" (Lovudkastets almindelige bemærkninger, pkt. 7.3).

Det forhold, at graden af tilregnelser for virksomheders ansvar lempes fra "grov uagtsomhed" til "simpel uagtsomhed", samtidig med at kravene til beviserne for en overtrædelse lempes, indebærer efter Danske Advokaters opfattelse en betydelig udvidelse af handlinger, der kan medføre bøder i fremtiden. Fremover vil således kun tilfælde, hvor virksomhedens handlinger kan karakteriseres som hændelige, være undtaget straffebestemmelsen. Det er uklart, hvor grænsen for denne udvidelse vil blive trukket i praksis, hvilket ud fra et retssikkerhedsmæssigt perspektiv er stærkt betænkeligt og vanskeligt foreneligt med et grundlæggende princip om tydelig afgrænsning af de sanktionerede handlinger/undladelser, således at fysiske og juridiske personer i videst muligt omfang kan forudberegne deres retsstilling. Danske Advokater efterspørger derfor retningslinjer for den nærmere afgrænsning af tilfælde, som vil falde under den foreslåede § 23 og tilfælde, som ikke vil falde under § 23.

13. Bødeansvar for koncernforbundne selskabers overtrædelser

Med Lovudkastets § 1, nr. 32, foreslås indsættelse af en ny konkurrencelovens § 23 a, stk. 1, hvorefter det gælder, at "*Inden for en økonomisk enhed er en virksomhed ansvarlig for en anden virksomheds overtrædelser af § 6, § 11 eller EUF-Traktatens artikel 101 eller 102*".

Bestemmelsen har til formål at implementere ECN+ artikel 13(5), i henhold til hvilken "*Medlemsstaterne sikrer, at virksomhedsbegrebet anvendes i forbindelse med pålæggelse af bøder til modervirksomheder og retlige og økonomiske efterfølgere til virksomheder*", og både de generelle og specifikke bemærkninger til forslaget giver indtryk af, at bestemmelsen også er tiltænkt at håndtere netop bødeansvar for (i) moderselskaber og (ii) retlige og økonomiske efterfølgere.

Sådan som bestemmelsen er formuleret, vil den imidlertid også gøre det muligt at pålægge et *datterselskab* ansvar for en overtrædelse af konkurrencereglerne begået af et *moderselskab*, der har udøvet bestemmende indflydelse over datterselskabet, idet datterselskabet udgør "*en virksomhed*" og moderselskabet "*en anden virksomhed*", der er "*Inden for en økonomisk enhed*". Selvom dette antageligt ikke har været tiltænkt, og heller ikke har nogen udtrykkelig støtte i bemærkningerne, er fortolkningen heller ikke udelukket af bemærkningerne. Således angiver Lovudkastet på side 215, at "*Virkningen af den foreslåede bestemmelse vil være, at hvis der foreligger en økonomisk enhed, vil f.eks. et moderselskab under visse betingelser kunne gøres ansvarlig for et datterselskabs overtrædelse af § 6, § 11 eller EUF-Traktatens artikel 101 eller 102*" (vores understregning). Det foreslås, at ordlyden af den foreslåede bestemmelse samt bemærkningerne hertil korrigeres, så det gøres klart, at det i henhold til EU-Domstolens praksis alene er moderselskaber, der kan holdes ansvarlige for datterselskaber, og ikke omvendt.

I bemærkningerne til den foreslåede bestemmelse (Lovudkastet, side 253) angives endvidere følgende:

"Indledningsvis understreges det, at hvis aktierne i et aktieselskab sælges, sker der alene ændringer i selskabets ejerkreds, og spørgsmålet om succession opstår ikke i et sådant tilfælde. Den pågældende virksomhed med den nye ejerkreds vil fortsat være ansvarlig for en overtrædelse af konkurrencereglerne begået før aktiesalget.

[...]

Sker der derimod et helt eller delvist frasalg af en virksomheds aktiviteter, efter at den har overtrådt konkurrencereglerne, vil erhververen af aktiviteterne som hovedregel ikke indtræde i ansvaret for overtrædelsen, der forbliver hos den virksomhed, der begik overtrædelsen, dvs. sælgeren. Eksisterer den juridiske person, der har begået en overtrædelse af konkurrencereglerne, stadigvæk, vil afgørelsen fortsat kunne rettes til denne. Hvis det selskab, der har begået en overtrædelse, senere opkøbes af et andet selskab, er udgangspunktet således, at det opkøbende selskab (det nye moderselskab) ikke vil kunne gøres ansvarlig for overtrædelser begået inden overdragelsen. Her vil et eventuelt moderselskabsansvar kun kunne påhvile den fysiske eller juridiske person, der ledte selskabet på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået, jf. EU-Domstolens dom af 16. november 2000 i sag C-279/98, Cascades, præmis 78. Det betyder, at den nye køber (det nye moderselskab) som udgangspunkt ikke vil ifalde ansvar."

Hertil bemærkes for det første, at bemærkningerne i andet afsnit citeret ovenfor synes at blande sammen på spørgsmålet om ansvar i tilfælde af køb af aktier i et selskab, hvilket er håndteret i det første afsnit citeret ovenfor, og spørgsmålet om ansvar i tilfælde af køb af en virksomheds aktiviteter (succession). Nærmere bestemt synes den del af afsnittet, der starter med *"Hvis det selskab, der har begået overtrædelsen, senere opkøbes af et andet selskab..."*, rettelig at høre til spørgsmålet om ansvar i tilfælde af køb af aktier. For at undgå misforståelser foreslås det derfor, at bemærkningerne på dette punkt korrigeres.

For det andet bemærkes, at det citerede udsagn om, at *"Den pågældende virksomhed med den nye ejerkreds vil fortsat være ansvarlig for en overtrædelse af konkurrencereglerne begået før aktiesalget"*, kan misforstås således, at også den nye ejerkreds – der jo sammen med det ejede selskab vil anses for udgøre én økonomisk enhed og dermed én samlet virksomhed i konkurrenceretlig forstand – kan holdes ansvarlig for overtrædelsen begået af det selskab, hvis aktier er blevet solgt. Dette har ikke støtte i EU-Domstolens praksis. Det foreslås derfor, at bemærkningerne også på dette punkt korrigeres.

For det tredje er det ifølge Danske Advokaters opfattelse ukorrekt, når det i det andet afsnit citeret ovenfor gives udtryk for, at det i situationer, hvor den juridiske person, der har begået en overtrædelse af konkurrencereglerne, stadigvæk eksisterer, kun er *udgangspunktet*, at en ny køber af selskabets aktier ikke kan holdes ansvarlig for overtrædelsen. Bortset fra den situation, at et selskab, der har deltaget i en overtrædelse, er ophørt med at eksistere, eksempelvis som følge af en lodret fusion med det nye moderselskab, eller fordi selskabet er blevet opløst i forbindelse med, at dets aktiviteter er blevet overført til og videreført af det nye moderselskab, i hvilke tilfælde det nye moderselskab i henhold til praksis kan ifalde ansvar som følge af succession, er der ifølge EU-Domstolens intet grundlag for at holde et moderselskab ansvarlig for en overtrædelse begået af et datterselskab inden moderselskabets køb af

datterselskabet. Det foreslås derfor, at bemærkningerne også på dette punkt korrigeres.

I bemærkningerne til den foreslåede bestemmelse (Lovudkastet, side 254) angives endvidere følgende:

"Hvis den virksomhed, der begik overtrædelsen, er ophørt med at eksistere, inden der træffes afgørelse, vil den fysiske eller juridiske person, som måtte have overtaget ansvaret for virksomhedens drift, indtræde i ansvaret, jf. Domstolens dom af 8. juli 1999 i sag C-49/92 P, Anic, præmis 145ff. Det vil for eksempel være tilfældet, hvis en virksomhed har solgt sin produktion af et bestemt produkt til en anden virksomhed og efterfølgende er blevet opløst. Her vil den virksomhed, der reelt har overtaget driften og fortsat virksomheden, kunne gøres ansvarlig for overtrædelsen, hvis der er en økonomisk og funktionel kontinuitet mellem de to virksomheder." (vores understregning)

Hertil bemærkes for det første, at det i citatet understregede udsagn ikke har støtte i den angivne dom. Det eneste af relevans for ovenstående spørgsmål, som fremgår af de relevante præmisser i dommen, er således det forhold, som fastslået af EU-Domstolen, at "kriteriet om »økonomisk succession« kun kan finde anvendelse, hvis den juridiske person, der var ansvarlig for virksomhedens drift, er ophørt med at eksistere i retlig forstand, efter at overtrædelsen er blevet begået". Det foreslås derfor, at bemærkningerne også på dette punkt korrigeres.

For det andet bemærkes, at det i henhold til praksis ikke er tilstrækkeligt, for at en erhverver af samtlige eller en del af aktiviteterne fra en virksomhed, der har overtrådt konkurrencereglerne, kan ifalde ansvar for overtrædelsen, at den virksomhed, der begik overtrædelsen, er ophørt med at eksistere. Der skal være tale om, at erhververen er den retlige og økonomiske efterfølger til virksomheden. Det er ikke nødvendigvis opfyldt, blot fordi der er sket et salg produktionsfaciliteter, således som det citerede kan give indtryk af. Det foreslås derfor, at bemærkningerne på dette punkt præciseres.

14. Hæftelsesansvar for medlemmer af virksomhedssammenslutninger

Med Lovudkastets § 1, nr. 32, foreslås indsættelse af nye bestemmelser i konkurrencelovens § 23 a, stk. 2-4, hvorefter (i) en insolvent virksomhedssammenslutning, der er pålagt en bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne, kan pålægges inden for en af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastsat frist at indkalde bidrag fra sine medlemmer til betaling af bøden, (ii) at styrelsen efter fristens udløb kan opkræve restbeløbet direkte hos enhver af de virksomheder, hvis repræsentanter var medlemmer af virksomhedssammenslutningens besluttende organer, da overtrædelsen blev begået, og (iii) at styrelsen også, hvor det er nødvendigt for at sikre fuld betaling af bøden, kan kræve betaling af udestående bødebeløb hos ethvert medlem af virksomhedssammenslutningen, der var aktiv på det marked, hvor overtrædelsen fandt sted, medmindre medlemmet påviser, at det ikke har gennemført virksomhedssammenslutningens beslutning om en overtrædelse, og at medlemmet enten ikke har haft kendskab til dennes eksistens eller aktivt har taget afstand fra den, inden styrelsens undersøgelse blev indledt.

Hertil bemærkes *for det første*, at der er tale om en betydelig skærpelse i forhold til de gældende regler. I situationen, hvor en bøde ikke kan betales, kan dette således medføre kollektivt ansvar selv for medlemsvirksomheder, som intet har haft af gøre med den konstaterede overtrædelse. Yderligere medfører den foreslåede § 23 a, stk. 4, 2. pkt., reelt en omvendt bevisbyrde, idet det er medlemsvirksomhedens ansvar at bevise, at denne ikke har gennemført beslutningen, eller at denne tog aktivt afstand fra beslutningen. Den foreslåede bestemmelse kan således få alvorlige negative konsekvenser for virksomheder, som end ikke har overtrådt konkurrencereglerne.

For det andet bemærkes, at Lovudkastet ikke giver nogen vejledning i, i henhold til hvilken proces opkrævningen af en ubetalt del af bøden direkte fra medlemmer af virksomhedssammenslutningen i henhold til de foreslåede nye bestemmelser i § 23 a, stk. 3 og 4, herunder (i) hvorvidt bødebeløbet kan opkræves umiddelbart på baggrund af en afgørelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (eventuelt nærmere bestemt Konkurrencerådet) eller vil kræve domstolsprøvelse i henhold til reglerne i det foreslåede nye kapitel 9; (ii) hvorledes der skal ske prøvelse af et eventuelt anbringende fra et medlem om, at det ikke har gennemført sammenslutningens beslutning om en overtrædelse, og at det enten ikke har haft kendskab til dennes eksistens eller aktivt har taget afstand fra den, inden styrelsens undersøgelse blev indledt, jf. den foreslåede § 23 a, stk. 4, 2. pkt., og (iii) hvorvidt en del af bøden opkrævet i medfør af § 23 a, stk. 3 eller 4, skal betales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (således som formuleringerne "*kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opkræve restbeløbet*" og "*kan styrelsen også [...] kræve betaling*", kunne indikere) eller til statskassen. Det foreslås, at bestemmelserne og bemærkningerne hertil på dette punkt udbygges.

For det tredje bemærkes, at Lovforslaget ikke giver nogen vejledning i, hvorvidt medlemmer af en virksomhedssammenslutning, der har betalt en del af en bøde pålagt virksomhedssammenslutningen – enten som følge af en indkaldelse fra virksomhedssammenslutningen i henhold til den foreslåede § 23 a, stk. 2, eller som følge af et styrelsens direkte opkrævning i henhold til de foreslåede § 23 a, stk. 3 og 4 – kan kræve helt eller delvis regres fra andre medlemmer af virksomhedssammenslutningen og i givet fald i henhold til hvilke principper. Det foreslås, at bestemmelserne og bemærkningerne hertil også på dette punkt udbygges.

15. Maksimering af bøder til virksomhedssammenslutninger

I henhold til Lovudkastets § 1 nr. 32, foreslås indsættelse af en ny § 23 b, stk. 5, i henhold til hvilken en overtrædelse begået af en virksomhedssammenslutning, der vedrører medlemmernes aktiviteter, maksimalt kan medføre en bøde på 10 % af summen af den samlede koncernomsætning på verdensplan for hvert af de medlemmer, der er aktive på det marked, der er berørt af den overtrædelse. Stk. 5, 3. pkt., angiver, at "*Den enkelte virksomheds økonomiske ansvar i forbindelse med betaling af bøden må dog ikke overstige det maksimale beløb, der er fastsat efter stk. 2*".

Hertil bemærkes *for det første*, at henvisningen rettelig burde være til stk. 4, der indeholder reglen om, at en bøde til en virksomhed ikke kan overstige 10 % af en virksomheds, virksomhedssammenslutnings eller anden juridisk persons samlede koncernomsætning på verdensplan. Det støttes også af Lovudkastet, s. 263, hvorefter "*Det foreslås dog samtidig med 3. pkt., at den enkelte virksomheds økonomiske*

ansvar i forbindelse med betaling af bøden ikke må overstige 10 pct. af virksomhedens samlede koncernomsætning på verdensplan".

For det andet bemærkes, at det ikke er klart, hvordan den foreslåede stk. 5, 3. pkt., nærmere skal forstås, herunder hvorvidt bestemmelsen vedrører (i) den maksimale bøde til virksomhedssammenslutningen, og i så fald hvad forskellen er mellem den foreslåede stk. 5 og den foreslåede stk. 4, eller (ii) hæftelsesansvaret for medlemmer af en virksomhedssammenslutning i henhold til den foreslåede § 23 a, stk. 2-4. Det foreslås derfor, at dette præciseres i bestemmelsen og/eller bemærkningerne hertil.

16. Forældelse

I henhold til Lovudkastets § 1, nr. 32, foreslås det, at der i konkurrencelovens § 23 c indsættes regler om forældelsesfrister for det civilretlige bødeansvar i henhold til konkurrenceloven. Der er tale om en implementering af ECN+ artikel 29.

Lovudkastet må forstås således, at den nuværende forældelsesregel i konkurrencelovens § 23, stk. 6, foreslås ophævet, og at reglerne for forældelse af civile bøder efter konkurrenceloven derfor udelukkende vil være at finde i den foreslåede bestemmelse i § 23 c. Forældelsesreglerne i straffeloven har ingen virkning for civile bøder, da disse bøder netop ikke udgør en strafferetlig sanktion.

Den absolutte frist og afbrydelse

Efter ECN+ artikel 29, stk. 1, sidste pkt., berører de regler om suspension eller afbrydelse, som nødvendigvis skal implementeres i national ret i henhold til direktivet, ikke de absolutte forældelsesfrister, der måtte gælde efter national ret. Danske Advokater hilser det i den forbindelse velkomment, at der i den foreslåede § 23 c, stk. 1, 3. pkt., er taget initiativ til at indføre en absolut forældelsesfrist for civile bøder i dansk ret.

Det er imidlertid uklart, hvorledes sammenspillet skal forstås mellem den absolutte 10-årige frist i den foreslåede § 23 c, stk. 1, 3. pkt. og henholdsvis den foreslåede regel i § 23 c, stk. 1, 2. pkt., om "genstart" af forældelsesfristen ved afbrydelse, samt den foreslåede regel i § 23 c, stk. 3, om afbrydelse ved underretning om det første formelle efterforskningsskridt.

Uklarheden relaterer sig hovedsageligt til spørgsmålet om, hvorvidt den absolutte 10-årige frist afbrydes af et afbrydelsesskridt som nævnt i § 23 c, stk. 3, og i så fald om den 10-årige frist herved "genstartes" i henhold til § 23 c, stk. 1, 2. pkt. Ud fra ordlyden i § 23 c og Lovudkastets bemærkninger til denne må dette spørgsmål besvares benægtende. Den absolutte 10-årige frist ville da også være helt indholdsløs, hvis den afbrydes i alle de tilfælde, hvor den almindelige 5-årige frist afbrydes. Det må imidlertid tilrådes, at det afklares udtrykkeligt i loven eller i det mindste i lovbemærkningerne, hvordan sammenspillet mellem den absolutte 10-årige frist og afbrydelsesreglerne skal forstås.

Bemærkningerne i Lovudkastet synes i den forbindelse uklare, jf. f.eks. s. 266:

"Et tænkt eksempel [...]: Kommissionen – eller en anden national konkurrencemyndighed i Den Europæiske Union – har undersøgt en virksomheds mulige misbrug af en dominerende stilling i ét år. Sagen overgår herefter til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvorefter der vil løbe en ny forældelsesfrist

på fem år; det år, hvor Kommissionen har undersøgt sagen, ses der bort fra. Hvis der ikke inden 10 år er truffet en endelig afgørelse om virksomhedens overtrædelse af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling, kan den ikke pålægges en bøde.”

Det er uklart, hvorfor ”*der vil løbe en ny forældelsesfrist på fem år*”, når sagen i det tænkte eksempel overgår fra Kommissionen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Forældelsesfristen løber fra den dag, hvor overtrædelsen er ophørt, jf. stk. 2, og kan kun genstartes (efter stk. 1, 2. pkt.), hvis der sker afbrydelse efter stk. 3, dvs. når virksomheden modtager underretning om det første formelle efterforskningskridt. Den nye forældelsesfrist vil dog antageligvis først begynde at løbe, når afbrydelsen er ophørt ved en endelig afgørelse, jf. stk. 4.

Det er derfor også uklart, hvad der menes i det tænkte eksempel med, at ”*det år, hvor Kommissionen har undersøgt sagen, ses der bort fra*”. Hvis Kommissionen i det tænkte eksempel allerede har foretaget en underretning som omtalt i stk. 3, vil der allerede være sket afbrydelse på dette tidspunkt, og den nye frist vil antageligvis først begynde at løbe, når der er truffet endelig afgørelse, jf. stk. 4. Hvis Kommissionen i det tænkte eksempel derimod ikke har foretaget en underretning som omtalt i stk. 3, skal der ikke blot ses bort fra det år, hvor Kommissionen har behandlet sagen, men derimod medregnes hele perioden fra overtrædelsens ophør, jf. stk. 2, og indtil det tidspunkt, hvor virksomhederne modtager underretningen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. stk. 3 – i hvert fald hvad angår den 5-årige forældelsesfrist.

Afbrydelse af forældelse for alle deltagende virksomheder

Efter den foreslåede § 23 c, stk. 3, 1. pkt., i konkurrenceloven, afbrydes forældelsesfristen den dag, hvor mindst én virksomhed i en håndhævelsessag får underretning om det første formelle efterforskningskridt fra Kommissionen, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller en anden national konkurrencemyndighed. Afbrydelsen gælder for alle virksomheder m.v., der har deltaget i overtrædelsen, jf. stk. 3, 2. pkt. Der er tale om en implementering af artikel 29, stk. 1, i ECN+.

Reglen i artikel 29, stk. 1, må efter Danske Advokaters opfattelse anses som et væsentligt brud på retssikkerheden og i strid med selve formålet med forældelsesregler i almindelighed. Det skyldes navnlig, at forældelsesfristen også kan afbrydes overfor virksomheder, som ikke er gjort bekendt med, at der verserer en efterforskning om en overtrædelse, som de har deltaget i. Det må imidlertid medgives, at den foreslåede implementering i konkurrencelovens § 23 c, stk. 3, ikke umiddelbart kan anses for en overimplementering af artikel 29.

For at afbøde det brud på retssikkerheden, som den foreslåede regel i § 23 c, stk. 3, indebærer, bør der efter Danske Advokaters opfattelse i det mindste indføres regler, der forpligter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til i videst muligt omfang at underrette de virksomheder, der efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse har deltaget i en overtrædelse, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efterforsker eller i øvrigt har foretaget afbrydelsesskridt overfor, om det pågældende afbrydelsesskridt.

Ophør af afbrydelse af forældelse

Efter den foreslåede § 23 c, stk. 4, ophører afbrydelsen af forældelsen den dag, hvor håndhævelsessagen er afsluttet ved en endelig afgørelse, eller hvor det er besluttet ikke at forfølge sagen yderligere. I de specifikke bemærkninger angives fire

forskellige situationer, hvor dette anses at være tilfældet. I hvert tilfælde bruges fejlagtigt formuleringen "*og forældelsen dermed ophører*" henholdsvis "*at forældelsen anses for ophørt*", idet der i stedet for "*forældelsen*" rettelig skulle have stået "*afbrydelsen af forældelsen*". Dette bør korrigeres.

17. Ødelæggelse m.v. af beviser

Efter den foreslåede § 23 d, stk. 3, litra 3, kan bødefritagelse kun opnås, såfremt ansøgeren "*ikke under planlægningen af sin indgivelse af en ansøgning om bødelempelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen [...] har ødelagt, forfalsket eller skjult beviser vedrørende kartellet*". Heraf fremgår altså klart, at det kun vil være hindrende for opnåelse af bødelempelse, hvis ansøgeren har ødelagt, forfalsket eller skjult beviser under planlægningen af sin ansøgning om bødelempelse.

Imidlertid angiver de specifikke bemærkninger til bestemmelsen i Lovudkastets s. 275 følgende:

"Det foreslås med nr. 3, litra a, at ansøgeren allerede fra det tidspunkt, hvor vedkommende planlægger indgivelsen af en ansøgning om bødelempelse, ikke må have ødelagt, forfalsket eller skjult beviser vedrørende kartellet. Den foreslåede bestemmelse vil gennemføre artikel 19, litra c, nr. i.

Virkningen af den foreslåede bestemmelse vil være, at det vil blive anset for et brud på den loyale samarbejdsforpligtelse, hvis ansøgeren allerede inden indgivelse af ansøgningen om bødelempelse har ødelagt eller skjult dokumentation for kartellet." (vores understregninger)

De understregede formuleringer kan rent sprogligt forstås således, at det også vil være hindrende for opnåelse af bødelempelse, hvis ansøgeren har ødelagt, forfalsket eller skjult beviser tidligere end det tidspunkt, hvor ansøgeren begynder at planlægge indgivelsen af en ansøgning om bødelempelse, uanset at ansøgeren ikke har gjort det (igen) efter dette tidspunkt. Det foreslås derfor, at bemærkningerne til bestemmelsen på dette punkt korrigeres.

18. Civilt bødesystem

Med Lovudkastets § 1, nr. 34, foreslås indsættelse af kap. 9 a i konkurrenceloven indeholdende regler for behandlingen af sager om pålæggelse af civile bøder. Reglerne skal sammenholdes med Lovudkastets § 1, nr. 31, hvorved det foreslås at indsatte ny affattelse af konkurrencelovens § 23, stk. 1-3, indeholdende regler om pålæggelse af civile bøder.

Generelt

Efter den foreslåede affattelse af § 25, stk. 2, i konkurrenceloven skal sager om pålæggelse af civile bøder behandles i den borgerlige retsplejes former.

Danske Advokater skal i denne henseende bemærke, at en sådan omvæltning af det konkurrenceretlige bødesystem uundgåeligt vil indebære, at en lang række af de retssikkerhedsgarantier, som udgør grundlaget for den danske retsstat, ikke længere vil kunne påberåbes af virksomheder, der ifølge myndighederne har overtrådt konkurrencelovgivningen. Disse retssikkerhedsgarantier omfatter bl.a. objektivitetsprincippet, jf. retsplejelovens § 96, stk. 2, og anklageprincippet, jf. retsplejelovens §§ 718 og 883, stk. 3-4.

Selvom det medgives, at det efter ECN+ artikel 13, stk. 1, er påkrævet, at der indføres regler, der som minimum indebærer, at myndighederne i "ikke-strafferetlige" retssager kan anmode om pålæggelse af bøder til virksomheder, der forsætligt eller uagtsomt har overtrådt artikel 101 eller 102 i TEUF, er det ikke ensbetydende med, at virksomheder, som myndighederne vælger at retsforfølge for overtrædelser af konkurrenceloven, ikke bør kunne påberåbe sig visse retssikkerhedsgarantier. Det er efter Danske Advokaters opfattelse stærkt betænkeligt, at der med Lovudkastet ikke er gjort grundige overvejelser om, hvilke retssikkerhedsgarantier fra straffeprocessen der bør videreføres i dette nye konkurrenceretlige civile bødesystem.

Fravigelse af forhandlingsprincippet

Efter den foreslåede affattelse af § 25, stk. 3, i konkurrenceloven vil retten ikke være bundet af parternes påstande om størrelsen af den civile bøde. Der er her tale om en fravigelse af forhandlings- og dispositionsprincippet uden grundlag i ECN+, jf. nærmere lovudkastets s. 135. Det er efter Danske Advokaters opfattelse betænkeligt, at de almindelige forhandlings- og dispositionsprincipper her fraviges til ulempe for den sagsøgte virksomhed, samtidig med at den sagsøgte virksomhed ikke kan påberåbe sig f.eks. anklageprincippet, jf. retsplejelovens §§ 718 og 883, stk. 3-4. Hvis man ønsker at anvende reglerne fra den civile retspleje, bør det naturligvis ikke gøres med undtagelse for lige netop de tilfælde, hvor den civile retsplejes principper kommer den sagsøgte virksomhed til gode.

Danske Advokater finder således, at den foreslåede § 25, stk. 3, er en unødvendig indskærpelse af almindelige retssikkerhedsprincipper. Reglen synes desuden at kunne indebære en utilsigtet forskydning af forholdet mellem den udøvende og dømmende magt, jf. grundlovens § 3. Det bør (fortsat) være myndighedernes anliggende at indsamle oplysninger og på den baggrund vurdere, hvor stor en bøde, der skal kunne pålægges, og herefter domstolenes anliggende at efterprøve/kontrollere dette skøn.

Sikring af fuld judiciel prøvelse

Det bør sikres, at parterne i en konkurrenceretlig civil bødesag har "equality of arms", og at Konkurrencerådets afgørelse bliver undergivet en fuld judiciel prøvelse i en ligebyrdig retssag.

Det foreslås derfor, at der i Lovforslaget indføres en eksplicit bemærkning som følger:

"Konkurrencerådets afgørelse vil under indbringelse for domstolene blive undergivet en fuld judiciel prøvelse. En afgørelse fra Konkurrencerådet vil således ikke præjudicere substansprøvelsen i en civil retssag og er således ikke endelig, og det påhviler derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at bevise den påståede overtrædelse. Det påhviler ligeledes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at godtgøre ansvarsgrundlaget for en eventuel bødepåstand."

Tredjemands indtræden

Efter den foreslåede affattelse af § 25 b, stk. 1-2, i konkurrenceloven, kan en tredjemand, der kan blive draget til ansvar for den overtrædelse, som sagen angår, indtræde i sagen for at varetage sine interesser, uanset om den pågældende støtter en

af parterne i sagen. Tredjemanden kan tillige få beskikket en advokat mv., jf. bestemmelsens stk. 2, 3-4. pkt.

Det er efter Danske Advokaters opfattelse tvivlsomt, om en sådan tredjemand herved rent faktisk er sikret muligheden for at kunne varetage sine interesser i tilstrækkelig grad. Det bør f.eks. overvejes at supplere de foreslåede regler med en regel, der sikrer, at en tredjemand, der kan blive draget til ansvar for den overtrædelse, som sagen angår, også nødvendigvis må underrettes om sagens eksistens og muligheden for at indtræde. Hertil kommer, at det bør følge direkte af lovens ordlyd, at en sådan tredjemand skal kunne indtræde i sagen på en sådan måde, at vedkommende er sikret en rimelig adgang til at kunne varetage sine interesser.

For så vidt angår en tredjemand, der kan drages til *civilretligt* bødeansvar for den overtrædelse, som sagen angår, bør loven også sikre denne en tilsvarende adgang til at indtræde og varetage sine interesser.

Det kan eksempelvis være relevant, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sager om overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler vælger at anlægge separate bødesager mod hver af de påståede deltagere i overtrædelsen. I denne forbindelse bemærkes, at Lovudkastet ikke adresserer, hvorvidt det er tiltænkt, at sager vedrørende overtrædelser med flere deltagere vil skulle anlægges som én samlet eller flere separate sager. Idet en dom mod én deltager i en sådan overtrædelse kan tænkes at blive tillagt præjudikatsværdi i forhold til andre deltagere i overtrædelsen, bør de involverede virksomheder gives adgang til at varetage deres interesser i relation til sagerne mod de andre deltagere i overtrædelsen.

Som et andet eksempel kan nævnes, at medlemmerne af en virksomhedssammenslutning i medfør af de foreslåede nye bestemmelser i § 23 a, stk. 2-4, fremover vil kunne hæfte for bøder pålagt virksomhedssammenslutningen, også selvom medlemmerne ikke selv har gennemført virksomhedssammenslutningens beslutning om en overtrædelse eller overhovedet været bekendt hermed (idet undtagelserne for ansvar i henhold til den foreslåede § 23 a, stk. 4, ikke gælder for medlemmer af sammenslutningens besluttende organer, da overtrædelsen blev begået). Derfor bør medlemmer af virksomhedssammenslutningen gives adgang til at varetage deres interesser i relation til sagen mod virksomhedssammenslutningen.

Den foreslåede § 25 b, stk. 3, indebærer, at "*Retten beskikker efter anmodning en advokat for den pågældende*". Dette må forstås således, at retten er forpligtet til at beskikke en advokat, og at det således er en ret for den pågældende. Imidlertid angives i de specifikke bemærkninger til bestemmelsen i Lovudkastet, s. 303, at "*Med 3. pkt. foreslås det, at retten skal kunne beskikke en advokat for den pågældende, såfremt retten modtager en anmodning herom*" (vores understregning). Dette kunne misforstås således, at retten frit kan vælge, hvorvidt der skal beskikkes en advokat. Det foreslås derfor, at ordet "kunne" udgår.

Inddrivelse af tvangsbøder

I forhold til lovudkastets § 1, nr. 31, om den foreslåede affattelse af § 23 i konkurrenceloven, bemærker Danske Advokater, at der med § 23, stk. 3, foreslås indført hjemmel til at pålægge virksomheder civile bøder for en eventuel ikke betalt

del af en pålagt tvangsbøde efter den foreslåede § 22 i konkurrenceloven, jf. hertil lovudkastets § 1, nr. 30. Dette forslag indebærer et opgør med det nugældende traditionelle udgangspunkt, hvorefter pålagte tvangsbøder ikke kan inddrives, hvis det forhold, som tvangsbøden udspringer af, er bragt til ophør, jf. hertil lovudkastets s. 90 og 239.

Artikel 16 i ECN+ stiller krav om indførelse af regler, der giver mulighed for at pålægge virksomheder tvangsbøder, som er effektive, og som står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning. Dette synes efter Danske Advokaters opfattelse ikke at indebære en pligt for medlemsstaterne til at fravige det traditionelle udgangspunkt om, at pligten til at betale en tvangsbøde bortfalder, når det forhold, tvangsbøden udsprang af, er opfyldt. Der vil således være tale om unødvendig overimplementering af ECN+. Dette skal navnlig sammenholdes med det faktum, at en tvangsbøde efter ordlyden af den foreslående § 22 i konkurrenceloven kan pålægges, uden at overtrædelsen er sket med forsæt eller uagtsomhed.

19. Forholdet mellem Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Siden 2014 har Konkurrencerådet skullet anses for en del af – nærmere bestemt bestyrelsen for – Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og ikke som tidligere en separat myndighed. Således angiver forarbejderne (Lovforslag nr. 18 af 8. oktober 2014) til de nuværende bestemmelser i konkurrenceloven om Konkurrencerådet følgende:

"På denne baggrund foreslås det, at Konkurrencerådet omlægges til en mindre og professionel bestyrelse for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens håndhævelse af og vejledning om konkurrenceloven. Lige som for mange virksomheder skal konkurrencemyndigheden efter forslaget bestå af en organisation med en direktion, medarbejdere og en bestyrelse, som samlet udgør Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen."

I overensstemmelse hermed angiver § 1, stk. 2, 2. pkt., i bekendtgørelse nr. 1438 af 2. oktober 2020 om forretningsorden for Konkurrencerådet, at "*Konkurrencerådet er en del af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*".

Det er i overensstemmelse hermed, at det i afsnit 2.21 af Lovudkastet, s. 140, om konkurrencemyndighedens rolle ved domstolene angives, at "*Konkurrencemyndigheden i Danmark udgøres af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor Konkurrencerådet er at betragte som en bestyrelse med det overordnede ansvar for styrelsens administration af konkurrenceloven, herunder anvendelsen af EUF-Traktatens artikel 101 og 102*".

Derimod kan det give anledning til misforståelser, når det senere i samme afsnit (s. 140) angives følgende:

"Ifølge bemærkningerne til § 20, stk. 3, er det Konkurrencerådet, der indstævnes, mens retssagens genstand er Konkurrenceankenævnets kendelse, hvilket dog ikke udelukker, at Konkurrenceankenævnet i givet fald kan indstævnes (Folketingstidende 1996-97, tillæg A, side 3676). Desuden vil styrelsen også kunne indstævnes ved styrelsesafgørelser om f.eks. aktindsigt. Selvom det er rådet, der

indstævnes, er det i praksis styrelsen, der står for skriftvekslingen og den mundtlige forhandling i en sag for domstolene" (vores understregning).

Det foreslås derfor, at det præciseres – i loven og/eller i bemærkningerne hertil – at det (også) fremover er *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*, og ikke Konkurrencerådet, der skal indstævnes, hvis enten en afgørelse fra Konkurrenceankenævnet, Konkurrencerådet eller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i øvrigt indbringes for domstolene.

Dette er i øvrigt også bekræftet andetsteds i Lovudkastet, jf. s. 142:

"Som anført i afsnit 2.20.1.1 [sic] ovenfor kan Konkurrenceankenævnets afgørelser indbringes for domstolene. Hvis sagen alene drejer sig om en efterprøvelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens og Konkurrenceankenævnets afgørelse, vil styrelsen som i dag være part i sagen som indstævnte." (vores understregning)

20. Overgangsbestemmelser

I henhold til Lovudkastets § 2 foreslås det, at loven ikke finder anvendelse på sager, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen inden lovens ikrafttræden i medfør af § 15 a, stk. 2, har udsendt en klagepunktsmeddelelse, eller hvor SØIK inden lovens ikrafttræden har rejst sigtelse.

I Lovudkastet, s. 303, angives det, at "*Virkningen af den foreslåede bestemmelse vil være, at for sådanne sager vil de hidtil gældende regler finde anvendelse. Har Statsadvokaten ikke inden lovens ikrafttræden rejst sigtelse, vil sagen skulle tilbagesendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*". Det må dog være sådan, at hvis en sag inden lovens ikrafttræden er anmeldt til SØIK, efter at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen inden lovens ikrafttræden i medfør af § 15 a, stk. 2, har udsendt en klagepunktsmeddelelse, så vil sagen fortsat skulle behandles af SØIK efter de hidtidige regler, uanset at SØIK ikke har rejst sigtelse inden lovens ikrafttræden. Det foreslås derfor, at bemærkningerne til bestemmelsen på dette punkt korrigeres.

Med venlig hilsen

Jeanie Sølager Bigler
Retschef
jsb@danskeadvokater.dk

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Sendt til hc@kfst.dk og kle@kfst.dk

26. oktober 2020

J.nr. 2020-11-0476
Dok.nr. 271624
Sagsbehandler
Susanne Richter

Høring over forslag til lov om ændring af konkurrenceloven

Ved e-mail af 28. september 2020 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet om Datatilsynets eventuelle bemærkninger til udkast til forslag om lov om ændring af konkurrenceloven (Civile bøder, strukturelle påbud, interviews, kontrolundersøgelser i private hjem m.v.).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har henvist til lovudkastets § 1, nr. 24, vedrørende § 18 c i konkurrenceloven.

Af den foreslåede § 18 c, fremgår følgende:

"Udveksling af oplysninger indhentet i medfør af § 18 b, stk. 1, kan ske i medfør af artikel 12 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og skal opfylde sikkerhedsbetingelserne herfor.

Stk. 2. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udveksling af modtagne ansøgninger om bødelempelse eller om sanktionslempelse med en anden national konkurrencemyndighed i Den Europæiske Union kan kun ske

1) med ansøgerens samtykke, eller

2) når den anden nationale konkurrencemyndighed fra den samme ansøger også har modtaget en ansøgning om bødelempelse eller om sanktionslempelse i forbindelse med den samme overtrædelse, forudsat at det på det tidspunkt, hvor ansøgningen videregives, ikke er muligt for ansøgeren at trække de oplysninger tilbage, som den pågældende har givet den anden nationale konkurrencemyndighed i forbindelse med den pågældende ansøgning.

Stk. 3. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan til andre konkurrencemyndigheder end nationale konkurrencemyndigheder i Den Europæiske Union under forbehold om gensidighed videregive oplysninger, som er omfattet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tavshedspligt, og som er nødvendige for at fremme håndhævelsen af disse myndigheders konkurrencelovgivning, herunder med henblik på at opfylde Danmarks bilaterale eller multilaterale forpligtelser.

Stk. 4. Erhvervsministeren kan fastsætte nærmere regler om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens videregivelse til udenlandske myndigheder af oplysninger, der er omfattet af styrelsens tavshedspligt.

Af bemærkningerne til den foreslåede bestemmelse (lovforslagets side 210-211) fremgår endvidere:

"Efter databeskyttelsesforordningen gælder der særlige regler for overførsel, dvs. videregivelse af, personoplysninger, til tredjelande, jf. kapitel V i Europa-Parlamentets og Rådets for-

Datatilsynet

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
T 3319 3200
dt@datatilsynet.dk
datatilsynet.dk

CVR 11883729

ordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse).

Side 2 af 3

Overførsel af personoplysninger til et tredjeland kan kun finde sted, hvis Kommissionen har fastslået, at tredjelandet har et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau, eller den

Færøerne og Grønland betragtes i denne sammenhæng som tredjelande, mens det ikke er tilfældet for EØS-landene Norge og Island.

Kommissionen har efter det nu ophævede direktiv 96/46/EF godkendt, at Færøerne har et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau. Efter artikel 45, stk. 9, i databeskyttelsesforordningen gælder afgørelser m.v., der er vedtaget af Kommissionen på grundlag direktiv 95/46/EF, fortsat. Overførsel af personoplysninger kan derfor ske til Færøerne.

Kommissionen har ikke tilsvarende godkendt Grønland, hvorfor overførsel af personoplysninger hertil alene kan ske under visse betingelser. I mangel af en afgørelse om tilstrækkeligheden af beskyttelsesniveauet må en overførsel til et tredjeland kun finde sted på betingelse af bl.a., at overførslen er nødvendig af hensyn til vigtige samfundsinteresser, jf. artikel 49, stk. 1, litra d, i databeskyttelsesforordningen. Udveksling af oplysninger med henblik på opklaring af overtrædelser af konkurrencereglerne må anses for at være nødvendig af hensyn til vigtige samfundsinteresser, hvorfor det på ad hoc basis vil være muligt at udveksle personoplysninger mellem Danmark og Grønland.

Med stk. 4 bemyndiges erhvervsministeren til at fastsætte nærmere regler om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens videregivelse til udenlandske myndigheder af oplysninger, der er omfattet af styrelsens tavshedspligt. Der er tale om en videreførelse af gældende ret.

Bemyndigelsen har indtil videre ikke været udnyttet.”

Indledningsvist skal det bemærkes, at overførsel af personoplysninger til tredjelande, der ikke er omfattet af en tilstrækkelighedsafgørelse fra EU-Kommissionen, som udgangspunkt kun må gennemføres, hvis myndigheden har et såkaldt overførselsgrundlag omfattet af Databeskyttelsesforordningens artikel 46. Formålet med kravet om tilstedeværelsen af et overførselsgrundlag er at sikre, at personoplysninger kun overføres til usikre tredjelande under omstændigheder, hvorved de sikres et beskyttelsesniveau, der svarer til forordningens.

Derudover skal Datatilsynet gøre opmærksom på, at det i lyset af EU-domstolens dom i sag C-311/18, den såkaldte ”Schrems II-sag”, ved overførsler til usikre tredjelande - udover kravet om overførselsgrundlag - påhviler dataeksportøren at foretage en mere generel vurdering af forholdene i tredjelandet, herunder tredjelandets lovgivning, myndigheders mulighed for at få adgang til personoplysningerne, kontrollen hermed og de registreredes klagemuligheder. Det kan i lyset heraf blive relevant at træffe supplerende foranstaltninger, der afhjælper forholdene, for lovligt at kunne gennemføre overførslen.

I relation til henvisningen til Kommissionens tilstrækkelighedsafgørelse, hvorved Færøerne godkendes som et sikkert tredjeland¹, skal det for god ordens skyld bemærkes, at afgørelsen har et begrænset anvendelsesområde, idet den kun finder anvendelse på overførsler, hvor modtageren er omfattet af den færøske databeskyttelseslov.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0146&from=en>

I forhold til anvendelsen af undtagelsen i artikel 49, stk. 1, litra d (vigtige samfundsinteresser) i relation til Grønland, bemærkes det endvidere, at undtagelsesbestemmelserne i Databeskyttelsesforordningens artikel 49 har et meget snævert anvendelsesområde, og således ikke kan anvendes som overførselsgrundlag ved et mere regelmæssigt samarbejde med myndighederne i et usikkert tredjeland.

Datatilsynet henviser i den forbindelse til Det Europæiske Databeskyttelsesråds retningslinjer 2/2018 vedrørende undtagelser i artikel 49 i forordning 2016/679², hvoraf følgende fremgår på side 11:

"Det angives i betragtning 111 og 112, at denne undtagelse ikke er begrænset til overførsler af personoplysninger, der er "lejlighedsvis". Dette betyder imidlertid ikke, at overførsler af personoplysninger i henhold til undtagelsen vedrørende vigtige samfundsinteresser i artikel 49, stk. 1, litra d), kan finde sted i stor skala og på en systematisk måde. Tværtimod skal det generelle princip om, at undtagelserne som fastsat i artikel 49 ikke må blive "reglen" i praksis, overholdes, idet de skal begrænses til særlige situationer, og hver dataeksportør skal sikre, at overførslen opfylder den strenge nødvendighedstest."

Datatilsynet skal opfordre til, at der tages højde for de ovennævnte bemærkninger i lovforslaget. Datatilsynet forudsætter desuden, at tilsynet bliver hørt over eventuelle bekendtgørelser, der forventes udstedt i medfør af § 18 c, stk. 4.

Med venlig hilsen

Susanne Richter

² https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/directrices/guidelines-22018-derogations-article-49-under-regulation_en



Høringssvar

FORSLAG TIL LOV OM ÆNDRING AF KONKURRENCELOVEN

Af Henrik Rothe, Stine Brøsted Jensen og Christian Liborius

Indhold

Høringssvaret

1. Konkurrencemyndighedernes uafhængighed	4
1.1. Den personelle uafhængighed	5
1.1.1. Sikring af uafhængighed for Konkurrencerådets medlemmer	5
1.1.2. Sikring af uafhængighed for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør og medarbejdere	6
1.2. Den budgetmæssige uafhængighed	8
1.3. Mulige administrative konsekvenser af Justitias anbefalinger om uafhængighed	10
2. Om sikkerhedsgarantier	11
2.1. Sagsbehandlingstid	11
2.2. Retten til at blive hørt	12
2.3. Retten til effektivt forsvar	13
3. Virksomheders og personers oplysningspligt	15
4. Kontrolundersøgelser	16
5. Civile bøder	17
5.1. Skyldsspørgsmålet	17
5.2. Behandlingen af civile bødesager	18
 Bilag 1: Den EU-retlige regulering af de danske konkurrencemyndigheder	 1
1. Indledning	1
2. DG Competition og konkurrencekommissærens uafhængighed	5
3. Hearing Officers	6
4. Internationale organisationers syn på konkurrencemyndigheders uafhængighed m.v.	7
4.1 UNCTAD (FNs konference for handel og udvikling)	8
4.2 OECD (Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling)	8
5. DG Competition og Kommissionens forarbejde til et nyt direktiv	11
6. Forslag til ECN+ direktivet	13
7. ECN+ direktivet	18
 Bilag 2: Notat om konkurrencemyndighedernes sammensætning og uafhængighed	 1
1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen	1
1.1. Styrelsens uafhængighed	1
1.1.1. Institutionel uafhængighed	1
1.1.2. Personel uafhængighed	2
1.1.3. Budgetmæssig uafhængighed	4
1.2. Sammenlægningen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i 2010	5
2. Konkurrencerådet	6
2.1. Konkurrencerådets kompetencer og opgaver	6
2.2. Konkurrencerådets sammensætning	7

2.3.	Konkurrencerådets sammensætning før 2014	9
2.4.	Uafhængighed	11
3.	Sø- og Handelsretten	12
Bilag 3: Konkurrenceankenævnet		1
1.	Konkurrenceankenævnets kompetence	1
2.	Konkurrenceankenævnets sammensætning	1
3.	Er Konkurrenceankenævnet en "ret"?	3
4.	Proces og prøvelse ved Konkurrenceankenævnet	5
5.	Domstolens prøvelse af Konkurrenceankenævnets afgørelser	12
6.	Nedlæggelse eller nytænkning af Konkurrenceankenævnet	14
Bilag 4: Ekstern bedømmelse af de danske konkurrence-myndigheder		1
1.	Global Competition Review	1
2.	OECD Peer Review: "Competition Law and Policy in Denmark"	2
3.	Rigsrevisionens beretning om behandlingen af konkurrencesager	4
4.	Spørgeskemaundersøgelse	5
4.1.	Om spørgeskemaundersøgelsen	5
4.2.	Resultaterne af spørgeskemaundersøgelsen	6
4.3.	Opsamling på spørgeskemaundersøgelsen	21
4.3.1	Konkurrencemyndighederne	21
4.3.2	Konkurrenceankenævnet	22

Høringssvar over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (Civile bøder, strukturelle påbud, interviews, kontrolundersøgelser i private hjem m.v.)

Ved brev af 24. september 2020 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet en række organisationer om at fremkomme med et høringssvar over forslag til lov om ændring af konkurrenceloven. Høringsfristen er angivet til den 22. oktober kl. 12, men da forslaget blev lagt op på høringsportalen, blev høringsfristen fastsat til den 26. oktober.

Lovforslaget med bilag er på ikke mindre end 415 sider og indebærer den mest gennemgribende ændring af dansk konkurrencelovgivning i nyere tid. Lovforslaget implementerer EU direktiv 2019/1 af 11. december 2018 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked.

I betragtning af lovforslagets omfang og kompleksitet og den omstændighed at lovforslaget har betydelig indflydelse på retssikkerheden for danske erhvervsvirksomheder, finder Justitia, at høringsfristen er alt for kort til, at høringsparterne har de nødvendige muligheder for en grundig og reflekteret gennemgang af lovforslaget.

Justitia havde allerede inden lovforslaget blev fremsat iværksat en analyse af, hvilke krav der måtte stilles til en optimal implementering af direktivets art. 4 og 5 om konkurrencemyndighedernes uafhængighed og ressourcer samt art 3 om retssikkerhedsmæssige garantier i sagsbehandlingen. Baggrunden herfor er, at disse aspekter af de nationale konkurrencemyndighedernes virke hidtil har været overladt til national lovgivning. Både sikringen af konkurrencemyndighedernes fuldstændige uafhængighed af politisk og anden uvedkommende indflydelse og retssikkerhedsgarantier i sagsbehandlingen er af helt afgørende betydning for virksomhedernes retssikkerhed. Justitia har derfor valgt at koncentrere sit høringssvar om disse forhold samt andre emner i lovforslaget, som Justitia skønner er af særlig stor betydning for virksomhedernes retssikkerhed. Den korte høringsfrist har bevirket, at det ikke har været muligt af foretage en udtømmende gennemgang af alle lovforslagets bestemmelser. Justitia forbeholder sig derfor også efter høringsfristens udløb at fremkomme med betragtninger som kan supplere dette høringssvar.

Med høringssvaret følger fire bilag, som Justitia har udarbejdet som led i det ovennævnte analysearbejde:

Bilag 1, som er en gennemgang af problemstillingerne vedrørende konkurrencemyndighedernes uafhængighed belyst bl.a. ved at inddrage synspunkter herom fra internationale organisationer,

Bilag 2, som gengiver gældende dansk ret og baggrunden for de nuværende regler om bl.a. konkurrencemyndighedernes uafhængighed,

Bilag 3, som belyser Konkurrenceankenævnets virke og de problemer der knytter sig hertil samt

Bilag 4, som gengiver udvalgte eksterne bedømmelser af kvaliteten af konkurrencemyndighedernes arbejde og uafhængighed. I bilaget gengives en rating foretaget af tidsskriftet Global Competition Review, et af regeringen bestilt peer review fra 2015 udarbejdet af OECD og Rigsrevisionens beretning fra september 2018 om behandlingen af konkurrencesager. Endelig indeholder bilaget resultaterne af en spørgeskemaundersøgelse, som Justitia har gennemført som led i udarbejdelsen af dette høringssvar.

Alle bilag og betragtningerne heri er en integreret del af selve høringssvaret, og der vil løbende blive henvist til bilagene.

Høringssvaret er opdelt i en række emner, som Justitia har fundet det relevant at udtale sig om. Først behandles i afsnit 1 de dele af lovforslaget og direktivet, der relaterer sig til konkurrencemyndighedernes uafhængighed. Særligt behandles den personelle uafhængighed for så vidt angår både Konkurrencerådets medlemmer og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktion og ansatte (afsnit 1.1.) og den budgetmæssige uafhængighed (afsnit 1.2.). Afsnit 2 vedrører sikkerhedsgarantier, herunder sagsbehandlingstid (afsnit 2.1.), retten til at blive hørt (afsnit 2.2.) og retten til effektivt forsvar (afsnit 2.3.). I afsnit 3 og 4 behandles henholdsvis virksomheder og personers oplysningspligt og kontrolundersøgelser. Endelig behandles i afsnit 5 civile bøder, herunder både skyldsspørgsmålet (afsnit 5.1.) og spørgsmål om behandlingen af de civile bødesager (afsnit 5.2.).

1. Konkurrencemyndighedernes uafhængighed

Det er af afgørende betydning for retssikkerheden for de virksomheder, der bliver genstand for konkurrencemyndighedernes undersøgelser og afgørelser, at konkurrencemyndighederne af fuldstændig uafhængige af regeringen og anden politisk indflydelse samt af andre interessenter, som kan have interesse i udfaldet af en given konkurrencesag. Dette er almindeligt anerkendt i både den konkurrenceretlige litteratur, i de i [bilag 1](#) gengivne synspunkter fra UNCTAD og OECD og i præambelbetragtningerne til direktiv 2019/1. Direktivet indeholder derfor også i art. 4 regler som har til hensigt at sikre, at nationale konkurrencemyndigheder er fuldstændig uafhængige, når de anvender TEUF art. 101 og 102.

Direktivet er når bortses fra regler om straflempelse et såkaldt minimumsdirektiv, hvilket indebærer, at medlemsstaterne som minimum skal leve op til de krav om uafhængighed, som er opstillet i direktivets art. 4 som uddybet ved præambelbetragtninger 19-23. Disse bestemmelser er i lovforslaget søgt gennemført ved lovforslagets nr. 4, som introducerer et nyt stk. 5 i § 14, der fastsætter kriterierne for udpegningen af medlemmer af Konkurrencerådet og deres suppleanter. Derudover er bestemmelserne søgt gennemført i lovforslagets nr. 5, der introducerer en ny § 14 a,

som i stk. 1 fastlægger, at både medlemmer af Konkurrencerådet, deres suppleanter og direktøren for og de ansatte i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal være uafhængige af politisk eller anden udefrakommende indblanding og ikke må modtage instruktioner fra regeringen eller nogen offentlig eller privat enhed, når de håndhæver TEUF art 101 og 102 samt konkurrenceloven og bestemmelser udstedt i medfør heraf.

Lovforslaget og dets bemærkninger beskæftiger sig ikke med Konkurrence – og Forbrugerstyrelsens strukturelle uafhængighed som sådan af Erhvervsministeriet og politisk indflydelse. Dette er bemærkelsesværdigt ikke mindst i lyset af, at OECD i det af Konkurrence – og Forbrugerstyrelsen i 2015 bestilte peer review, som er omtalt i [bilag 4, afsnit 2](#) (s. 2-3), udtalte, at styrelsen kun har begrænset uafhængighed, ligesom det fremgår, at den daværende direktør anerkendte, at udstrækningen af respekten for styrelsens uafhængighed af regeringen og Erhvervsministeren var skrøbelig. OECD bemærkede endvidere, at der ikke findes en formel sikring af styrelsens budgetmæssige uafhængighed.

I dette afsnit følger Justitias bemærkninger til, hvordan der sker optimal sikring af uafhængigheden for Konkurrencerådets medlemmer (afsnit 1.1.1.) samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktion og ansatte (afsnit 1.1.2.). Herefter følger Justitias bemærkninger om sikring af konkurrencemyndighedernes budgetmæssige uafhængighed (afsnit 1.2.) og mulige administrative konsekvenser af Justitias anbefalinger om uafhængighed (afsnit 1.3.).

1.1. Den personelle uafhængighed

1.1.1. Sikring af uafhængighed for Konkurrencerådets medlemmer

For så vidt angår selve Konkurrencerådet, er dette efter loven bestyrelse for den del af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens aktiviteter, som angår håndhævelse af TEUF art. 101 og 102 og konkurrenceloven samt udarbejdelse af analyser afgivet af Konkurrencerådet eller styrelsen på rådets ansvar. Rådsmedlemmerne udpeges allerede i dag på grundlag af deres personlige og faglige kvalifikationer, og Justitia finder det rigtigt og hensigtsmæssigt, at disse kvalifikationskrav nu understreges i lovforslagets § 14, stk. 5.

Det er imidlertid Justitias opfattelse, at Konkurrencerådets uafhængighed kunne styrkes ved at ændre reglen om, at medlemmerne udpeges for fire år ad gangen med mulighed for genudpegelse. Dette skyldes, at denne udpegningsmodel indebærer en ikke helt fjerntliggende risiko for, at det medlem af rådet, som ønsker genudpegning, vil være utilbøjelig til at træffe afgørelser eller komme med anbefalinger i analyser, som kommer på tværs af politiske ønsker hos den erhvervsminister, som skal genudpege det pågældende medlem. Der kan i denne forbindelse henvises til UNCTADs betragtninger gengivet i [bilag 1, afsnit 4.1](#) (s. 8, 3. afsnit) og OECDs synspunkter gengivet i samme bilag, afsnit 4.2 (s. 10, 2. afsnit).

Hertil kommer, at muligheden for at genudpege de samme medlemmer gang på gang indebærer en nærliggende risiko for, at medlemmerne i den grad identificerer sig med den styrelse, som betjener dem. Dette kan have den konsekvens, at de mister den nødvendige kritiske distance, som enhver bestyrelse må have til det administrative apparat, der betjener dem.

Det er derfor Justitias anbefaling, at konkurrencelovens § 14, stk. 3 ændres således, at Konkurrencerådets medlemmer udpeges for en periode på 8 år uden mulighed for genudpegning. Herved sikres, at medlemmerne vil få den fornødne indsigt gennem erfaring, men samtidig vil risikoen for at muligheden for genudpegningen spiller en rolle i enkeltafgørelser og redegørelser blive elimineret. Såfremt dette forslag følges, vil det ved første udnævnelse til et nyt konkurrenceråd være nødvendigt, at halvdelen først udnævnes i fire år for at sikre den fornødne kontinuitet i rådets arbejde.

Med lovforslaget søges meget betydelige ændringer af konkurrenceloven gennemført, herunder ikke mindst hjemlen til at konkurrencemyndighederne kan anlægge retssag med påstand om såkaldte civile bøder, de foreslåede regler til ændring af konkurrencelovens § 16, stk. 2 samt forslaget til ny § 16 b om hastende påbud. Under hensyntagen til dette og til de nye og vidtgående regler om oplysning af konkurrencesager finder Justitia, at det ved sammensætningen af Konkurrencerådet bør sikres, at formanden med sikkerhed har den fornødne juridiske indsigt til at bedømme, om lovens betingelser for en given disposition er opfyldt, herunder også om proportionalitetsbetragtninger bør føre til det ene eller det andet resultat. Det er derfor Justitias anbefaling, at formanden for Konkurrencerådet bør være en udnævnt landsdommer, som ligeledes bør have en funktionsperiode på 8 år, hvilket vil sikre, at formanden alene kan afskediges ved dom i Den Særlige Klageret. Dette indebærer en særlig grad af sikring af formandens uafhængighed. Ved ændringen af konkurrenceloven i 2014 foreslog erhvervslivets organisationer da også, at formanden for Konkurrencerådet burde være landsdommer, jf. [bilag 2, afsnit 2.2](#) (s. 8, 2. afsnit).

Justitia anerkender, at konkurrenceøkonomiske betragtninger gennem årene har fået stadigt større betydning også ved afgørelse af enkeltsager, ligesom udarbejdelse af konkurrenceanalyser kræver en betydelig fagøkonomisk indsigt. Med den sammensætning som Konkurrencerådet i øvrigt har, finder Justitia, at det er tilstrækkeligt sikret, at også konkurrenceøkonomiske betragtninger ved den ændrede sammensætning vil få den fornødne vægt i rådets arbejde. Såfremt forslaget om at formanden skal være landsdommer følges, kunne det i loven fastsættes, at næstformanden skal være et medlem med økonomisk indsigt.

1.1.2. Sikring af uafhængighed for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør og medarbejdere

For så vidt angår uafhængigheden af direktøren for og ansatte i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, finder Justitia, at den foreslåede bestemmelse til ny § 14 a for disse personers vedkommende i vidt

omfang har karakter af en hensigtserklæring uden de fornødne garantier for, at deres uafhængighed navnlig af minister og departement reelt sikres.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er karakteriseret ved at være en styrelse, hvor dele af virksomheden, nemlig forvaltningen af konkurrencelovgivningen og TEUF art. 101 og 102 er omgærdet af et uafhængighedskrav. Det er dog således, at styrelsen og dens direktion og medarbejdere arbejder under minister- og departementsinstruktion også på konkurrencelovens område, når de udfører lovforberedende arbejde og udfører ministerbetjening. På alle andre områder af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens virke er direktionen og medarbejdere undergivet samme instruktionsbeføjelser som alle andre styrelser i erhvervsministeriets koncern. Meget betydelige dele af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens arbejde angår helt andre retsområder end konkurrencelovgivningen. Dette følger bl.a. af bilag 4, afsnit 3 (s. 4, 3. afsnit), hvoraf fremgår, at styrelsen ifølge Rigsrevisionen i 2017 havde 245,3 årsværk totalt, hvoraf ca. 1/3 (dvs. 80-90 årsværk) blev anvendt på konkurrenceområdet. Heri er indbefattet de områder, som f.eks. ministerbetjening og lovforberedende arbejde, som ikke er omfattet af lovens uafhængighedskrav. Hertil kommer, at medarbejdere i styrelsen af direktøren frit kan flyttes fra et arbejdsområde til et andet. Dette indebærer, at man administrativt kan flytte en medarbejder, hvis synspunkter på et givent konkurrencemæssigt problem ikke falder i tråd med ledelsens ønsker til et helt andet arbejdsområde i styrelsen.

For direktørens vedkommende er denne som det fremgår af bilag 2, afsnit 1.1.2 ansat på åremål på samme vilkår som gælder for alle andre styrelser i erhvervsministeriets koncern. Justitia bemærker, at en direktør alene kan afskediges af saglige grunde, men dette indebærer ikke noget særskilt retsværn i relation til direktørens uafhængighed. Beskyttelsen er allerede af den grund ringere end den beskyttelse, som loven opstiller for Konkurrencerådets medlemmer og den, der af markedsføringsloven følger for den uafhængige forbrugerombudsmand.

Direktørens ansættelseskontrakt indebærer, at direktøren årligt kan tillægges et engangsvederlag, hvis størrelse afhænger af, at direktøren opfylder visse succeskriterier. Som påpeget i bilag 2, afsnit 1.1.2, har det ikke været muligt for Justitia gennem aktindsigt at få en detaljeret indsigt i, hvordan det årlige vederlag fastsættes. Det fremgår dog af styrelsens hjemmeside, at der bl.a. indgår kriterier som medvirken til opfyldelsen af strategiske mål forhandlet med departementet såsom eksempelvis bidrag til regeringens økonomiske genopretningspakke som led i indsatsen mod Covid-19 og til at leve op til fastsatte mål for sagsbehandlingstider på tværs af ministeriet.

Herudover er det åbenbart, at direktøren løbende deltager i alle møder i koncernen mellem departementet og styrelsesdirektørerne og således indgår i Erhvervsministeriets koncern på lige fod med andre direktører. Også dette er mulig baggrund for, at en række interessenter i Global Competition Reviews evaluering af de danske konkurrencemyndigheder har peget på, at direktøren synes mere optaget af policy matters end af håndhævelse af konkurrenceloven.

Det kan på denne baggrund konstateres, at langt hovedparten af såvel direktørens som de øvrige ansattes arbejde vedrører opgaver, som ikke er omgærdet af et krav om uafhængighed af minister og departement, men tværtimod opgaver som forudsætter politisk lydhørhed og et meget tæt samarbejde mellem styrelse og minister/departement under disses instruktionsbeføjelse. Justitia kan således tilslutte sig OECDs synspunkt om, at styrelsen kun har begrænset uafhængighed (se hertil [bilag 4, afsnit 2](#)).

Det er Justitias vurdering, at vægtningen af de forskellige arbejdsopgaver, incitamentsstrukturen i direktørens ansættelseskontrakt og den omstændighed, at styrelsens strategiske mål hvert år forhandles med departementet medfører en ikke helt fjernliggende risiko for, at den minister eller departementschef, som måtte ønske at påvirke styrelsens afgørelser ved håndhævelsen af TEUF art. 101 og 102 samt konkurrenceloven ikke vil være udelukket herfra. Det er derfor Justitias opfattelse, at det er en realistisk vurdering, når en tidligere direktør for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen karakteriserer den nuværende konstruktion, som ikke afgørende ændres med lovforslagets § 14a, som skrøbelig.

For at styrke direktørens og de øvrige ansattes reelle uafhængighed finder Justitia, at Konkurrencerådets virke som bestyrelse bør udvides således, at det er det utvivlsomt uafhængige Konkurrenceråd, der ansætter og afskediger direktøren og løbende forhandler mulige årlige reguleringer og tillæg til direktørens løn. Samtidig bør det selvsagt være direktøren, der herefter har kompetencen til at ansætte og afskedige styrelsens øvrige medarbejdere.

For yderligere at sikre direktørens fuldstændige uafhængighed fra politisk indflydelse og anden uvedkommende indflydelse foreslås det, at direktøren i lighed med de regler der gælder for Forbrugerombudsmanden i markedsføringslovens § 25, stk. 3 udnævnes for et tidsrum på op til 6 år med mulighed for forlængelse med op til 3 år. Derudover foreslås det, at udnævnelsen foretages af Konkurrencerådet frem for erhvervsministeren, som det gælder i dag. Efter udløbet af de foreslåede frister skal genudnævnelse alene kunne ske efter fornyet opslag. Det foreslås derudover, at direktøren i lighed med Forbrugerombudsmanden alene skal kunne afskediges uden ansøgning, såfremt afskeden er begrundet i helbredsmæssige årsager eller den pågældende som følge af strafbart forhold, tjenesteforseelse eller mislighed er uegnet til at forblive i stillingen.

Under henseende til de meget betydelige beføjelser, der ved konkurrenceloven er tillagt direktøren, kunne det af hensyn til retssikkerheden for de virksomheder, der involveres i en sag med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om håndhævelse af TEUF art. 101 og 102 samt konkurrenceloven overvejes, om direktøren for styrelsen i lighed med Forbrugerombudsmanden burde opfylde de almindelige betingelser for at blive dommer.

1.2. Den budgetmæssige uafhængighed

Direktivets art. 5 foreskriver, at de nationale konkurrencemyndigheder skal råde over et tilstrækkeligt antal kvalificerede ansatte og tilstrækkelige finansielle, tekniske og teknologiske ressourcer for

effektivt at kunne håndhæve konkurrencereglerne. Det foreskrives i art. 5, stk. 3, at medlemsstaterne skal sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder indrømmes uafhængighed i anvendelsen af deres tildelte budget til varetage af deres opgaver med håndhævelsen af konkurrencereglerne. Endelig foreskriver stk. 4, at medlemsstaterne skal sikre, at konkurrencemyndighederne indgiver periodiske rapporter om deres aktiviteter og ressourcer til regeringen eller Folketinget.

Rapporterne skal indeholde oplysninger om udpegning og afskedigelse af medlemmer af beslutningsorganet, omfanget af tildelte ressourcer i det relevante år samt enhver ændring af dette beløb sammenlignet med tidligere år. Disse bestemmelser i direktivet er uddybet i præambelbetragtningerne 24-27.

Direktivets bestemmelser om budgetmæssig uafhængighed er i det foreliggende lovforslag alene søgt gennemført ved forslaget § 14 b, som foreskriver, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved finansårets udløb skal udarbejde en beretning til erhvervsministeren om aktiviteterne i det forløbne år, herunder udpegning og afgang af medlemmer af Konkurrencerådet og styrelsens direktør, omfanget af tildelte ressourcer samt ændring heri sammenlignet med tidligere år. Art. 5 er endvidere behandlet i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, hvor Erhvervsministeriet anfører, at tildelingen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens budgetbevilling følger processen for udarbejdelse af finansloven. Styrelsen indgår i en mål- og resultatplan med Erhvervsministeriet og styrelsens direktør har inden for de givne bevillinger og den udarbejdede resultatplan beføjelser til uafhængigt at prioritere og allokere de tildelte bevillinger. Det anføres endvidere, at Rigsrevisionen kan efterprøve, om styrelsen har ressourcemangel i et omfang, som indebærer, at styrelsen ikke vil kunne varetage opgaverne i art. 5, stk. 2. Erhvervsministeriet anser hermed kravene i direktivets art. 5, stk. 1-3 for at være opfyldt.

Justitia er ikke enig i denne vurdering og henleder i denne forbindelse opmærksomheden på, at OECD i det peer review fra 2015 ([bilag 4, afsnit 2](#)) som var bestilt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen netop anfører, at der ikke eksisterer nogle formelle garantier, som sikrer de ressourcer, som skal være til rådighed for styrelsen eller regler, der kan forhindre, at styrelsens ressourcer omfordes til andre formål. OECD har endvidere som gengivet i [bilag 1, afsnit 4.2](#) (s. 10, 4. afsnit) udtalt, at budgetspørgsmål er en kritisk problemstilling og fremhævet, at upassende pression kan udøves, og at der derfor bør opstilles passende garantier for budgetmæssig uafhængighed. Der henvises endvidere til [bilag 1, afsnit 5](#) (s. 12, sidste afsnit), hvor tre ledende medarbejdere i DG Competition udtaler, at et separat budget med budgetmæssig autonomi for konkurrencemyndigheden er et vigtigt led i at sikre konkurrencemyndighedens uafhængighed.

Der henvises endelig til præambelbetragtning nr. 25 som henstiller til, at de nationale konkurrencemyndigheder bør styrkes ved, at de uafhængigt kan træffe afgørelser om udnyttelsen af deres budgetbevillinger, hvilket lovforslaget efter Justitias opfattelse formentlig ikke fuldt ud lever op til.

Justitia finder, at det i væsentlig grad ville styrke konkurrencemyndighedens uafhængighed, såfremt styrelsens årlige bevilling på finansloven blev udarbejdet på grundlag af budgetforslag udarbejdet af Konkurrencerådet som bestyrelse for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og således at departementet herefter ikke kan disponere over den tildelte bevilling, idet denne kompetence eksklusiv henlægges til Konkurrencerådet.

At en sådan model i væsentlig grad kan være med til at sikre konkurrencemyndighedens uafhængighed kan illustreres ved, at det er denne model, der er lagt til grund for så vidt angår den bevillingsmæssige behandling af den uafhængige Domstolsstyrelse, jf. nærmere herom bilag 2, afsnit 1.1.3. Det er derfor Justitias forslag, at uafhængigheden af konkurrencemyndigheden styrkes ved fuldt ud at implementere art. 5, stk. 1-3 i den kommende konkurrencelov med en model som svarer til den model, der gælder for Domstolsstyrelsen.

1.3. Mulige administrative konsekvenser af Justitias anbefalinger om uafhængighed

Som det fremgår af bilag 2, afsnit 1.2, blev der ved en sammenlægning af konkurrencestyrelsen og forbrugerstyrelsen i 2010 ikke reflekteret over de problemstillinger, som kunne udspringe af, at man i samme styrelse kombinerede opgaver, som var omgærdet af et uafhængighedskrav i konkurrenceloven med en række andre opgaver, hvor dette krav ikke var gældende. Som det fremgår, var baggrunden herfor, at konkurrencestyrelsen på daværende tidspunkt alene fungerede som sekretariat for det uafhængige konkurrenceråd, og der blev ikke ved sammenlægningen ændret på Konkurrencerådets status eller kompetence.

Ved en ændring af konkurrenceloven i 2014, som er beskrevet i bilag 2, afsnit 2, blev styrelsen tillagt vidtgående selvstændige beslutningsbeføjelser, som skal udøves under iagttagelse af samme krav til uafhængighed som de krav, der indtil da alene var stillet til Konkurrencerådet. Ved denne lovændring blev der heller ikke reflekteret over, i hvilket omfang det kunne give anledning til problemer, at man i samme styrelse kombinerede beføjelser hos direktionen som krævede fuldstændig uafhængighed af politisk indflydelse med andre funktioner, hvor direktionen opererede under ministeransvar og dermed ministerens og departementets instruktionsbeføjelse.

Som påpeget ovenfor giver denne sammenblanding af funktioner og vægtningen af disse funktioner i styrelsens arbejde nu anledning til ikke helt ubetydelige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, som efter Justitias opfattelse gør det nærmest illusorisk at antage, at direktionen og medarbejderne, på trods af lovforslagets tekst, kan operere uafhængigt som krævet i direktivet.

Justitia erkender, at dette ideelt set kan føre til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen igen må opsplittes, således at konkurrencestyrelsen genetableres som en selvstændig styrelse med de krav til uafhængighed, der af direktivet følger til de besluttende organer – dvs. såvel rådet som styrelsens direktion. Konkurrencestyrelsen bør herefter alene varetage opgaver med håndhævelse af

konkurrenceloven og TEUF art. 101 og 102 samt analyser på eget initiativ og ikke beskæftige sig med ministerbetjening eller lovforberedende arbejde. Denne arbejdsdeling kendes i forvejen fra forholdet mellem Domstolsstyrelsen og Justitsministeriets departement. Det kunne i den forbindelse overvejes at overføre sektorregulering med stærke konkurrenceretlige elementer – f.eks. teleområdet – til konkurrencestyrelsen, således at både den generelle regulering og sektorregulering blev samlet i denne styrelse.

Justitia skal ikke forholde sig til hvorledes der i en sådan situation skal forholdes med den nuværende styrelses øvrige opgaver.

2. Om sikkerhedsgarantier

2.1. Sagsbehandlingstid

I direktivets art. 3 opstilles en række krav til konkurrencemyndighedernes sagsbehandling, som skal sikre, at virksomheder som involveres i en konkurrencesag har passende sikkerhedsgarantier for så vidt angår deres ret til forsvar, retten til at blive hørt og adgangen til effektive retsmidler mod trufne afgørelser.

Det foreskrives endvidere, at håndhævelsessager ved de nationale konkurrencemyndigheder skal behandles inden rimelig tid.

Art. 3 er nærmere uddybet i præambel 14 til direktivet, som bl.a. foreskriver, at sikkerhedsgarantierne skal udformes således, at der skabes balance mellem virksomhedernes grundlæggende rettigheder og pligten til effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne. Det fremhæves i præambelen, at sikkerhedsgarantierne omfatter retten til god forvaltning og respekten for virksomhedernes ret til forsvar, som er et afgørende aspekt af retten til at blive hørt.

Art. 3 har bl.a. givet sig udslag i lovforslaget til et nyt stk. 4 i konkurrencelovens § 14, hvor det fastslås, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet skal behandle håndhævelsessager inden for rimelig tid. Når henses til de besvarelser, der er fremkommet i Justitias spørgeskemaundersøgelse, som gengivet i bilag 4, afsnit 4, er der god grund til i selve lovteksten at fremhæve pligten til at behandle sagerne inden for rimelig tid. Såvel de uddybende svar i spørgeskemaundersøgelsen som gengivelsen af brugersynspunkter i Global Competition Reviews årlige ranking af de danske konkurrencemyndigheder synes at indikere, at sagsbehandlingstiden i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet ikke lever op til de standarder, som synes forudsat ved direktivets udformning. Der kan ikke med udgangspunkt i direktivet opstilles bestemte tidsrammer for gennemløbstiderne af sager i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, men når Rigsrevisionens undersøgelse af dette spørgsmål (bilag 4, afsnit 3, s. 4) sammenholdes med brugernes opfattelse af styrelsens sagsbehandlingstider (bilag 4, afsnit 4, navnlig s. 7-8 og 14-15) er

der indikationer for, at der er et reelt problem med sagsbehandlingstiderne, som kalder på en løsning.

De lange sagsbehandlingstider kan være udtryk for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke får tilført de nødvendige ressourcer til at løse deres opgaver indenfor rimelig tid, hvilket kan understøtte kravet om, at styrelsen får eget budget udarbejdet på grundlag af et forslag fra styrelsens bestyrelse Konkurrencerådet.

2.2. Retten til at blive hørt

Svarene fra brugerne i spørgeskemaundersøgelsen synes at indikere ikke helt ubetydelige problemer for så vidt angår retten til at blive hørt. Der henvises herved til de bemærkninger, der er fremkommet om muligheden for at påvirke styrelsens opfattelse af en sag, som efterlader det indtryk, at styrelsen synes tidligt at lægge sig fast på en bestemt opfattelse af sagen, som det er vanskeligt for involverede parter at imødegå. Dette understøttes ligeledes af et udsagn fra en kilde i Global Competition Reviews ranking af de danske konkurrencemyndigheder i 2018, der angiver, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lader til at se bort fra faktiske og økonomiske beviser og har en tendens til at foretage konklusionen for derefter at samle de beviser, der passer herpå (se nærmere herom [bilag 4, afsnit 1](#)).

Der henvises i denne forbindelse til spørgeskemaundersøgelsen i [bilag 4, afsnit 4](#), navnlig svar nr. 1, 2, 6, 9, 11, 13, 15, 16, 17, 18 og 19 til spørgsmålet om bemærkninger om muligheden for at påvirke styrelsens opfattelse af en sag.

Disse synspunkter fra brugerne synes at indikere et betydeligt behov for at gentænke proceduren for sagsbehandling i styrelsen og Konkurrencerådet, herunder navnlig at der tages hensyn til behovet for at sikre, at de synspunkter de involverede virksomheder fremkommer med under sagsbehandlingen også adresseres i den endelige afgørelse. Justitia finder derfor, at det bør overvejes i lovteksten at indsætte en bestemmelse, der sikrer, at dette rent faktisk sker, når henses til den vægt der i direktivets art. 3 og præambel 14 lægges på retten til at blive hørt.

Herudover er det Justitias opfattelse, at det kunne øge gennemsigtigheden om styrelsens sagsbehandling og dermed tilliden til denne, hvis informationsniveauet om styrelsens aktiviteter blev øget i form af flere statistiske oplysninger og udbyggede oplysninger om styrelsens sagsbehandling.

En anden anbefaling, der kan forbedre virksomhedernes oplevelse af at blive hørt, er at det overvejes, om der med fordel i dansk ret kunne indføres såkaldte høringskonsulenter.

Som det fremgår af [bilag 1, afsnit 3](#), har EU-Kommissionen siden 1982 opereret med en særlig institution kaldet *hearing officers* (på dansk "høringskonsulenter"). Deres fornemmeste opgave er at sikre, at virksomheder som er involveret i en sag, der behandles af DG Competition (Europa-Kommissionens generaldirektorat for Konkurrence) og afgøres af Kommissionen, får lejlighed til

effektivt at præsentere deres synspunkter, ligesom hearing officers sikrer, at disse synspunkter tages i betragtning ved sagens afgørelse.

I forbindelse med forberedelsen af den danske implementering af direktivet var der som gengivet i bilag 1, s. 17 en høring af erhvervslivets organisationer, som i enighed anbefalede, at der i dansk ret blev indført regler om høringskonsulenter efter samme retningslinjer, som er gældende i EU. Disse ønsker er helt uomtalt i det nu fremsatte lovforslag.

Justitia finder, at retssikkerhedsmæssige betragtninger i meget høj grad taler for at overveje at indføre en tilsvarende institution i dansk ret, ikke mindst under hensyntagen til brugernes evalueringer af den nugældende praksis med hensyn til at blive hørt i processen.

Hvis hearing officers skal være et effektivt værn for virksomhederne, forudsætter det, at de ikke er undergivet instruktionsbeføjelse fra minister eller departement, men også at de er uafhængige af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktion og ikke indgår i den almindelige sagsbehandling. En løsning på de strukturelle problemer, som dette kunne give anledning til, kunne være, at høringskonsulenter refererede direkte til Konkurrencerådets formandskab. Dette ville være en effektiv beskyttelse af høringskonsulenterne, navnlig hvis konkurrencemyndighederne selvstændiggøres som en uafhængig institution med Konkurrencerådet som en egentlig bestyrelse. Justitia anbefaler derfor, at der i forbindelse med den forestående ændring af konkurrenceloven tilvejebringes hjemmel for, at konkurrencemyndighederne udvides med høringskonsulenter, hvis opgaver skal være de samme som de opgaver, de løser i sagsbehandlingen i EU.

2.3. Retten til effektivt forsvar

Et centralt element i retten til et effektivt forsvar er adgangen til inden for rimelig tid effektivt at kunne anfægte en afgørelse truffet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Konkurrencerådet. Efter dansk ret kan en afgørelse truffet af styrelsen og rådet først indbringes for domstolene, når sagen har været prøvet i Konkurrenceankenævnet.

Efter lovforslaget vil denne model også komme til at gælde for foreløbige påbud efter lovforslagets § 16 b, idet det i lovforslaget forudsættes, at forretningsordenen for Konkurrenceankenævnet tilpasses med en særlig hasteprocedure.

Lovforslaget bygger på den forudsætning, at Konkurrenceankenævnet er et organ af domstolslignende karakter med særlige faglige forudsætninger for at bedømme konkurrencesager.

Konkurrenceankenævnets virke efter gældende ret er nærmere beskrevet i bilag 3, hvoraf det fremgår, at der med god grund kan sættes spørgsmålstejn ved, om nævnet er sammensat på en måde, så det har særlige faglige forudsætninger for at bedømme konkurrencesager. Det påpeges ligeledes, at det er problematisk, at Konkurrenceankenævnets formand skal være en højesteretsdommer.

Den gennemgang der i bilag 3 er foretaget af Konkurrenceankenævnets virke indtil nu synes at dokumentere, at den prøvelse der foretages i Konkurrenceankenævnet ikke er særligt dybdegående og begrænser sig til en overordnet judicial kontrol, hvilket er forståeligt når henses til nævnets meget begrænsede ressourcer. Dette fremgår ligeledes i høj grad af de besvarelser, der er indkommet til Justitias spørgeskemaundersøgelse som gengivet i bilag 4, afsnit 4. Et stort flertal af de brugere der har besvaret spørgeskemaet finder ikke processen for Konkurrenceankenævnet tilfredsstillende, og et flertal finder ikke, at Konkurrenceankenævnet foretager en grundig prøvelse af sagerne. En parts mulighed for at præsentere sin sag for Konkurrenceankenævnet vurderes af et stort flertal som utilfredsstillende. De fleste finder ikke, at en parts juridiske og økonomiske argumentation indgår i Konkurrenceankenævnets afgørelse. Næsten alle brugere finder, at nævnsbehandlingen ikke tilfører en værdi, som ikke ville fremkomme, hvis sagen blev indbragt direkte for Sø- og Handelsretten, og et stort flertal finder, at muligheden for at indbringe sagen direkte for Sø- og Handelsretten ville reducere en parts omkostninger.

Det er derfor Justitias opfattelse, at Konkurrenceankenævnet ikke bidrager til virksomhedernes ret til et effektivt forsvar, men nærmere medfører, at processen for at en virksomhed kan få en effektiv domstolsprøvelse både forlænges og fordyres, uden at retssikkerhedsmæssige hensyn kan begrunde den nuværende konstruktion. Dette problem bliver ikke mindre, når Konkurrenceankenævnet nu også efter lovforslaget indføres som kontrolorgan for foreløbige påbud, som ikke kan indbringes for domstolene, før Konkurrenceankenævnet har behandlet sagen.

På baggrund af de observationer, som er indeholdt i bilag 3 og brugernes vurdering gengivet ovenfor foreslår Justitia, at Konkurrenceankenævnet nedlægges, således at afgørelser truffet af konkurrencemyndighederne – både endelige afgørelser og foreløbige påbud – kan indbringes direkte for Sø- og Handelsretten, hvilket i væsentligt omfang vil styrke virksomhedernes retssikkerhed og dermed retten til et effektivt forsvar. Særligt for så vidt angår foreløbige påbud henledes opmærksomheden på markedsføringslovens § 36 om foreløbige forbud nedlagt af Forbrugerombudsmanden. Bestemmelsen foreskriver, at sag til stadfæstelse af forbuddet skal anlægges senest næste hverdag, og at såfremt en sag til stadfæstelse af forbuddet ikke kan afgøres ved dom senest 5 hverdage efter sagens anlæg, kan retten under sagens videre forberedelse inden udløbet af 5-dagesfristen bestemme, at forbuddet fortsat skal stå ved magt. Retten giver forinden en sådan afgørelse træffes parterne adgang til at udtale sig. Stadfæstes et forbud ikke inden fristens udløb, bortfalder det.

Denne fremgangsmåde i markedsføringsloven sikrer en meget effektiv og hurtig behandling af foreløbige forbud, som på Forbrugerombudsmandens område kan være af samme komplekse karakter som foreløbige forbud efter konkurrenceloven.

Såfremt Justitias anbefaling om at nedlægge Konkurrenceankenævnet ikke følges, bør konkurrencelovens bestemmelser om Konkurrenceankenævnet justeres, således at formanden ikke længere skal være en højesteretsdommer, men en landsdommer. Om begrundelsen herfor henvises

til bilag 3, afsnit 6. Endvidere bør der i loven opstilles præcise faglige krav til Konkurrenceankenævnets medlemmer, som sikrer den fornødne konkurrenceretlige og konkurrenceøkonomiske erfaring og indsigt. Derudover bør sekretariatsbetjeningen af Konkurrenceankenævnet styrkes, således at sekretariatet rummer både konkurrenceretlig og konkurrenceøkonomisk indsigt.

3. Virksomheders og personers oplysningspligt

I direktivets art. 8 og 9 opstilles ganske vidtgående pligter for virksomheder som er genstand for en undersøgelse iværksat af konkurrencemyndighederne til at bidrage til sagens oplysning og medvirke til interviews, som konkurrencemyndigheden ønsker at gennemføre.

Disse bestemmelser er i forslaget til ny konkurrencelov implementeret ved ændringer i den gældende konkurrencelovs § 17, stk. 1, ny formulering af § 17, stk. 2 og indførelse af nye bestemmelser i forslagets §§ 17 a, 17 b og 17 c.

Retssikkerhedsmæssigt er det af afgørende betydning, at det i § 17 b fastslås, at retssikkerhedslovens § 10 som vedrører retten til ikke at inkriminere sig selv ikke skal gælde for så vidt angår krav til virksomheder og virksomhedssammenslutninger om at afgive oplysninger til konkurrencemyndighederne. Der henvises i § 17 b sidste punktum i stedet til, at der ikke er pligt til at afgive oplysninger, hvis dette kommer i strid med forbuddet mod selvinkriminering i EU-retten.

Det angives i lovforslagets bemærkninger til § 17 b, at forbuddet mod selvinkriminering i EU-retten er et dynamisk princip, som kan udvikles eller ændres af EU-domstolen. Det fremgår hertil, at forbuddet på nuværende tidspunkt må fortolkes således, at der ikke gælder en generel ret for virksomheder og virksomhedssammenslutninger i konkurrencesager til at nægte at besvare spørgsmål eller medvirke til sagens oplysning.

Begrænsningen ligger ifølge lovforslagets bemærkninger alene i, at en virksomhed eller virksomhedssammenslutning efter EU-retten alene har adgang til at påberåbe sig forbuddet mod selvinkriminering og dermed retten til at nægte at besvare spørgsmål, hvis besvarelsen vil kunne tvinge virksomheden til at tilstå at have begået en retsstridig handling, som det påhviler konkurrencemyndighederne at føre bevis for. Det indebærer, at virksomheder ikke kan forpligtes til at vurdere eller kvalificere faktiske oplysninger, f.eks. ved at oplyse hvad der er blevet besluttet på et møde under omstændigheder, hvor konkurrencemyndighederne nærer mistanke om, at formålet med mødet var at indgå konkurrencebegrænsende aftaler.

Denne nye afgrænsning af forbuddet mod at inkriminere sig selv medfører efter Justitias opfattelse meget vidtgående begrænsninger i virksomhedernes retssikkerhed. Justitia finder derfor, at behovet for at begrænse virksomhedernes rettigheder efter retssikkerhedslovens §§ 9 og 10 bør belyses langt bedre, end det er sket i det foreliggende lovforslag med bemærkninger, da der er tale om et brud

på et i dansk ret helt fundamentalt retsprincip, som ikke alene udspringer af retssikkerhedsloven, men også af EMRK art. 6 og den retspraksis, der knytter sig hertil. En sådan analyse bør også forholde sig til et vigtigt spørgsmål, som ikke ses belyst med den fornødne grundighed i lovforslaget, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt beviser indsamlet som led i kontrol af en virksomhed vil kunne anvendes i en efterfølgende straffesag mod personer. Problemet består i, at reglerne om forbud mod selvinkriminering – og dermed også oplysningspligten – fremover vil være forskellige for virksomheder og personer, og det må anses for meget tvivlsomt, om beviser indsamlet med hjemmel i lovforslagets §§ 17a, § 17b og § 18, stk. 1 vil kunne anvendes som bevis i en straffesag mod personer for medvirken til overtrædelse af konkurrenceloven.

4. Kontrolundersøgelser

Efter direktivets art. 6 og 7 skal de nationale konkurrencemyndigheder have mulighed for at foretage nødvendige uanmeldte kontrolundersøgelser hos virksomheder og virksomhedssammenslutninger med henblik på at håndhæve konkurrencereglerne.

Det beskrives i art. 6 hvilke oplysninger, som myndigheden skal have adgang til og hvilke beføjelser, den skal have. Artiklen berører ikke muligheden for i national ret at stille krav om forudgående godkendelse af kontrolundersøgelsen af en national domstol. Justitia noterer sig med tilfredshed, at kravet om at kontrolundersøgelser gennemføres på grundlag af en dommerkendelse er opretholdt i konkurrencelovens § 18.

I art. 7 foreskrives det, at konkurrencemyndighederne også kan foretage kontrolundersøgelser med forudgående godkendelse af en national domstol i andre lokaler end virksomhedens forretningslokaler, herunder i private hjem tilhørende direktører og ledere eller andre ansatte, hvis der er grund til mistanke om, at f.eks. bøger og andre forretningspapirer opbevares her.

Direktivets art. 6 og 7 er udmøntet i ændringer i konkurrencelovens § 18 og nye bestemmelser i lovforslagets § 18 a. Det fremgår af lovforslagets § 18, stk. 1, at reglen i retssikkerhedslovens § 9 ikke skal finde anvendelse i forbindelse med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser, hvilket indebærer, at det ikke længere vil være strafferetsplejens regler som finder anvendelse på kontrolundersøgelsen.

De foreslåede regler om kontrolundersøgelser tillægger konkurrencemyndighederne meget vidtgående og indgribende beføjelser, som forudsætter omhyggelige juridiske vurderinger af det nødvendige grundlag for at gennemføre en sådan undersøgelse. Dette understreger behovet for, at ledelsen af konkurrencemyndigheden og de personer, som på myndighedens vegne gennemfører kontrolundersøgelserne, har de nødvendige juridiske kompetencer til at sikre, at der ikke foretages unødvendige indgreb, og at alle kontrolundersøgelser sker under iagttagelse af princippet om, at tvangsindgreb ikke bør gå længere, end formålet tilsiger.

Det er efter Justitias opfattelse meget vigtigt, at den domstolskendelse, som giver adgang til at gennemføre kontrolundersøgelsen, gives på grundlag af en ganske udførlig anmodning, samt at dommerkendelsen forholder sig udførligt til den anmodning, der er fremkommet fra konkurrencemyndigheden om kontrolundersøgelse.

5. Civile bøder

5.1. Skyldsspørgsmålet

Ved forslaget til ny affattelse af konkurrencelovens § 23 introduceres i dansk ret et nyt begreb, de såkaldte civile bøder. Virksomheders overtrædelser af konkurrenceloven betragtes herefter ikke længere som en strafbar forseelse, men som en overtrædelse der kan udløse en civilretlig bøde. Omvendt vil personer fortsat kunne mødes med et egentligt strafansvar for medvirken til virksomhedernes overtrædelse af konkurrenceloven. Den afgørende nyskabelse ved civile bøder er - udover den måde, hvorpå de behandles, jf. nærmere nedenfor - at bøder vil kunne pålægges enhver juridisk person for forsætlige og uagtsomme overtrædelser. Afgørende er her, at uagtsomhedsbegrebet skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten, hvilket indebærer, at også simpel uagtsomhed kan danne grundlag for en civil bøde.

Det forekommer ret åbenbart, at denne udvidelse af uagtsomhedsbegrebet i forhold til gældende ret kan føre til, at området for bødepålæg udvides ganske væsentligt, men de praktiske konsekvenser heraf ses ikke behandlet i lovforslaget. Indførelsen af civile bøder vil få den konsekvens, at området for strafbare overtrædelser af konkurrenceloven for så vidt angår personer vil adskille sig fra området for civile bøder for virksomheder, derved at personer fortsat kun vil kunne straffes for forsætlige eller groft uagtsomme overtrædelser af konkurrenceloven. Sager mod personer vil fortsat skulle behandles af anklagemyndigheden, mens sager mod virksomheder alene undergives behandling af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet. De regler der i lovforslaget er opstillet om bødeudmåling ses at være i overensstemmelse med direktivets bestemmelser, og går ikke videre end direktivet kræver.

Justitia finder det relevant at påpege, at gældende ret indebærer, at en sag mod en virksomhed, der oversendes til anklagemyndigheden med henblik på fastsættelse af straf, i anklagemyndigheden undergives en nøje vurdering af, om en tiltalerejsning må forventes at kunne føre til en fældende dom. Denne ekstra kontrol vil ikke længere eksistere for så vidt angår bøder til virksomheder, idet det fremover at konkurrencemyndigheden selv, der rejser disse sager. Det vil altså være samme personkreds, som er nået frem til, at der foreligger en overtrædelse af konkurrenceloven, som beslutter at rejse sag om pålæggelse af en civil bøde ved domstolene.

Såfremt Justitias forslag om introduktion af høringskonsulenter i konkurrenceprocessen følges, ville det være nærliggende at operere med en regel om, at stævninger hvorved der påstås en civil bøde

skulle passere høringskonsulenten til kontrol, inden sag anlægges. Der ville herved kunne tilvejebringes en vis sikkerhed for en uvildig vurdering af grundlaget for pålæggelse af en bøde.

5.2. Behandlingen af civile bødesager

Direktivets art. 13 har som sit udgangspunkt, at civile bøder skal kunne pålægges direkte af konkurrencemyndighederne. Dette er da også ordningen i en lang række EU-medlemsstater, ligesom også Kommissionen i sager, der behandles der, selv kan pålægge virksomheder bøder, som efterfølgende kan efterprøves ved domstolene.

Af forarbejdernes afsnit 2.20.2.1. fremgår, at både Erhvervsministeriet og Justitsministeriet har været involveret i overvejelserne om, hvilken myndighed der i Danmark skulle have adgang til pålæggelse af civile bøder. Det er ministeriernes samstemmende opfattelse, at administrative bøder efter grundlovens § 3 ville give anledning til forfatningsmæssige betænkeligheder. Justitia deler denne opfattelse og tilslutter sig derfor, at sager om civile bøder bør undergives domstolsbehandling.

Det følger imidlertid af direktivet, at civile bøder ikke skal behandles som straffesager, og lovforslaget bygger derfor på en ordning, hvorefter bøder der pålægges virksomheder skal behandles i den civile retsplejes former. Det er i forarbejderne vurderingen, at en behandling af bødesager i den civile retsplejes former ville indeholde tilstrækkelige retssikkerhedsmæssige garantier til at sikre de involverede virksomheders retssikkerhed. Justitia er således enig i, at de regler og principper der gælder i den civile retspleje er tilstrækkelige til at sikre en effektiv og retssikkerhedsmæssig forsvarlig behandling af sagerne ved domstolene. Justitia er endvidere enig i, at det i begrænset omfang er nødvendigt at indføre særlige regler om behandlingen af civile bødesager.

Sådanne særlige regler er introduceret i forslaget til nyt kapitel 9 a i konkurrenceloven. Det følger heraf, at retten ved behandlingen af sager om civile bøder ikke er bundet af parternes påstand om størrelsen af en civil bøde, mens alle andre regler følger de almindelige regler for civile sager, hvilket indebærer, at både dispositionsmaksimen og forhandlingsmaksimen finder anvendelse.

Det følger af lovforslaget, at sagen indbringes for retten af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, men først når overtrædelsen den pågældende afgørelse vedrører har været behandlet i Konkurrenceankenævnet. Som det fremgår ovenfor og af [bilag 3](#) finder Justitia det ikke nødvendigt at indskyde Konkurrenceankenævnet som et mellemed før domstolsbehandling kan finde sted. Justitia finder derfor heller ikke, at reglen i forslagets § 25 a, stk. 4 om, at sagen skal udsættes med henblik på forelæggelse af sagen for Konkurrenceankenævnet, hvis nævnet ikke tidligere har behandlet sagen, er relevant.

Som nævnt ovenfor fører indførelsen af civile bøder til, at sager mod virksomheder og personer behandles i to forskellige systemer. Justitia kan derfor tiltræde, at den tredjemand der kan blive draget personligt strafferetligt til ansvar for den overtrædelse, sagen om civil bøde angår, kan indtræde i sagen for at varetage sine interesser, og at retsplejelovens § 252, stk. 3 og 4 finder

tilsvarende anvendelse. Justitia er ligeledes enig i, at der bør kunne beskikkes en advokat for den pågældende efter anmodning.

Den omstændighed at sager om civile bøder skal behandles i den civile retsplejes former indebærer, at der ikke er noget krav om, at virksomheden er repræsenteret ved advokat, idet det følger af retsplejelovens § 259, at enhver part i en civil sag kan gå i rette for sig selv. Retten kan imidlertid i medfør af § 259, stk. 2 pålægge en part at lade sagen udføre af en advokat, hvis den ikke finder det hensigtsmæssigt at behandle sagen, uden at parten har en sådan bistand. Det må antages, at denne regel også gælder for sager om civile bøder, og der kan være særlig grund til at være opmærksom på, at retten i forbindelse med advokatpålæg efter stk. 3 kan vælge at beskikke parten en advokat. Dette vil formentlig kunne være særligt relevant i sager, hvor mindre virksomheder er involverede i overtrædelser af konkurrenceloven, der kan udløse et ikke ubetydeligt bødekrav, og hvor virksomhedens ledelse ikke har den fornødne indsigt til selv at føre sagen, og virksomheden ikke har midler til at antage en advokat.

Det følger af retsplejelovens § 328, stk. 4, nr. 1, at der kun undtagelsesvis kan meddeles fri proces til en part i en civil sag, der udspringer af ansøgerens erhvervsvirksomhed. Der kan dog være grund til i sager om civile bøder at være opmærksom på, at der kan meddeles fri proces efter § 329, såfremt sagen er af principiel karakter, af almindelig offentlig interesse eller af væsentlig betydning for ansøgerens erhvervsmæssige situation. Anvendelsen af denne bestemmelse vil formentlig i nogle tilfælde kunne være relevant for virksomheder, som mødes med en stævning med påstand om pålæggelse af civile bøder. Justitia opfordrer til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på sin hjemmeside offentliggør en vejledning om virksomhedernes retsstilling og muligheder for advokatbistand efter den civile retsplejes regler i sager om civile bøder.

Med venlig hilsen
Henrik Rothe
Projektleder
Adj. professor

JUSTITIA

Mobil/Cell +45 24 81 00 71

E-mail: henrik@justitiaint.org

<http://www.justitia-int.org>

Bilag 1: Den EU-retlige regulering af de danske konkurrencemyndigheder

1. Indledning

Den 11. december 2018 vedtog Europa-Parlamentet og Rådet det såkaldte ECN+ direktiv, som vil blive omtalt nærmere nedenfor.¹ Med direktivet pålægger EU medlemsstaterne at tilpasse deres lovgivning således, at konkurrencemyndighederne kan udøve deres beføjelser uafhængigt af politisk og anden uvedkommende indflydelse (direktivets art. 4). Derudover pålægger direktivet medlemsstaterne at sikre, at konkurrencemyndigheden indrømmes uafhængighed i anvendelsen af deres tildelte budget og sikres tilstrækkelige ressourcer til effektivt at kunne udøve deres beføjelser i håndhævelse af TEUF art. 101 og 102 om forbud mod henholdsvis konkurrencebegrænsende aftale og misbrug af dominerende stilling (direktivets art. 5).

Endvidere fastlægger EU i direktivet i art. 3 en pligt for medlemsstaterne til i deres egen lovgivning at opstille sikkerhedsgarantier for de virksomheder, som bliver part i en sag for konkurrencemyndighederne, som sikrer retten til et forsvar, herunder retten til at blive hørt og adgangen til effektive retsmidler.

Dette notat beskriver udviklingen i EU-retten, og kan bruges til at uddybe forståelsen og bidrage til fortolkningen af ECN+ direktivets art. 3, 4 og 5. Notatet inddrager også synspunkter fra andre internationale organisationer - UNCTAD og OECD - og den konkurrenceretlige litteratur, som kan bidrage til forståelsen af direktivet og til, hvorledes en national konkurrencemyndighed bør indrettes for i videst muligt omfang at leve op til kravene om uafhængighed og retssikkerhedsgarantier i direktivet.

Direktivet er et såkaldt minimumsdirektiv, når bortses fra regler om straflempelse. Dette indebærer, at direktivet opstiller nogle minimumskrav til medlemsstaterne, men der er intet der hindrer den enkelte medlemsstat i at indføre strengere krav til konkurrencemyndighedernes uafhængighed af regeringen og anden uvedkommende indflydelse eller mere effektive garantier for retssikkerhed i proceduren for behandling af konkurrencesager.

Grundlaget for den EU-retlige regulering af europæisk konkurrenceret er Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) art 101 og 102 (tidligere art 81 og 82) samt reglerne om fusionskontrol. EU-reglerne bygger på det såkaldte forbudsprincip, hvorefter en række handlinger, som kan svække eller skade konkurrence - f.eks. misbrug af dominerende stilling eller deltagelse i karteller - er forbudte og kan udløse straf og civile erstatningskrav.

¹ Direktiv (EU) 2019/1 af 11. december 2018.

TEUF art. 101 indeholder således et generelt forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, medmindre de opfylder kravene i artiklens stk. 3 til at være undtaget fra forbuddet. TEUF art. 102 indeholder et generelt forbud mod misbrug af en dominerende stilling på det indre marked.

Udviklingen har været sådan, at alle medlemsstater i EU i tiden op til rådsforordning 1/2003, som er beskrevet straks nedenfor, har tilpasset deres nationale konkurrencelovgivning således, at den bygger på TEUF art 101 og 102 og den praksis, der er udviklet om disse bestemmelser af EU-Kommissionen og EU's domstole.

For Danmarks vedkommende skete harmoniseringen ved 1997-reformen af konkurrenceloven, og senere kom der også i dansk ret regler om fusionskontrol, som afspejler principperne i EU-retten. 1997-reformen førte i dansk ret til, at der ved fortolkningen af dansk konkurrencelovgivning følges et såkaldt EU- konformitetsprincip, således at Kommissionens og Domstolens praksis er vejledende for fortolkningen af danske regler.

Harmoniseringen af EU-medlemsstaternes nationale konkurrencelovgivning med EU-retten medførte ikke i sig selv en ændring i kompetencefordelingen mellem EU-konkurrencemyndigheden og de nationale konkurrencemyndigheder. Afgrænsningen skete efter det såkaldte samhandelskriterium, hvorefter EU-myndighederne havde en eksklusiv kompetence til at anvende EU-reglerne, såfremt et forhold havde en fællesskabsdimension, mens nationale konkurrence myndigheder skulle anvende national konkurrenceret såfremt dette ikke var tilfældet.

Ovennævnte kompetencefordeling blev afgørende ændret ved Rådsforordning 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (nu 101 og 102). Med denne forordning blev der ikke gennemført nogen ændring i de materielle konkurrenceregler, idet forordningen alene vedrører proceduren for anvendelsen og håndhævelsen af EU's konkurrenceregler.

Den afgørende nyskabelse i forordningen var, at reglerne blev ændret således, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole fik kompetence til anvende fællesskabets konkurrenceregler direkte. Dette skulle muliggøre, at Kommissionen kunne koncentrere sig om bekæmpelsen af de alvorligste overtrædelser. Denne ændring har haft en helt afgørende betydning for håndhævelsen af konkurrencereglerne i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet, som efter forordningen har fået udvidet deres kompetence ganske væsentligt.

En anden vigtig nyskabelse var dannelsen af et formaliseret netværk – European Competition Network – bestående af de offentlige myndigheder i medlemsstaterne, der anvender fællesskabets konkurrenceregler. Formålet var at sikre en ensartet anvendelse af konkurrencereglerne i medlemsstaterne.

Det er også i forordningen forudsat, at der etableres et samarbejde mellem medlemsstaternes domstole og Kommissionen, som blandt andet skal sikre, at såvel Kommissionen som de nationale konkurrencemyndigheder orienteres om afgørelser fra de nationale domstole. Der er endvidere to

gange årligt møder mellem repræsentanter for Kommissionen og dommere fra de nationale domstole organiseret i Association of European Competition Law Judges (AECLJ).² Også dommere fra Sø- og Handelsretten deltager i dette arbejde.

Ud over disse nyskabelser indeholder forordningen en lang række regler om både Kommissionens og de nationale konkurrencemyndigheders sagsbehandling og kompetencer, om sanktioner i form af bøder og tvangsbøder og om høring og tavshedspligt.

Forordningen indeholder ikke regler om materiel konkurrenceret eller om indretningen af de nationale konkurrencemyndigheder.

Resultaterne af de første 10 år med forordningen er blevet evalueret fra flere sider, bl.a. af Wouter P.J. Wils, som er hearing officer (begrebet er nærmere beskrevet i afsnit 3 nedenfor) i Kommissionen og visiting professor på Kings College i London. Wils har i en artikel i Journal of European Competition Law and Practice konkluderet, at det nye håndhævelsessystem har været en stor succes, som har overgået forventningerne og har bevirket, at de nationale konkurrencemyndigheder nu er de primære håndhævere af TEUF art. 101 og 102.³

Der er i perioden 1. maj 2004 til 31. december 2014 indledt i alt 1344 undersøgelser og truffet 646 afgørelser. Af disse er 88 afgørelser truffet af Kommissionen, mens resten er truffet af de nationale konkurrencemyndigheder herunder Danmark, der perioden har truffet 39 afgørelser, som indebærer anvendelsen af art 101 og 102.

Kommissionen har i en meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet fra 2014 redegjort for de første 10 års håndhævelse i henhold til forordning 1/2003 og har opregnet både opnåede resultater og fremtidsperspektiver.⁴

Kommissionen fremhæver ligesom Wils, at forordningen i betydelig grad har styrket de nationale konkurrencemyndigheders håndhævelse af EU-retten, ligesom Konkurrencenetværket ("ECN") har skabt et værdifuldt instrument for udveksling af erfaringer om anvendelsen af materielle konkurrenceregler samt konvergens med hensyn til procedurer og sanktioner.

I Kommissionens meddelelse er også indeholdt et afsnit om de nationale konkurrencemyndigheders institutionelle stilling. Det anføres heri bl.a.:

*"Til trods for de manglende specifikke EU-lovgivningskrav har de nationale konkurrencemyndigheders stilling udviklet sig i retning af større autonomi og effektivitet. Mange nationale love indeholder særlige beskyttelsesregler for at sikre konkurrencemyndighedens uafhængighed og upartiskhed."*⁵

² AECLJ: www.aeclj.com.

³ Journal of European Competition Law and Practice, Vol 4, 2013, s. 293-301.

⁴ Europa-Kommissionen: Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet, Ti års håndhævelse af EU's kartel- og monopolregler i henhold til forordning 1/2003: opnåede resultater og fremtidsperspektiver, Bruxelles den 9. juli 2014, COM(2014) 453 final.

⁵ Meddelelsens s. 8, pkt. 3.26.

[...]

"For at sikre effektiv håndhævelse af EU's konkurrenceregler bør de nationale konkurrencemyndigheder være uafhængige, når de udøver deres funktioner, og bør have tilstrækkelige ressourcer. Der er stadig udfordringer i den henseende, især vedrørende de nationale konkurrencemyndigheders autonomi i forhold til de respektive regeringer samt udnævnelser og afskedigelser af de nationale konkurrencemyndigheders ledelse eller beslutningstagere. Der er ligeledes opstået spørgsmål om, hvordan man sikrer tilstrækkelige menneskelige og finansielle ressourcer.⁶

[...]

"Det er nødvendigt at sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder kan udføre deres opgaver upartisk og uafhængigt. Til dette formål er der brug for minimumsgarantier, der kan sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder og deres ledelse eller bestyrelsesmedlemmer er uafhængige, og at de råder over tilstrækkelige menneskelige og finansielle ressourcer. I den forbindelse er det vigtigt, at de nationale konkurrencemyndigheder har et separat budget med budgetautonomi, at der er klare og transparente udnævnelsesprocedurer for de nationale konkurrencemyndigheders ledelse eller bestyrelsesmedlemmer på grundlag af faglige kvalifikationer, at der er garantier, som sikrer, at der kun sker afskedigelser på et objektivt grundlag og uden sammenhæng med deres beslutningstagning, samt at der findes regler om interessekonflikter og uoverensstemmelser for deres ledelse eller bestyrelse.⁷

I Kommissionens konklusion anføres om fremtidige opgaver:

"Der er i den forbindelse især behov for:

- at skabe yderligere garanti for de nationale konkurrencemyndigheders uafhængighed i udøvelsen af deres opgaver og for, at har tilstrækkelige ressourcer*
- at sikre, at de har et komplet sæt effektive undersøgelses- og beslutningsbeføjelser til rådighed*
- at sikre, at der i alle medlemsstater er tilstrækkelige beføjelser til at pålægge passende og afskrækkende bøder og veludformede straflempelsesprogrammer samt overveje, hvordan det bedst kan undgås, at virksomhederne afholder sig fra at søge om straflempelse.*

⁶ Meddelelsens s. 8, pkt. 3.27.

⁷ Meddelelsens s. 9, pkt. 3.29.

Kommissionen vil overveje, hvordan disse mål bedst kan nås.”

2.DG Competition og konkurrencekommissærens uafhængighed

For så vidt angår Kommissionens egen sagsbehandling lægges der betydelig vægt på at sikre uafhængighed, helt i tråd med TEUF art. 17, pkt. 3 som foreskriver, at Kommissionen skal være fuldstændig uafhængig, og at medlemmer af Kommissionen ikke skal søge eller modtage instruktioner fra nogen regering, institution eller lignende.

At der lægges stor vægt på konkurrencekommissærens og dermed DG Competitions (Europa-Kommissionens generaldirektorat for Konkurrence) uafhængighed fremgår meget klart af en tale, som kommissær Margrete Vestager holdt på en konference om konkurrencepolitik i Chatham House den 18. juni 2015.⁸

Margrethe Vestager fastslog i sin tale, at Kommissionens håndhævelse af konkurrencereglerne ikke er underlagt politisk indflydelse og udtalte:

“Finally; is competition enforcement in individual cases politicized? Here the answer is a resounding No. We enforce the law and serve the common interest. We are committed to the principles of fairness, good administration, transparency and due process. There is simply no room to spare for political interference.”

Margrethe Vestager kom i sin tale også ind på de retssikkerhedsgarantier og sagsbehandlingsregler som de parter der involveres i en konkurrencesag i Kommissionen nyder godt af, idet hun udtalte:

“The third and final dimension is, of course, the need for fair and independent decision-making in individual competition cases. The European Union is based on the Rule of Law, and competition policy is implemented within our Union of Law.

Our decisions are subject to very close scrutiny – internally and by the Union courts – on the facts, on process and on the law. The Commission’s decisions can be challenged both by the parties – when they think our decisions are too strict – and by third parties – when they think our decisions are too soft.

Those affected by our decisions have important procedural rights, not least extensive rights of defence. This is crucial to them, and to us because it helps ensuring that our

⁸ EU-Kommissionen: https://wayback.archive-it.org/12090/20191129202709/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/independence-non-negotiable_en.

decisions are well informed. All that contributes to independence and fairness. But decisions also have to be seen as independent and fair."

Margrethe Vestager opsummerede sine betragtninger med følgende udtalelser, hvori hun også kommer ind på betydningen af at have tilstrækkelige ressourcer og højt kvalificerede medarbejdere for at kunne modstå pression:

"The upshot of all this is that the politicization of our investigations and decisions is not even an issue for us. Independence is simply non-negotiable. Because we know that our legitimacy, our credibility and – ultimately – the impact of our action depend on it."

[...]

"Independence means enforcing the rules impartially without taking instructions from anyone. But it also means sufficient and stable resources to retain qualified staff that can resist outside pressure. And having the tools necessary to investigate and sanction breaches of EU competition law."

All are needed to guarantee fair, balanced and independent decisions. And all EU governments should ensure that their national competition authorities meet these standards."

I 2019 demonstrerede Kommissionen sin uafhængighed ved - trods massivt pres fra både den tyske og franske regering - at forbyde en fusion mellem Siemens og Alstom, som begge driver forretning indenfor jernbanevæsenet.

3. Hearing Officers

For at sikre uafhængigheden og en parts ret til at blive hørt og til et effektivt forsvar adskiller sagsbehandlingen i DG Competition (Europa-Kommissionens generaldirektorat for Konkurrence) sig på et punkt ganske væsentligt fra den danske sagsbehandlingsmodel i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, idet der i Kommissionen er ansat et mindre antal såkaldte *hearing officers* (på dansk "høringskonsulenter")

Hearing officers er ikke en del af DG Competitions administrative personale, men refererer direkte til kommissæren. Deres væsentligste funktion har siden de blev indført i 1982 været at sikre, at de virksomheder der involveres i konkrete sager er underlagt passende sikkerhedsgarantier vedrørende deres ret til forsvar, herunder retten til at blive hørt.

Hearing officers er ikke en del af DG Competition, men er af administrative grunde knyttet til konkurrencekommissæren, til hvem de også refererer direkte. De virker uafhængigt af DG Competition, som forbereder konkurrencesagerne. Hearing officers involveres i sager som en uafhængig person med myndighed til at afgøre uenigheder om udøvelsen af retten til et effektivt forsvar mellem parter og DG Competition. Hovedopgaverne for hearing officers er på kommissionens hjemmeside beskrevet således

- to organize and conduct the oral hearings;
- to ensure the effective exercise of procedural rights throughout proceedings including commitments and cartel settlement procedures;
- to ensure the respect of the right to be heard;
- to deal with specific issues raised during the investigative phase of Commission proceedings, including claims for legal professional privilege, the privilege against self-incrimination, deadlines for replying to decisions requiring information and the right of undertakings and associations of undertakings to be informed of their procedural status;
- to ensure that the right to access the file and the undertakings' legitimate interests in confidentiality are respected;
- to report on the outcome of the hearing and on the respect for the effective exercise of procedural rights; and
- to present, where appropriate, observations to the Competition Commissioner on any matter arising out of individual competition proceedings."

Hearing officers spiller således i behandlingen af konkurrencesager i EU-regi en helt central rolle i relation til at sikre, at virksomheder som involveres i en konkurrencesag i EU bliver hørt og sikres retten til et effektivt forsvar.⁹

4. Internationale organisationers syn på konkurrencemyndigheders uafhængighed m.v.

I årene forud for at EU i marts 2017 fremsatte forslag til ECN+ direktivet, som bl.a. fastsætter fælles regler for uafhængigheden af medlemslandenes konkurrencemyndigheder, har spørgsmålet om nationale konkurrencemyndigheders uafhængighed været drøftet i flere internationale fora. Det må antages, at EU-Kommissionen har været opmærksomme på de synspunkter, der her er kommet frem om dette emne.

⁹ Høringskonsulenternes opgaver og kompetence er udførligt beskrevet i Afgørelse fra formanden for Europakommissionen af 13. oktober 2011 om høringskonsulentens funktion og kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager (2011/695/EU).

4.1 UNCTAD (FNs konference for handel og udvikling)

Til brug for FN's konference om handel og udvikling i Geneve 15-18 juli 2008 i Geneve havde UNCTAD's sekretariat udarbejdet et notat om konkurrencemyndighedernes uafhængighed. Notatet er tilgængeligt på UNCTADs hjemmeside.

I notatet anfører sekretariatet, at det er almindeligt accepteret, at uafhængighed af konkurrencemyndigheder ofte er karakteriseret ved, at de er selvstændige juridiske personer, som strukturelt er adskilt fra regeringsapparatet og har deres opgaver nærmere beskrevet i en særlig lovgivning. Denne lovgivning vil også typisk fastsætte regler for udpegning af ledelse og andre ansatte, betingelser for ansættelse og afsked og nærmere regler om finansiering af konkurrencemyndigheden.

Det anføres særligt, at i lande hvor udpegning af ledelsen sker på ministerplan, må det antages, at personer som udpeges for en bestemt periode, og hvis periode ikke kan forlænges, har mindre tilbøjelighed til at ville tage hensyn til ønsker hos den, der har udpeget dem.

Det fremhæves endvidere, at f.eks. medlemmer af et ledende organ og direktionen kun bør kunne afskediges på grundlag af kriterier fastlagt ved lov. Endelig fremhæves betydningen for konkurrencemyndighedens uafhængighed i relation til budgettet, hvor det antages, at det styrker uafhængigheden, at konkurrencemyndigheden har et eget budget og kompetence til at disponere herover.

4.2 OECD (Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling)

I 2016 afviklede OECD i dagene 1.-2. december i Paris en stor konference ved navn "Global Forum on Competition". Til brug for konferencen havde OECD's sekretariat produceret et meget omfattende notat om "Independence of Competition Authorities - From Design to practices".¹⁰ Notatet beskæftiger sig med de mange uafhængighedsaspekter, som er relevante for konkurrencemyndigheder generelt.

Om begrundelsen for at kræve, at konkurrencemyndigheder er uafhængige, anfører OECD's sekretariat bl.a.:

"There is a general perception within the competition community that independence from political intervention is a necessary condition for ensuring that competition delivers the intended effects for the benefit of the whole society. Independence is not in the self-interest of competition authorities; it is rather a prerequisite that enables

¹⁰ OECD: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)5/en/pdf).

*them to take decisions solely on the basis of legal and economic considerations without being influenced by political (or business) interests.*¹¹

[...]

*"The independence of competition authorities has a symbolic value. "Just as independent courts symbolise the rule of law, so a competition agency symbolises commitment to the free market" (Wilks and Bartle 2002). The independence of a competition authority sends signals to companies about the commitment of the government to free and competitive markets. For this reason, threats to independence of competition authorities undermine its symbolic meaning and the way it is perceived by the society in general. As Thatcher and Sweet (2002) put it, "where the delegation takes place in order to secure credible commitment, principals cannot impose many ex post controls over the agent without undermining the very purpose of delegation."*¹²

Notatet fra OECD gennemgår herefter en række omstændigheder af betydning for konkurrencemyndighedernes uafhængighed. Om det man kunne betegne *den personelle uafhængighed* for de personer der leder en national konkurrencemyndighed anføres blandt andet:

"Being ultimately responsible for the decisions of the agency, the board or the agency head is very likely to be confronted with external pressures. For this reason, the protection of the decision-maker(s) from undue influence is of paramount importance.

*Threats to the independence of decision-making can, to a certain extent, be mitigated by the way in which the board/ head is nominated, appointed and dismissed. In order to dispel any sense of undue proximity of board members to the government it is important to ensure that nomination and appointment processes are transparent, and based on objective and qualitative criteria. Independent nomination committees can be an effective means of ensuring management impartiality.*¹³

[...]

"A possible threat to decision-making independence is posed by a lack of security of tenure. The Court of Justice in its analysis of the premature termination of the head of the authority responsible for data protection in Hungary stated that:

"It is also important that board members are appointed for fixed terms; that arbitrary termination of appointments is constrained by legislative provisions; and, that early

¹¹ Notatets s. 6.

¹² Ibid.

¹³ Notatets s. 11.

dismissals are possible only under clearly defined and specific conditions such as disciplinary sanctions, infringement of professional secrecy, or conflicts of interests.

As regards the duration of the term of office, longer terms are seen by many to be more in line with the principle of independence. In particular, terms of appointments which are longer than the term of the appointing authority are more likely to promote decision making independence. Similarly, non-renewable terms are preferable as otherwise the appointed person may tend to please the appointer in order to be re-selected.”¹⁴

Om konkurrencemyndighedens budgetmæssige uafhængighed anføres i notatet:

“Sufficient staff and budget for competition authorities are fundamental preconditions in order for them to function effectively and act independently. However, finding the optimal level of budget applicable to all competition authorities is also very difficult. The size of a budget is dependent on the roles that agencies play, their scope of activity, the legal context in which they operate, the size of the country, the level of the market development of the economy and so on.

Competition agencies are typically funded through general public revenues. Depending on its satisfaction with the agency’s decision, a government can cut or increase the budget allocation depending on the agencies performance. The agency, on the other hand, may tend to adapt its performance to the expectations of the government with an aim to secure its resources. Budget allocation is a critical point on which undue pressure could be exercised and where appropriate safeguards ought to be put in place.”¹⁵

OECD’s sekretariat sammenfatter sine observationer således:

“Conclusion

The ability of competition authorities to take decisions based on legal and economic arguments rather than as a result of political influence is a fundamental principle to ensure that competition rules are applied in a sound, stable, coherent and foreseeable manner. Despite wide agreement on this basic principle, there are differences on how jurisdictions achieve independence of their competition authorities. Jurisdictions differ from each other in their political, legal, administrative, economic and cultural contexts, and most importantly, the competition rules enforced and the roles played by agencies can be quite different. Given that competition authorities face different sets of

¹⁴ Notatets s. 12.

¹⁵ Notatets s. 14.

conditions, there is no single model for ensuring independence that is suitable to all competition authorities and that can guarantee an independent decision-making at arm's length from political pressures.

Despite these differences, it is commonly accepted that there are some general principles that jurisdictions can rely on to provide their competition authorities with a certain level of protection against political pressures. These safeguards relate mainly to the legal and structural framework of the agencies. They include provisions concerning the status of the agency; the appointment-dismissal procedures for its senior management; the relationship between the agency and the government; and the financial and human resources allocated to the agency to perform its mandate.

The legal and structural measures may not be sufficient to guarantee that the agency has de facto independence. De facto independence depends on unwritten political, social and cultural norms of the jurisdiction and also derives from the agency's own track record and reputation. Nevertheless, legal and structural safeguards are important steps in achieving independence, as they provide a certain level of protection against political pressures and means to secure an arm's length relationship with the government. To ensure ongoing independence over time, institutional design should constantly be assessed to ensure that agencies better adapt to changes in their environment, and they further enhance their efficiency in terms of both competition law enforcement and advocacy endeavours.¹⁶

5.DG Competition og Kommissionens forarbejde til et nyt direktiv

Som det fremgår af den ovenfor omtalte redegørelse fra Kommissionen om erfaringerne fra de første 10 år med forordning 1/2003, varslede Kommissionen, at der var behov for regler som forpligter medlemsstaterne til at sikre de nationale konkurrencemyndigheders uafhængighed, og at de har tilstrækkelige ressourcer til at udføre deres opgaver.

I april 2015 offentliggjorde tre ledende medarbejdere i DG Competition Sofia Alves, Jeroen Capiiau og Ailsa Sinclair i tidsskriftet *Competition Law International* en artikel ved navn "Principles for the Independence of Competition Authorities".¹⁷ Deres overvejelser er af særlig interesse, fordi de indikerer, hvilke overvejelser om uafhængighed, der er indgået i Kommissionens overvejelse om det, der senere blev til ECN+ direktivet.

¹⁶ Notatets s. 20.

¹⁷ Alves, Sofia, Jeroen Capiiau og Ailsa Sinclair: *Principles for the Independence of Competition Authorities*, *Competition Law International*, volume 11, issue 1, april 2015.

Forfatterne gennemgår i artiklen de forskellige modeller for og problemer med de nationale konkurrencemyndigheders uafhængighed både for så vidt angår den institutionelle, formelle og de facto uafhængighed, uafhængig for ledelsen af konkurrencemyndigheder og endelig den budgetmæssige uafhængighed.

Som konklusion på denne gennemgang anfører forfatterne:

*"There are no explicit requirements in EU law regarding the institutional design of the NCAs or to ensure that NCAs are able to execute their tasks in an impartial and independent manner. Member States have a large degree of flexibility for the design of their competition regimes. Despite the lack of specific EU law requirements, the position of the NCAs has generally evolved in the direction of more autonomy and effectiveness. Many national laws already contain specific safeguards, which seek to ensure the independence and impartiality of NCAs. Such independence guarantees strengthen the NCAs' position vis-à-vis the Member States and very importantly strengthen the legitimacy of their action vis-à-vis stakeholders, including national parliaments and citizens. **However, challenges still persist, in particular concerning the autonomy of NCAs vis-à-vis their respective governments, and appointments and dismissals of NCA management or decision-makers. Issues continue to arise with regard to ensuring NCAs have sufficient human and financial resources. Furthermore, the achievements made to date remain fragile and can be rolled back at any time. This can be contrasted with related policy areas, such as the telecoms, energy and railway sectors, where EU law already provides for a number of requirements regarding independence and financial and human resources of the national supervisory authorities**" [Justitias fremhævelse].*

*The Commission indicated in its Communication of 9 July 2014 on ten years of antitrust enforcement that it is necessary to further guarantee the independence of NCAs in the exercise of their tasks and that they have sufficient resources. For this purpose, minimum guarantees are needed to ensure the independence of NCAs and their management or board members and to have NCAs endowed with sufficient human and financial resources. **Important aspects explicitly identified in this respect are the grant of a separate budget with budgetary autonomy for NCAs, clear and transparent appointment procedures for the NCA's management or board members on the basis of merit, guarantees ensuring that dismissals can only take place on objective grounds unrelated to the decision-making of the NCA and rules on conflicts of interest and incompatibilities for the NCA's management or board**" [Justitias fremhævelse].*

6. Forslag til ECN+ direktivet

Den 23. marts 2017 fremsatte Kommissionen forslag til det såkaldte ECN+ direktiv, som blev vedtaget den 11. december 2018 og som behandles nedenfor.¹⁸ Direktivet omhandler styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked.

Direktivforslaget bygger på en dialog med de nationale konkurrencemyndigheder, medlemslandenes regeringer og en offentlig høring i tidsrummet 4. november 2015 til 12. februar 2016. Der indløb 181 besvarelser fra mange forskellige interessenter, herunder privatpersoner, advokat- og konsulentfirmaer, virksomheder, brancheforeninger, organisationer, myndigheder, ministerier og konkurrencemyndigheder både i og udenfor EU.

Direktivforslaget kan ses som en kilde til forståelse af det endelige direktiv. I dette tilfælde kan man konstatere, at de fleste af de såkaldte præampler – dvs. forklarende bemærkninger til de enkelte direktivbestemmelser – overføres i stort set uændret form fra direktivforslaget til det endelige direktiv. Det kan dog bidrage til forståelsen af de endelige direktiv at fremhæve følgende betragtninger fra direktivforslagets generelle bemærkninger om direktivets kap II om grundlæggende rettigheder og kap. III om uafhængighed og ressourcer:

”Kapitel II – Grundlæggende rettigheder Forslaget vil sikre, at medlemsstaterne indfører passende garantier for udøvelsen af de beføjelser, dette forslag omhandler. Disse garantier skal som minimum leve op til bestemmelserne i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og EU-rettens almindelige principper.¹⁴ I forbindelse med de offentlige høringer slog advokater, virksomheder og erhvervsorganisationer til lyd for, at de nationale konkurrencemyndigheders beføjelser til effektivt at håndhæve reglerne modsvares af øgede processuelle garantier.

Kapitel III – Uafhængighed og ressourcer I dette kapitel sikres det, at de nationale konkurrencemyndigheder garanteres den nødvendige uafhængighed. Der indføres navnlig garantier for at beskytte de ansatte og ledelsen i de nationale konkurrencemyndigheder mod indblanding udefra i forbindelse med håndhævelsen af EU's konkurrenceregler ved: i) at sikre, at de kan varetage deres opgaver og udøve deres beføjelser uafhængigt af politisk eller anden udefrakommende indflydelse, ii) udtrykkeligt at forbyde instrukser fra en regering eller andre offentlige eller private organer, iii) at fastsætte, at de skal afstå fra enhver handling, der er uforenelig med varetagelsen af deres opgaver eller udøvelsen af deres beføjelser, iv) at forbyde afskedigelse af ledelsen af årsager, der vedrører afgørelser i konkrete sager, og v) at sikre, at de er i stand til at foretage prioriteringer af de enkelte sager, herunder beføjelser til at afvise klager, der ikke er af høj prioritet. Hvad det sidstnævnte angår

¹⁸ [EU-Kommissionen](#): COM(2017) 142 final, Bruxelles den 22. marts 2017.

griber forslaget ikke ind i medlemsstaternes suveræne ret til at fastlægge generelle politiske målsætninger. Størsteparten af interessenterne gik ind for foranstaltninger på alle disse områder. Navnlig bemærkede virksomhederne, at de nationale konkurrencemyndigheders manglende evne til selv at prioritere deres arbejde forhindrer dem i at fokusere på de overtrædelser, som er til størst skade for konkurrencen.

Derudover pålægges medlemsstaterne eksplicit at sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder har de fornødne menneskelige, finansielle og tekniske ressourcer til at varetage deres vigtigste opgaver efter traktatens artikel 101 og 102. De relevante bestemmelser giver medlemsstaterne råderum til at håndtere økonomiske udsving, uden at dette påvirker de nationale konkurrencemyndigheders effektivitet."

Direktivforslaget blev forelagt Folketingets Europaudvalg, og Erhvervsministeriet udarbejdede i den forbindelse et såkaldt Grund- og Nærhedsnotat af 20. april 2017.¹⁹

Det anføres i notatet, at direktivet vil have lovgivningsmæssige konsekvenser. Det anføres i notatet om direktivets formål og indhold:

"Hvis et system med ensartet men decentral håndhævelse af TEUF artikel 101 og 102 i hele EU varetages af Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder i fællesskab skal kunne fungere, forudsætter det, at de enkelte nationale konkurrencemyndigheder i EU har de samme beføjelser og redskaber til deres rådighed. Forslaget skal derfor styrke de nationale konkurrencemyndigheder og sikre, at de ved anvendelsen af det identiske retsgrundlag (artikel 101 og 102) har de nødvendige håndhævelsesredskaber til at sikre en reelt ensartet og fælles håndhævelse af konkurrencereglerne i Europa. De foreslåede beføjelser mv. svarer stort set til de beføjelser, som Kommissionen allerede er tildelt, og som Kommissionen anvender, når denne selv håndhæver artikel 101 og 102 direkte over for virksomheder i de enkelte EU-lande. Forslaget skal for det første styrke håndhævelsen af artikel 101 og 102 ved at sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder har de nødvendige beføjelser til effektivt at håndhæve disse bestemmelser. Forslaget skal for det andet sikre, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrøjes og herunder, at forbrugere og virksomheder ikke stilles ringere på grund af uensartet håndhævelse af EU-konkurrencereglerne i de enkelte medlemslande, fordi de nationale konkurrencemyndigheder ikke har de nødvendige håndhævelsesredskaber til rådighed. Forslaget skal for det tredje sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder effektivt kan yde gensidig bistand til hinanden og hermed beskytte et velfungerende indre marked og det tætte samarbejde inden for Det Europæiske Konkurrencenetværk (ECN) og sikre lige konkurrencevilkår for virksomheder i EU. Forslaget skal give de

¹⁹ Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2016-17, ERU alm. del, bilag 176.

nationale konkurrencemyndigheder et minimumssæt af fælles værktøjer og effektive håndhævelsesbeføjelser til at sikre, at de bl.a.:

- *Kan handle uafhængigt i forbindelse med håndhævelsen af EU's konkurrenceregler og varetage deres opgaver uvildigt uden at modtage instrukser fra offentlige eller private organer. 4/16*
- *Råder over tilstrækkelige finansielle og menneskelige ressourcer til at varetage deres arbejde.*
- *Har alle nødvendige beføjelser til at indhente relevant bevismateriale, f.eks. retten til at undersøge mobiltelefoner, bærbare computere og tablets.*
- *Har passende beføjelser til at pålægge forholdsmæssige og afskrækkende sanktioner for overtrædelser af EU's konkurrenceregler og herunder regler om moderselskabers og overtagende enheders hæftelse, således at virksomheder ikke kan unddrage sig betaling af bøder ved at foretage omstruktureringer.*
- *Har koordinerede straffempelsesordninger, som tilskynder virksomhederne til at stå frem med beviser for ulovlige karteller.*
- *Har mulighed for at få inddrevet bøder hos virksomheder, der ikke har en juridisk repræsentation på deres eget territorium, i andre EU-lande. I forslaget understreges vigtigheden af at respektere virksomhedernes grundlæggende rettigheder. Myndighederne er derfor forpligtede til at overholde passende garantier ved udøvelsen af deres beføjelser i overensstemmelse med EU's charter om grundlæggende rettigheder."*

Om konkurrencemyndighedernes uafhængighed og ressourcer efter direktivforslaget anføres:

"Uafhængighed og ressourcer (artikel 4 og 5) Forslaget pålægger medlemslandene at sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder kan udøve deres beføjelser uafhængigt af politisk og anden udefrakommende indflydelse. Såvel ansatte som medlemmer af beslutningsorganerne i konkurrencemyndighederne må fx ikke modtage instrukser fra regering eller andre offentlige eller private enheder, når de håndhæver TEUF artikel 101 og 102. Endvidere kan medlemmer af beslutningsorganerne kun afskediges under særlige omstændigheder. Det skal også sikres, at ansatte og medlemmer af beslutningsorganerne afstår fra enhver uforenelig beskæftigelse i en rimelig periode efter endt ansættelse.

Medlemslandene skal desuden sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder frit kan prioritere deres håndhævelse af artikel 101 og 102 og herunder afvise at behandle klager ud fra prioriteringshensyn.

Endelig skal medlemslandene sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder er udstyret med fornødne menneskelige, finansielle og tekniske ressourcer til at håndhæve artikel 101 og 102 effektivt."

Om gældende dansk ret for det område der i direktivforslaget reguleres af art. 4 og 5 anføres i notatet:

"Uafhængighed og ressourcer

Bekendtgørelse om forretningsorden for Konkurrencerådet, udstedt i medfør af § 14, stk. 5, i konkurrenceloven, fastslår, at Konkurrencerådet er uafhængigt af erhvervsministeren. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er tilsvarende uafhængig af ministeren ved den daglige administration af konkurrenceloven og regler udstedt i medfør heraf,

Alle ansatte i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er underlagt de almindelige bestemmelser om inhabilitet i forvaltningslovens kapitel 2. Herudover er alle styrelsens ansatte underlagt tavshedspligt i henhold til forvaltningslovens § 27. Brud på tavshedspligten er straffebelagt efter straffelovens § 152.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør er ansat på åremål med mulighed for forlængelse efter åremålsloven. Mulighed for afskedigelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør følger af de ansættelsesretlige principper og direktørens ansættelseskontrakt og skal altid være sagligt begrundet. De saglige krav for afskedigelse af styrelsens direktør er ikke beskrevet i gældende lovgivning.

Konkurrencerådets medlemmer er udpeget af erhvervsministeren for en fireårig periode med mulighed for genudpegning.

I henhold til princippet i deorumkravet kan såvel direktøren som medlemmer af Konkurrencerådet afskediges, hvis de fx får en straffedom for en handling, der er i strid med varetagelse af stillingen eller giver styrelsen og/eller Erhvervsministeriet et negativt omdømme.

Det er i henhold til dansk ret muligt at pålægge medarbejdere konkurrenceklausuler, som har virkning efter fratrædelse, i deres kontrakter. Dette er reguleret i lov om ansættelsesklausuler. En af betingelserne for at begrænse en medarbejders ansættelsesmuligheder efter ansættelse i styrelsen, er bl.a., at medarbejderen har indtaget en særligt betroet stilling. Hverken styrelsens ledere eller medarbejdere er pålagt konkurrenceklausuler.

Styrelsens ressourcer til håndhævelse af konkurrenceloven fastsættes på finanslovens § 8.21.01 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Bevillingen er givet på hovedkontoniveau, og styrelsens direktør har retten til at disponere bevillingen inden

for de materielle og finansielle hjemler, som er i Konkurrenceloven, andre relevante love og finansloven. Størrelsen af bevillingen er en politisk prioritering.”

Forud for udarbejdelsen af dette notat havde direktivforslaget været i høring og i et fælleshøringssvar stilet til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 5. april 2017 anfører DI, Dansk Erhverv, Forsikring- og Pension, Håndværksrådet, Landbrug & Fødevarer og Danmarks Rederiforening bl.a. vedrørende sikring af retsgarantier

”Erhvervsorganisationerne finder det positivt, at direktivforslaget i artikel 3 fremhæver, at de nationale konkurrencemyndigheders udøvelse af deres beføjelser i henhold til direktivet skal være underlagt passende retsgarantier, herunder respekt for virksomhedernes ret til forsvar og adgang til effektive retsmidler. Direktivforslaget (præambelns betragtning 12) angiver en række eksempler på dette, men kunne med fordel suppleres med et yderligere eksempel om, at virksomheder, der har været genstand for en undersøgelse, indenfor en relativt kort frist har krav på at få at vide, hvorvidt undersøgelsen fører til en klagepunktsmeddelelse eller ej. Usikkerheden herom er yderst belastende for de berørte virksomheder. Retsgarantier er særligt relevante i lyset af gennemførelsen af 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, hvorefter afgørelser fra nationale konkurrencemyndigheder har bindende virkning og kan lægges uprøvet til grund i efterfølgende erstatningssøgsmål. Det er endvidere vigtigt, at konkurrencemyndighedernes anmodninger om oplysninger respekterer princippet om selvinkriminering.”

Herudover anførte organisationerne vedrørende de såkaldte hearing officers, at

”I Kommissionens regi har der siden 1982 været en hearing-officer på konkurrenceområdet, der skal sikre, at berørte virksomheder kan udøve deres processuelle rettigheder på effektiv vis. Det kan undre, at denne sikkerhedsgaranti kun gælder, når Kommissionen behandler sager i henhold til traktatens artikel 101 og 102, men at denne sikkerhedsgaranti ikke tilsvarende gælder, når de nationale konkurrencemyndigheder anvender artikel 101 og 102. For at forbedre virksomhedernes retssikkerhed skal erhvervsorganisationerne foreslå, at de nationale konkurrencemyndigheder forpligtes til at oprette en tilsvarende hearing-officer funktion.”

7.ECN+ direktivet

På grundlag af det ovenfor behandlede direktivforslag udstedte Europa-Parlamentet og Rådet den 11. december 2018 direktiv om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked ("ECN+ direktivet").

Direktivet, som bortset fra nogle bestemmelser om straflempelse er et såkaldt minimumsdirektiv, bygger i al væsentligt på direktivforslaget. Dette gælder også de bestemmelser i kapitel II, art. 3 om grundlæggende rettigheder og kapitel III om uafhængighed og ressourcer, art. 4 og 5, som er af særlig interesse for denne analyse.

Disse bestemmelser er sålydende:

" KAPITEL II

GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

Artikel 3

Sikkerhedsgarantier

1. Sager vedrørende overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF, herunder de nationale konkurrencemyndigheders udøvelse af de beføjelser, der er omhandlet i dette direktiv, skal følge EU-rettens almindelige principper og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

2. Medlemsstaterne sikrer, at udøvelse af disse beføjelser, jf. stk. 1, er underlagt passende sikkerhedsgarantier vedrørende virksomhedernes ret til forsvar, herunder retten til at blive hørt og adgangen til effektive retsmidler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at håndhævelsessager ved de nationale konkurrencemyndigheder behandles inden for rimelig tid. Inden de nationale konkurrencemyndigheder træffer en afgørelse i overensstemmelse med artikel 10 i dette direktiv, sikrer medlemsstaterne, at de vedtager en klagepunktsmeddelelse.

KAPITEL III

UAFHÆNGIGHED OG RESSOURCER

Artikel 4

Uafhængighed

1. Medlemsstaterne skal med henblik på at garantere de nationale administrative konkurrencemyndigheders uafhængighed, når de anvender artikel 101 og 102 i TEUF, sikre, at sådanne myndigheder varetager deres opgaver og udøver deres beføjelser på en uvildig måde og med henblik på at sikre en effektiv og ensartet anvendelse af nævnte bestemmelser, under iagttagelse af rimelige krav til ansvarlighed og uden at dette berører det nære samarbejde mellem konkurrencemyndighederne i Det Europæiske Konkurrencenetværk.

2. Navnlig sikrer medlemsstaterne som minimum, at de ansatte og de personer, der træffer afgørelser under udøvelse af beføjelserne i dette direktivs artikel 10-13 og 16, i de nationale administrative konkurrencemyndigheder:

a) kan varetage deres opgaver og udøve deres beføjelser til at anvende artikel 101 og 102 i TEUF uafhængigt af politisk eller anden udefrakommende indblanding

b) hverken søger eller modtager instrukser fra en regering eller nogen anden offentlig eller privat enhed ved varetagelsen af deres opgaver eller udøvelsen af deres beføjelser til at anvende artikel 101 og 102 i TEUF, uden at dette berører en medlemsstats regerings ret til at udstede generelle politiske retningslinjer, som ikke vedrører sektorundersøgelser eller specifikke håndhævelsessager, og

c) afstår fra enhver handling, der er uforenelig med varetagelsen af deres opgaver og/eller med udøvelsen af deres beføjelser til at anvende artikel 101 og 102 i TEUF og er omfattet af procedurer, der sikrer, at de i en rimelig periode efter fratrædelse afstår fra at behandle håndhævelsessager, der kan give anledning til interessekonflikter. L 11/18 DA Den Europæiske Unions Tidende 14.1.2019

3. De personer, der træffer afgørelser under udøvelse af beføjelserne i dette direktivs artikel 10-13 og 16, i de nationale administrative konkurrencemyndigheder må ikke afskediges fra sådanne myndigheder af årsager relateret til en korrekt varetagelse af deres opgaver eller en korrekt udøvelse af deres beføjelser under anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF som omhandlet i dette direktivs artikel 5, stk. 2. De kan alene afskediges, hvis de ikke længere opfylder de nødvendige betingelser for at varetage deres opgaver, eller hvis de er blevet fundet skyldige i alvorlige forseelser i henhold til national ret. Betingelserne for varetagelsen af deres opgaver og for, hvad der udgør alvorlige forseelser, fastlægges på forhånd i national ret, idet der tages hensyn til behovet for at sikre effektiv håndhævelse.

4. Medlemsstaterne sikrer, at medlemmerne af beslutningsorganet for de nationale administrative konkurrencemyndigheder udvælges og ansættes eller udpeges i overensstemmelse med klare og gennemsigtige procedurer, der er fastsat på forhånd i national ret.

5. De nationale administrative konkurrencemyndigheder har beføjelse til selv at prioritere de opgaver vedrørende anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF, der er omhandlet i dette direktivs artikel 5, stk. 2. I det omfang de nationale administrative konkurrencemyndigheder har pligt til at behandle formelle klager, har disse myndigheder beføjelse til at afvise sådanne klager under henvisning til, at de ikke finder en sådan klage af håndhævelsesmæssig prioritet. Dette berører ikke de nationale administrative konkurrencemyndigheders beføjelse til at afvise klager af andre årsager, der er fastsat i national ret.

Artikel 5

Ressourcer

1. Medlemsstaterne sikrer som minimum, at de nationale konkurrencemyndigheder råder over et tilstrækkeligt antal kvalificerede ansatte og tilstrækkelige finansielle, tekniske og teknologiske ressourcer, der er nødvendige for effektivt at kunne varetage deres opgaver og for effektivt at kunne udøve deres beføjelser i forbindelse med anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF som fastsat i denne artikels stk. 2. 2.

2. Med henblik på stk. 1 skal de nationale konkurrencemyndigheder som minimum kunne gennemføre undersøgelser med henblik på at anvende artikel 101 og 102 i TEUF, vedtage afgørelser under anvendelse af disse bestemmelser på grundlag af artikel 5 i forordning (EF) nr. 1/2003 og arbejde nært sammen i Det Europæiske Konkurrencenetværk for at sikre en effektiv og ensartet anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF. I det omfang national ret fastlægger det, skal de nationale konkurrencemyndigheder også kunne rådgive offentlige institutioner og organer, hvis det er relevant, om lovgivningsmæssige, reguleringsmæssige og administrative foranstaltninger, som kan have en indvirkning på konkurrencen på det indre marked, samt fremme offentlighedens kendskab til artikel 101 og 102 i TEUF.

3. Uden at det berører nationale budgetregler og -procedurer, sikrer medlemsstaterne, at de nationale konkurrencemyndigheder indrømmes uafhængighed i anvendelsen af deres tildelte budget til varetagelsen af deres opgaver som fastsat i stk. 2.

4. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale konkurrencemyndigheder indgiver periodiske rapporter om deres aktiviteter og ressourcer til et regeringsorgan eller parlamentarisk organ. Medlemsstaterne sikrer, at sådanne rapporter indeholder oplysninger om udpegning og afskedigelse af medlemmer af beslutningsorganet, omfanget af tildelte ressourcer i det relevante år samt enhver ændring af dette beløb sammenlignet med tidligere år. Sådanne rapporter gøres offentligt tilgængelige."

Fortolkningen af disse bestemmelser- og dermed deres indflydelse på dansk ret og behovet for lovændringer og ændringer i konkurrencemyndighedernes organisation må tage sit udgangspunkt i direktivets præampel og de bemærkninger der her knytter sig til de enkelte artikler. Disse bemærkninger bygger i høj grad på direktivudkastets betragtninger, men det fremgår af direktivudkastet, at de ovenfor gennemgåede dokumenter fra FN og OECD har indgået i DG Competitions overvejelser, da direktivudkastet blev skrevet.

Det må endvidere have i erindring, at direktivet er et såkaldt minimusdirektiv. Dette indebærer, at det pålægger medlemsstaterne som minimum at implementere direktivbestemmelserne således som disse uddybes i de ledsagende betragtninger i præamplerne. Der er imidlertid intet der hindrer medlemsstaterne i i videre omfang end fastlagt i direktivet at opstille nationale regler om konkurrencemyndighedernes uafhængighed end det, der følger af direktivet, ligesom virksomhedernes retssikkerhedsgarantier kan udvides, når blot det ikke hindrer den effektive håndhævelse af konkurrencereglerne.

Visse problemstillinger, som vil blive berørt i Justitias høringssvar – f.eks spørgsmålet om etablering af nationale "hearing officers" eller den fremtidige status for Konkurrenceankenævnet - berøres ikke af direktivet, men er naturlige at tage op i denne sammenhæng.

Til art 3. knytter sig præamplens pkt. 14 som er sålydende:

"(14) De beføjelser, der ved dette direktiv tillægges de nationale konkurrencemyndigheder, herunder undersøgelsesbeføjelser, bør være underlagt passende sikkerhedsgarantier, der som minimum opfylder EU-retten almindelige principper og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder i overensstemmelse med Den Europæiske Unions Domstols retspraksis, navnlig i forbindelse med sager, der kan give anledning til pålæggelse af sanktioner. Disse sikkerhedsgarantier omfatter retten til god forvaltning og respekten for virksomhedernes ret til forsvar, som er et afgørende aspekt af retten til at blive hørt. Navnlig bør de nationale konkurrencemyndigheder meddele de parter, som er genstand for en undersøgelse, de foreløbige klagepunkter, der er rejst mod dem efter artikel 101 eller 102 i TEUF i form af en klagepunktsmeddelelse eller en lignende foranstaltning, før der træffes en afgørelse, der fastslår en overtrædelse, og disse parter bør have mulighed for effektivt at fremsætte bemærkninger til disse klagepunkter, før

der træffes en sådan afgørelse. Parter, til hvem foreløbige klagepunkter over en påstået overtrædelse af artikel 101 eller artikel 102 i TEUF er blevet meddelt, bør have ret til aktindsigt 14.1.2019 DA Den Europæiske Unions Tidende L 11/5 i de nationale konkurrencemyndigheders relevante sagsakter med henblik på effektivt at kunne udøve deres ret til forsvar. Retten til aktindsigt bør være med forbehold for virksomhedernes legitime interesse i at beskytte deres forretningshemmeligheder og bør ikke gælde fortrolige oplysninger og interne dokumenter hos samt korrespondance mellem de nationale konkurrencemyndigheder og Kommissionen. Med hensyn til de nationale konkurrencemyndigheders afgørelser, navnlig de afgørelser, der vedrører fastslåelse af en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF og udstedelse af påbud eller bøder, bør adressaterne desuden have adgang til effektive retsmidler i overensstemmelse med artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Sådanne afgørelser bør være begrundede, så adressaterne kan få fuldt indblik i årsagerne til afgørelsen og gøre brug af deres adgang til effektive retsmidler. Desuden bør medlemsstaterne i overensstemmelse med retten til god forvaltning sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder ved anvendelsen af artikel 101 og 102 i TEUF behandler sagerne inden for rimelig tid under hensyntagen til den enkelte sags særlige karakter. Sikkerhedsgarantierne bør udformes således, at der skabes balance mellem virksomhedernes grundlæggende rettigheder og pligten til at sikre en effektiv håndhævelse af artikel 101 og 102 i TEUF."

Det vil i Justitias høringssvar, hvori dette bilag indgår, blive analyseret, om det foreliggende lovforslag lever op til direktivets forudsætninger om retten til at blive hørt og retten til effektive retsmidler mod trufne afgørelser bl.a. ved at vurdere Konkurrenceankenævnets rolle som obligatorisk ankeinstans.

Art. 4 om uafhængighed er nærmere uddybet i præamplens pkt. 16-22, som er sålydende:

"(16) En afgørende forudsætning for en effektiv og ensartet anvendelse af Unionens konkurrenceregler er, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder er i stand til at anvende artikel 101 og 102 i TEUF på en uvildig måde og under hensyntagen til den almene interesse i en effektiv håndhævelse af disse regler.

(17) De nationale administrative konkurrencemyndigheders operationelle uafhængighed bør styrkes for at sikre en effektiv og ensartet anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF. I den forbindelse bør national ret indeholde specifikke bestemmelser, der sikrer, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder ved anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF er beskyttet mod udefrakommende indblanding og politisk pres, som kan lægge hindringer i vejen for en uafhængig vurdering af de sager, de får til behandling. National ret bør derfor på forhånd fastlægge grundene til afskedigelse af de personer hos den nationale administrative konkurrencemyndighed, der træffer

afgørelse om udøvelse af de beføjelser, der er omhandlet i dette direktivs artikel 10, 11, 12, 13 og 16, for at fjerne enhver tvivl om deres upartiskhed og deres uimodtagelighed over for udefrakommende indblanding. Tilsvarende bør national ret på forhånd fastlægge klare og gennemsigtige regler og procedurer for udvælgelse og ansættelse eller udpegning af disse personer. For at sikre de nationale administrative konkurrencemyndigheders upartiskhed bør de bøder, som de pålægger for overtrædelse af artikel 101 og artikel 102 i TEUF, desuden ikke anvendes til at finansiere disse myndigheder direkte.

(18) For at sikre de nationale administrative konkurrencemyndigheders operationelle uafhængighed bør deres chefer, ansatte og beslutningstagere udvise integritet og afstå fra enhver handling, der er uforenelig med varetagelsen af deres opgaver. For at forebygge en eventuel underminering af chefernes, de ansattes eller beslutningstageres uafhængighed bør de under deres ansættelses- eller embedsperiode og i en rimelig periode derefter afstå fra enhver uforenelig handling, lønnet som ulønnet.

(19) Dette betyder, at de ansatte og beslutningstagerne under deres ansættelses- eller embedsperiode ikke bør kunne behandle sager vedrørende anvendelse af artikel 101 eller 102 i TEUF, som de har været involveret i, eller som direkte vedrører virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, som de har været ansat eller på anden måde professionelt engageret i, hvis dette potentielt kan påvirke deres uafhængighed i en specifik sag. Tilsvarende bør de ansatte og beslutningstagerne og deres nære pårørende ikke have interesser i virksomheder eller organisationer, der er genstand for sager vedrørende anvendelse af artikel 101 eller 102 i TEUF, som de deltager i, hvis dette potentielt kan påvirke deres uafhængighed i en specifik sag. I vurderingen af, hvorvidt deres uafhængighed vil kunne blive svækket i en specifik sag, bør der tages hensyn til arten og omfanget af den berørte persons interesse og grad af involvering eller engagement. Når det er nødvendigt for at sikre en upartisk undersøgelse og beslutningsproces, bør den berørte person erklære sig inhabil i den specifikke sag.

(20) Dette betyder også, at tidligere ansatte eller beslutningstagere, som får beskæftigelse, der har relation til sager vedrørende anvendelse af artikel 101 eller 102 i TEUF, som de har behandlet under deres ansættelses- eller embedsperiode, i en rimelig periode, efter at de har forladt den nationale administrative konkurrencemyndighed, ikke bør være involveret i samme sag i deres nye beskæftigelse. L 11/6 DA Den Europæiske Unions Tidende 14.1.2019 Længden af denne periode kan fastsættes under hensyntagen til arten af de pågældende personers nye beskæftigelse samt omfanget af deres inddragelse og deres ansvar i samme sag under

deres ansættelses- eller embedsperiode i den nationale administrative konkurrencemyndighed.

(21) Hver national administrativ konkurrencemyndighed bør offentliggøre en adfærdskodeks, der, uden at dette berører anvendelsen af strengere nationale regler, omfatter regler om interessekonflikter.

(22) De nationale administrative konkurrencemyndigheders operationelle uafhængighed bør hverken udelukke domstolsprøvelse eller parlamentarisk kontrol efter national ret. Sådanne kontrolkrav bør også bidrage til at sikre troværdigheden og legitimiteten af de nationale administrative konkurrencemyndigheders handlinger. Rimelige kontrolkrav omfatter, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder offentliggør periodiske rapporter om deres aktiviteter til et regeringsorgan eller parlamentarisk organ. De nationale administrative konkurrencemyndigheders finansielle udgifter kan også være genstand for kontrol eller overvågning, forudsat at dette ikke påvirker deres uafhængighed."

Det vil i Justitias høringssvar, hvori dette bilag indgår, blive analyseret, om det foreliggende lovforslag lever op til direktivets krav både for så vidt angår den formelle institutionelle uafhængighed for myndigheden som sådan og den personelle uafhængighed for medlemmer af Konkurrencerådet og styrelsens direktør, idet det må have i erindring, at både Konkurrencerådet og styrelsen hver for sig har selvstændige beslutningskompetencer. De krav der stilles til styrelsens ansatte vil også blive analyseret.

Det vil blive overvejet, om sammenblandingen i en styrelse af administration af konkurrenceloven og TEUF art. 101 og 102 med aktiviteter på forbrugerområdet, hvor der ikke stilles tilsvarende krav til institutionel og personel uafhængighed giver anledning til problemer.

Til art. 5 om ressourcer anføres det i præamplens pkt. 24 -27 følgende:

"(24) De nationale konkurrencemyndigheder bør råde over tilstrækkelige ressourcer for så vidt angår kvalificeret personale, der kan foretage saglige juridiske og økonomiske vurderinger, finansielle midler, teknisk og teknologisk ekspertise samt udstyr, herunder passende informationsteknologiværktøjer til at sikre, at de effektivt kan varetage deres opgaver i forbindelse med anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF. Hvis de nationale konkurrencemyndigheder får udvidede opgaver eller beføjelser i henhold til national ret, bør medlemsstaterne sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder fortsat sikres tilstrækkelige ressourcer til at varetage disse opgaver effektivt.

(25) De nationale konkurrencemyndigheders uafhængighed bør styrkes ved at sætte dem i stand til uafhængigt at træffe afgørelse om udnyttelsen af budgetbevillingerne

til udførelse af deres opgaver, med forbehold for nationale budgetregler og -procedurer.

(26) For at sikre at de nationale administrative konkurrencemyndigheder har de nødvendige ressourcer til at udføre deres opgaver, kan forskellige finansieringsmåder overvejes, f.eks. finansiering fra andre alternative kilder end statsbudgettet.

(27) For at sikre en effektiv overvågning af gennemførelsen af dette direktiv bør medlemsstaterne sikre, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder forelægger et regeringsorgan eller et parlamentarisk organ periodiske rapporter om deres aktiviteter og ressourcer. Disse rapporter bør indeholde oplysninger om udpegning og afskedigelse af medlemmer af beslutningsorganet, omfanget af tildelte ressourcer i det relevante år samt enhver ændring heraf i forhold til tidligere år. Disse rapporter bør gøres offentligt tilgængelige."

Det vil i Justitias høringssvar, hvori dette bilag indgår, blive vurderet, om de gældende regler for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens budget og dispositionsbeføjelserne herover, personaleressourcer og andre værktøjer lever op til direktivets forudsætninger. Det vil blive overvejet, om der kan hentes inspiration fra f.eks. forholdet mellem Justitsministeriet og de uafhængige domstole.

Bilag 2: Notat om konkurrencemyndighedernes sammensætning og uafhængighed

1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

1.1. Styrelsens uafhængighed

1.1.1. Institutionel uafhængighed

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ved den daglige administration af konkurrenceloven og regler udstedt i medfør heraf uafhængig af erhvervsministeren.²⁰

Ved en lovændring i 2014, der bl.a. omlagde Konkurrencerådet til en mindre bestyrelse, blev Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens uafhængighed ved udarbejdelse af konkurrenceanalyser lovfæstet, idet styrelsen her fremover skulle referere til det nye Konkurrenceråd i stedet for erhvervsministeren.²¹ Analyserne var indtil da formelt underlagt ministerens ansvar, hvilket adskilte sig fra andre sammenlignelige lande såsom Norge, Sverige og Tyskland, hvor konkurrencemyndighedernes uafhængighed i deres analysearbejde var formaliseret. I praksis agerede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen allerede i vidt omfang uafhængigt af ministeren, men det formelle ministeransvar på analyseområdet kunne ifølge bemærkningerne til lovforslaget skabe usikkerhed om, hvorvidt analyserne var politisk eller konkurrencefagligt begrundede. Ved fremover at lade styrelsen udarbejde analyser på det nye Konkurrenceråds ansvar, blev uafhængigheden formaliseret.²²

Ministeren kan dog fortsat anmode styrelsen om at gennemføre analyser på bestemte områder og i den forbindelse beslutte, at disse analyser skal udarbejdes under ministeransvar.²³ Herudover er styrelsen underlagt instruktion fra ministeren ved forberedelse af lovgivning, almindelig ministerbetjening, bidrag til tværgående arbejde på ministerområdet, almindelig informationsvirksomhed og ved styrelsens deltagelse som repræsentant for Danmark i internationalt arbejde vedrørende forberedelse af nye EU-retsakter m.v.²⁴

Der gælder alene ifølge loven et uafhængighedskrav for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor denne administrerer konkurrenceloven og regler udstedt i medfør heraf. Der gælder således ikke

²⁰ Bekendtgørelse nr. 980 af 27. august 2015 om forretningsorden for Konkurrencerådet, § 5, jf. konkurrencelovens § 15, stk. 3.

²¹ Lovforslag nr. L 18, FT 14/15 som fremsat, s. 3.

²² Ibid., s. 5.

²³ Ibid. og konkurrencelovens § 15, stk. 2.

²⁴ Lovforslag nr. L 18, FT 14/15 som fremsat, s. 9.

noget uafhængighedskrav, når styrelsen beskæftiger sig med eksempelvis forbrugerområdet, udbudsregler eller vandtilsyn.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen administrerer en række forskellige lovgrundlag og er opdelt i en række centre, heriblandt Forbrugerpolitisk Center og Konkurrencejuridisk Center. Sager efter konkurrenceloven behandles i en række konkurrencecentre inddelt efter brancher, eksempelvis Konkurrencecenter for Medier, Tele og Fusioner og Konkurrencecenter for Detailhandel, Industri, Primære erhverv og Sundhed.²⁵ Medarbejderne i disse konkurrencecentre refererer til de respektive kontorchefer og direktionen.

Centrene varetager sager og opgaver efter konkurrenceloven, hvor der refereres til Konkurrencerådet, og hvor der er uafhængighed i forhold til erhvervsministeren, men inddrages også i f.eks. lovforberedende arbejde og analysearbejde, hvor styrelsen refererer til erhvervsministeren og departementet.²⁶ De ansatte i centrene vil således ved nogle opgaver være underlagt politisk uafhængighed, mens de ved andre opgaver ikke er. At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har opgaver og funktioner, der rækker ud over håndhævelse af konkurrenceloven, såsom eksempelvis lovforberedende arbejde, adskiller sig fra størstedelen af de øvrige medlemsstater i EU.²⁷ Det fremgår af et såkaldt *peer review* af dansk konkurrencelovgivning og -politik, som OECD foretog i 2015 efter anmodning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at ca. en tredjedel af styrelsens personale (74 af 221 medarbejdere) og budget i 2014 var dedikeret til aktiviteter vedrørende og håndhævelse af konkurrenceloven.²⁸ Global Competition Review, som er et ledende internationalt konkurrenceretligt tidsskrift, estimerede ved sin ranking af de danske konkurrencemyndigheder i 2018, at 16 fuldtidsansatte arbejder med fusionskontrol og 43 med håndhævelse mod konkurrencebegrænsende adfærd.²⁹ Begge publikationer behandles nærmere i bilag 4.

1.1.2. Personel uafhængighed

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør udpeges ifølge konkurrencelovens § 14, stk. 1 af erhvervsministeren efter høring af Konkurrencerådet. Direktørens ansættelsesforhold er ikke herudover reguleret i konkurrenceloven. Erhvervsministerens mulighed for afskedigelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør følger af de ansættelsesretlige principper og direktørens ansættelseskontrakt og skal altid være sagligt begrundet. De saglige krav for afskedigelse af direktøren er ikke beskrevet i gældende lovgivning.³⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør er dermed efter gældende ret ikke beskyttet i videre omfang end andre åremålsansatte chefer i staten. Det bemærkes hertil, at der ikke for Konkurrence- og

²⁵ KFST: www.kfst.dk/om-os/organisation/centre/

²⁶ Aktindsigtsanmodning fra Justitia til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 23. april 2020, besvaret ved brev af 15. maj 2020.

²⁷ OECD: Competition Law and Policy in Denmark, A Peer Review, 2015, s. 7 og 27.

²⁸ Ibid., s. 8.

²⁹ Ibid.

³⁰ Erhvervsministeriets grund- og nærhedsnotat til Folketingets Europaudvalg af 20. april 2017, Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 16/17, ERU Alm. Del, bilag 176, s. 9.

Forbrugerstyrelsens direktør gælder samme værn som for Konkurrencerådets medlemmer, der alene kan afskediges af erhvervsministeren efter indstilling fra Konkurrencerådets formand herom.³¹

Ved ændringen af konkurrenceloven i 2014 blev Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og dennes direktion tillagt selvstændige afgørelsesbeføjelser som bevirker, at der ikke kun for så vidt angår Konkurrencerådet men også styrelsens direktion må stilles betydelige krav til uafhængighed.

I praksis sker direktørens ansættelse i et 5-årigt åremål med mulighed for forlængelse i 3 år.³² Direktøren har mulighed for resultatløn, som gives for en ekstraordinær indsats. Resultatlønnen fastsættes ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside på baggrund af direktørens samlede performance over året, herunder opfyldelse af de opstillede mål i styrelsens mål- og resultatplan samt ministeriets strategiske arbejdsprogram.³³ Styrelsens mål- og resultatplan forhandles årligt med Erhvervsministeriets departement og indeholder konkrete resultatmål for det enkelte år, som er en udmøntning af mål i koncernens arbejdsprogram.³⁴ Mål- og resultatplanen er et led i ministeriets koncernstyring og indeholder både Erhvervsministeriets og styrelsens mission og vision samt polymål og drifts- og administrationsmål, som er led i Erhvervsministeriets målopfyldelse. Planen indeholder eksempelvis for 2020 både resultatmål om, at Erhvervsministeriet bidrager til regeringens økonomiske genopretningspakke som led i indsatsen mod Covid-19, og at der skal leves op til de fastsatte mål for sagsbehandlingstider på tværs af ministeriet.³⁵

Udmøntningen af resultatlønnen for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør udgjorde 120.000 kr. i 2017 og 2019 og 115.000 kr. i 2016 og 2018.³⁶ Det har ikke været muligt for Justitia at opnå indsigt i direktørens målopfyldelsesgrader for de nævnte år og baggrunden for den udløste resultatløn, men Erhvervsministeriet har oplyst, at knap 85 procent af resultatlønnen er fastsat som objektiv resultatløn, dvs. givet for indfrielsen af objektive mål, som årligt fastsættes i styrelsernes mål- og resultatplaner.³⁷

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sekretariatsbetjener en række instanser på forbrugerområdet, herunder Forbrugerombudsmanden, som er en uafhængig myndighed, der primært fører tilsyn med, at erhvervsdrivende overholder markedsføringsloven og anden forbrugerbeskyttende lovgivning.³⁸ Forbrugerombudsmanden udnævnes i lighed med direktøren for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af erhvervsministeren for et tidsrum på op til 6 år med mulighed for forlængelse med op til i alt 3 år. Forbrugerombudsmanden kan ifølge markedsføringslovens § 25, stk. 3 kun afskediges uden ansøgning, såfremt afskeden er begrundet i helbredsmæssige årsager, eller såfremt

³¹ Se nærmere afsnit 2.4.

³² Se bl.a. jobopslag af 4. november 2015 på Altinget.dk: www.altinget.dk/christiansborg/karriere/direktoer-til-konkurrence-og-forbrugerstyrelsen. Ansættelsen sker efter rammeaftale om kontraktsansættelse af chefer i staten, CIR1H nr. 9657 af 10. juli 2019.

³³ KFST: www.kfst.dk/om-os/organisation/centre/resultatlon-til-direktor/ (tilgået 15. september 2020).

³⁴ Finanslov for finansåret 2020, Tekst og anmærkninger, § 08.21.01, s. 29.

³⁵ Se eksempelvis [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen](http://www.kfst.dk/om-os/organisation/centre/resultatlon-til-direktor/): Mål- og resultatplan 2020, 20. maj 2020, s. 6-8.

³⁶ Ibid. for så vidt angår år 2019 og aktindsigtsanmodning fra Justitia til Erhvervsministeriet af 23. april 2020, besvaret ved brev af 13. maj 2020 for så vidt angår årene 2016-2018.

³⁷ Aktindsigtsanmodning fra Justitia til Erhvervsministeriet af 23. april 2020, besvaret ved brev af 13. maj 2020.

³⁸ KFST: www.kfst.dk/forbrugerforhold/vejledning-og-klager/.

den pågældende som følge af strafbart forhold, tjenesteforseelse eller mislighed er uegnet til at forblive i stillingen. Det er hensigten med bestemmelsen, at Forbrugerombudsmanden i realiteten skal være sikret mod forflyttelse qua åremålsansættelsen.³⁹ Med denne afgrænsning af saglige opsigelsesgrunde i loven er Forbrugerombudsmanden således beskyttet i et større omfang end styrelsens direktør og øvrige åremålsansatte chefer i staten.

Som det fremgår af Justitias spørgeskemaundersøgelse i bilag 4, afsnit 4 synes der ikke blandt brugerne at være bekymring om konkurrencemyndighedernes uafhængighed. Dette indebærer ikke, at den nuværende konstruktion navnlig for så vidt angår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktion og ansatte indebærer en risiko for fremtidige problemer med uafhængighed. Som det fremgår af bilag 4, afsnit 2 har en tidligere direktør i styrelsen da også udtrykt, at uafhængigheden ikke i praksis havde været udfordret i hendes tid, men at styrelsen samtidig anerkendte, at udstrækningen af respekten for styrelsens uafhængighed af regeringen og erhvervsministeren var skrøbelig.

1.1.3. Budgetmæssig uafhængighed

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ressourcer til håndhævelse af konkurrenceloven fastsættes på en driftsbevilling på finansloven.⁴⁰ Bevillingen er givet på hovedkontoniveau, og styrelsens direktør har retten til at disponere bevillingen inden for de materielle og finansielle hjemler, som er i Konkurrenceloven, andre relevante love og finansloven.⁴¹ Der er adgang til at overføre løn- og driftsmidler mellem de forskellige hovedkonti under Finanslovens punkt 8.21: *”Erhvervsregulering og -registrering, konkurrence og forbrugerbeskyttelse og -oplysning”* eksempelvis mellem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Forbrugerrådet Tænk, Nævnenes Hus eller Erhvervsstyrelsen.⁴²

Omkostninger til Forbrugerombudsmanden og medarbejderne i sekretariatet afholdes på en underkonto på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hovedkonto for Forbrugerombudsmanden.⁴³ Der var på Finansloven for 2020 bevilget Forbrugerombudsmandens sekretariat 23,5 mio. kr. Af disse var angivet, at Forbrugerombudsmanden kan disponere over 16,0 mio. kr. til Forbrugerombudsmandens og medarbejdernes løn samt øvrig drift, mens Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen disponerer over den resterende del af bevillingen til afholdelse af Forbrugerombudsmandens andel af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fællesomkostninger.⁴⁴

Der kan ved spørgsmålet om budgetmæssig uafhængighed skeles til Domstolsstyrelsen, som under ledelse af en bestyrelse og en direktør har til opgave at administrere og udvikle Danmarks Domstole. Domstolsstyrelsen hører ressortmæssigt under Justitsministeriet, men er politisk uafhængig, da

³⁹ Karnovs note 223 til § 25 i lov nr. 426 af 3. maj 2017 (markedsføringsloven).

⁴⁰ Finansloven for 2020, § 8.21.01 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

⁴¹ Erhvervsministeriets grund- og nærhedsnotat til Folketingets Europaudvalg af 20. april 2017, Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 16/17, ERU Alm. Del, bilag 176, s. 10.

⁴² Henholdsvis konto 8.21.01, 8.21.04, 8.21.10 og 8.21.20. Se Finansloven for 2020, § 8 Erhvervsministeriet, s. 28.

⁴³ Konto 08.21.01.12.

⁴⁴ Finansloven for 2020, § 8 Erhvervsministeriet, s. 28-32.

Justitsministeren ingen instruktionsbeføjelse har over for Domstolsstyrelsen, ligesom dennes afgørelser ikke kan påklages til ministeren.⁴⁵ Domstolsstyrelsen nyder således en højere grad af uafhængighed end Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der er underlagt erhvervsministerens instruktionsbeføjelse hvad angår forberedelse af lovgivning, almindelig ministerbetjening m.v. som beskrevet ovenfor under afsnit 1.1.1.

Domstolsstyrelsen har ligesom Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en hovedkonto på Finansloven.⁴⁶ Det fremgår af den gældende lovebekendtgørelse om Domstolsstyrelsen, at bestyrelsen træffer beslutning i alle spørgsmål, som er af væsentlig betydning, herunder om Domstolsstyrelsens budgetforslag for kommende finansår, der fremsættes over for justitsministeren. Bestyrelsen træffer ligeledes beslutning om den overordnede fordeling af bevillingerne inden for de rammer, der er fastsat på finansloven.⁴⁷

Det fremgår af lovens forarbejder, at et flertal på 14 medlemmer af Domstolsudvalget fandt, at Domstolsstyrelsen burde have adgang til at henvende sig til Folketinget, såfremt der ikke har kunnet opnås enighed om et budget ved forhandlinger mellem finansministeren og Domstolsstyrelsen, hvilket Justitsministeriet tilsluttede sig.⁴⁸ Af disse fandt et flertal, at det ikke var nødvendigt at lovfæste denne adgang for styrelsen til at henvende sig til Folketinget, da adgangen følger af styrelsens uafhængige stilling.⁴⁹ En sådan adgang fandt udvalget velbegrundet ud fra domstolenes særlige stilling som den tredje statsmagt.⁵⁰

1.2. Sammenlægningen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i 2010

Økonomi- og erhvervsministeren besluttede i 2010 at fusionere de to eksisterende styrelser for henholdsvis forbruger- og konkurrenceforhold for derved at danne Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Formålet med fusionen var ifølge et notat om fusionen at styrke både forbruger- og konkurrencepolitikken, da en sammenlægning ville indebære klare faglige synergieffekter og give mulighed for mere effektiv ressourceudnyttelse.⁵¹

Forslaget til sammenlægningen i 2010 gav anledning til kritik fra bl.a. Dansk Industri, der afviste idéen med henvisning til, at de to daværende styrelser havde forskellige formål. Også daværende medlem af Konkurrencerådet professor Niels Blomgren-Hansen udtalte, at der ofte vil være modstridende interesser mellem de to styrelser.⁵²

⁴⁵ Domstol.dk: <https://www.domstol.dk/om-os/organisation/> og lovebekendtgørelse nr. 390 af 25. april 2017 om Domstolsstyrelsen.

⁴⁶ Finansloven for 2020, § 11.41.01.

⁴⁷ Lovebekendtgørelse nr. 390 af 25. april 2017 om Domstolsstyrelsen, § 3, stk. 3, nr. 1 og 2.

⁴⁸ Lovforslag nr. L 275, fremsat den 23. maj 1997, s. 5762-63, pkt. 8.2.

⁴⁹ Ibid. og Domstolsudvalgets betænkning nr. 1319/1996, s. 107.

⁵⁰ Betænkning nr. 1913/1996, s. 107.

⁵¹ Notat af 19. august 2010, Erhvervsudvalget 09/10, ERU Alm.del Bilag 301, Offentligt.

⁵² [Børsen](#): *Sammenlægning af Forbrugerstyrelsen og Konkurrencestyrelsen*, 20. juni 2010.

En sammenlægning af de to tidligere styrelser blev også overvejet i 1999, hvor den daværende erhvervsminister iværksatte en undersøgelse af konsekvenserne ved en sammenlægning af konsulentvirksomheden PA Consult. Fusionen blev imidlertid angiveligt opgivet efter pres fra erhvervslivet, Forbrugerombudsmanden og Forbrugerrådet.⁵³

Der blev ikke i notatet om fusionen af de to styrelser nævnt noget om de problematikker, der eventuelt måtte opstå ved at fusionere Konkurrencestyrelsen, som er uafhængig af erhvervsministeren ved den daglige administration af konkurrenceloven og regler udstedt i medfør heraf, med Forbrugerstyrelsen, som ikke nyder samme uafhængighed. Konkurrencestyrelsen blev først med lovændringen i 2014 tillagt en mere selvstændig kompetence ifølge loven, som beskrevet nedenfor 2.3. Sammenlægningen i 2010 var derfor ikke forbundet med de betænkeligheder, som kan rejses på et tidspunkt, hvor styrelsen har selvstændig afgørelseskompetence, og der dermed gælder et øget krav om uafhængighed. Der blev ikke i forbindelse med lovændringen i 2014 reflekteret over betydningen af, at styrelsen nu var en samlet konkurrence- og forbrugerstyrelse.

2. Konkurrencerådet

2.1. Konkurrencerådets kompetencer og opgaver

Konkurrencerådet har det overordnede ansvar for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens administration af konkurrenceloven og reglerne udstedt i medfør heraf.⁵⁴ Konkurrencerådet fastlægger bl.a. de strategiske mål for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens arbejde, godkender de administrative regler eller vejledninger, som styrelsen fastsætter og igangsætter eller godkender styrelsens konkurrenceanalyser og sektorundersøgelser.⁵⁵

Herudover træffer Konkurrencerådet bl.a. afgørelser i sager af principiel eller særlig stor betydning, mens Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen træffer afgørelse i øvrige sager i overensstemmelse med rådets praksis og anvisninger. Det er styrelsens praksis at forelægge stort set alle sager, hvor der foretages indgreb i form af påbud eller tilsagn for Konkurrencerådet, mens øvrige sager – f.eks. fusioner, der kan godkendes uden tilsagn – afgøres af styrelsen.⁵⁶

Konkurrencerådets kompetence til at træffe afgørelser i sager af principiel eller særlig stor betydning kan delegeres til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.⁵⁷ Styrelsen har ved en besvarelse af en

⁵³ [Berlingske](#), *Forbrugerstyrelsen er på vej til at blive nedlagt*, 4. marts 1999 og [DR](#): *Minister opgiver fusion af styrelser*, 22. november 1999.

⁵⁴ Konkurrencelovens § 15, stk. 3 og bekendtgørelse nr. 980 af 27. august 2015 om forretningsorden for Konkurrencerådet, § 1, stk. 1.

⁵⁵ Bekendtgørelse nr. 980 af 27. august 2015 om forretningsorden for Konkurrencerådet, § 3.

⁵⁶ Aktindsigtsanmodning fra Justitia til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved mail af 23. april 2020, besvaret ved brev af 15. maj 2020 med henvisning til Rapport for udvalget om konkurrencelovgivningen fra marts 2012, s. 52.

⁵⁷ Konkurrencelovens § 15, stk. 3 og 4 og bekendtgørelse nr. 980 af 27. august 2015 om forretningsorden for Konkurrencerådet, § 6.

aktindsigtsanmodning meddelt Justitia, at der ikke er foretaget en sådan delegation af afgørelseskompetence fra rådet til styrelsen.⁵⁸

Konkurrencerådet fastsætter ifølge konkurrencelovens § 14, stk. 6 sin egen forretningsorden, der skal godkendes af erhvervsministeren.⁵⁹ Konkurrencerådet fastsætter ifølge forretningsordenen en mødeplan med ca. 11 planlagte rådsmøder om året. Møder afholdes i øvrigt, når formanden skønner det nødvendigt, og når det begæres af et rådsmedlem eller af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør.⁶⁰

Konkurrencerådet mødes herudover to gange om året med et rådgivende udvalg nedsat af erhvervsministeren. Udvalget kan bl.a. rådgive Konkurrencerådet om udarbejdelse og anvendelse af vejledninger om konkurrenceloven og eksistensen af konkrete konkurrenceproblemer på et marked.⁶¹

2.2. Konkurrencerådets sammensætning

Det er erhvervsministeren, som udpeger Konkurrencerådet, der ifølge konkurrencelovens § 14, stk. 2 består af syv medlemmer. Rådet er ifølge bestemmelsen sammensat af fire medlemmer med konkurrencemæssigt kendskab eller anden relevant akademisk baggrund, to medlemmer med ledelsesmæssig baggrund fra erhvervslivet og et medlem med særligt kendskab til forbrugerforhold.

Konkurrencerådet fik sin nuværende form ved en lovændring, der blev vedtaget i 2014.⁶² Før lovændringen bestod rådet af en formand og 17 medlemmer, hvoraf syv blev udnævnt efter indstilling fra erhvervsorganisationer, et medlem efter indstilling fra forbrugerorganisationer og et medlem med særlig indsigt i offentlig erhvervsvirksomhed efter indstilling fra Kommunernes Landsforening. De resterende medlemmer og formanden skulle være uafhængige af erhvervs- og forbrugerinteresser.⁶³

Med lovændringen blev rådet med virkning fra 1. juli 2015 omlagt til en mindre og professionel bestyrelse for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens administration af konkurrenceloven.⁶⁴ De nu kun syv medlemmer, der skulle udgøre bestyrelsen, skulle ifølge bemærkningerne til lovforslaget besidde *”særlige kompetencer i form af praktiske og teoretiske sagkundskaber.”*⁶⁵ For de fire medlemmer med *konkurrencemæssigt kendskab eller anden relevant akademisk baggrund* gælder ifølge bemærkningerne til lovforslaget, at disse skal have juridisk, økonomisk eller på anden vis konkurrencefaglig viden. De to medlemmer med *ledelsesmæssig baggrund fra erhvervslivet* skal ifølge bemærkningerne have eller have haft ledelsesmæssigt ansvar for en erhvervsvirksomhed f.eks.

⁵⁸ Aktindsigtsanmodning fra Justitia til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved mail af 23. april 2020, besvaret ved brev af 15. maj 2020.

⁵⁹ Forretningsordenen er fastsat ved bekendtgørelse nr. 980 af 27. august 2015 om forretningsorden for Konkurrencerådet.

⁶⁰ Forretningsordenens §§ 9 og 10.

⁶¹ Forretningsordenens § 8.

⁶² Lov nr. 1371 af 16. december 2014.

⁶³ Se lovbekendtgørelse nr. 700 af 18. juni 2013.

⁶⁴ Levinsen, Kirsten m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1124 og Lovforslag nr. L 18, FT 14/15 som fremsat, s. 3.

⁶⁵ Lovforslag nr. L 18, FT 14/15 som fremsat, s. 4-5.

som medlem af bestyrelsen eller som direktør. Med kravet om *særligt kendskab til forbrugerforhold* til det sidste medlem af Konkurrencerådet menes akademisk baggrund, der knytter sig til forbrugerforhold. Erhvervsministeren skal ved udpegning af medlemmerne sikre, at der er en passende fordeling mellem relevante juridiske og økonomiske kompetencer hos de pågældende medlemmer.⁶⁶

Konkurrencerådets formand og næstformand skal udpeges blandt de af Konkurrencerådets medlemmer, som har konkurrencemæssigt kendskab eller anden relevant akademisk baggrund.⁶⁷ Herved sikres ifølge bemærkningerne til lovforslaget, at disse altid har enten juridisk eller økonomisk sagkundskab. En lang række erhvervsorganisationer, herunder Dansk Erhverv, Dansk Industri og Landbrug & Fødevarer udtrykte i høringssvar m.v. til lovforslaget, at de fandt det afgørende for Konkurrencerådets legitimitet, at Konkurrencerådets formand er landsdommer. Dette var begrundet i, at en landsdommer ifølge organisationerne har retssikkerhed som et naturligt omdrejningspunkt i komplekse og ofte meget indgribende afgørelser, og at de ofte vanskelige bevisspørgsmål, som Konkurrencerådet skal forholde sig til, på baggrund af organisationernes erfaring nødvendiggør dommerkompetencer.⁶⁸

Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget fandt det ikke hensigtsmæssigt at opstille et sådant krav, da behandlingen af konkurrencesager ikke vedrører rent juridiske vurderinger, men betydelige både økonomiske og juridiske problemstillinger. Hertil kommer, at formanden sammen med bestyrelsen ikke kun skal tage stilling til konkrete sager, men også konkurrenceanalyser og fremtidige strategiske tiltag på konkurrenceområdet.⁶⁹ Erhvervs- og vækstministeren påpegede desuden, at Konkurrenceankenævnet siden 2008 havde givet Konkurrencerådet – der heller ikke aktuelt havde en landsdommer som formand – helt eller delvist medhold i samtlige påklagede rådsafgørelser, hvilket indikerede, at der hidtil ikke havde været retssikkerhedsmæssige udfordringer.⁷⁰

Baggrunden for forslaget om at ændre Konkurrencerådets størrelse og sammensætning var en konstatering af, at et råd på dengang 18 medlemmer og en formand, hvoraf halvdelen var indstillet af interesseorganisationer, var atypisk i forhold til lande, som Danmark normalt sammenligner sig med.⁷¹ Interesseorganisationernes ret til at indstille medlemmer blev fjernet, da tilstedeværelsen af erhvervs- og forbrugerinteresser i Konkurrencerådet ifølge bemærkningerne til lovforslaget kunne rejse spørgsmål om *”rådets uafhængighed, skade legitimiteten bag rådets afgørelser og potentielt afholde udenlandske virksomheder fra at entrere det danske marked.”* Desuden indebar rådet størrelse, at det tog uforholdsmæssigt lang tid at samle medlemmerne, og at sagsprocesserne blev uflexible.⁷²

⁶⁶ Ibid., s. 7.

⁶⁷ Konkurrencelovens § 14, stk. 3, 3. pkt.

⁶⁸ Lovforslag nr. L 18, FT 14/15, Bilag 3 (Henvendelse af 4/11-14 fra Landbrug & Fødevarer m.fl.), s. 2.

⁶⁹ Lovforslag nr. L 18, FT 14/15, Bilag 1 (Høringsnotat), s. 3.

⁷⁰ Lovforslag nr. L 18, FT 14/15, besvarelse af spørgsmål 1, s. 2.

⁷¹ Lovforslag nr. L 18, FT 14/15 som fremsat, s. 4.

⁷² Ibid., s. 3-4.

Lovændringen i 2014 indebar, at interesseorganisationernes ret til at indstille medlemmer til Konkurrencerådet bortfaldt, mens disse i stedet kunne indstille medlemmer til det rådgivende udvalg, der blev oprettet med loven. Ifølge konkurrencelovens § 14, stk. 4 udpeger erhvervsministeren efter indstilling fra erhvervs- og interesseorganisationerne op til 10 medlemmer til et rådgivende udvalg, som kan rådgive Konkurrencerådet. Medlemmerne skal samlet have et alsidigt kendskab til private og offentlige virksomheder og juridiske, økonomiske, finansielle og forbrugermæssige forhold. Udvalgets sammensætning tog udgangspunkt i det gamle Konkurrenceråd bestående af 18 medlemmer.⁷³

Det rådgivende udvalg rådgiver ifølge konkurrencelovens § 15, stk. 5 Konkurrencerådet om behov for vejledninger og analyser og om mulige tiltag til at forebygge overtrædelser af loven. Udvalget kan også gøre rådet opmærksom på konkrete konkurrenceproblemer på et marked.

2.3. Konkurrencerådets sammensætning før 2014

Konkurrencerådets sammensætning er blevet ændret flere gange i konkurrencelovens historie. Ifølge den første konkurrencelov fra 1989 bestod Rådet af en formand og 14 medlemmer.⁷⁴ Det fremgik af den dagældende § 4, stk. 2, at Rådet skulle omfatte et *alsidigt kendskab til erhvervsforhold, herunder juridiske, økonomiske, finansielle og forbrugermæssige forhold*. Det fremgik også, at formanden og syv af rådets medlemmer skulle være uafhængige af erhvervsinteresser.

Ved en revision af konkurrenceloven i 1997 blev antallet af medlemmer udover formanden udvidet til 18 og reglerne om rådets sammensætning blev ændret.⁷⁵ Det blev bl.a. præciseret, at rådet skulle omfatte alsidigt kendskab til "offentlig og privat erhvervsvirksomhed" frem for blot erhvervsforhold og tilføjet, at et af de uafhængige medlemmer, som nu talte otte frem for syv udover formanden, skulle have særlig indsigt i statslig erhvervsvirksomhed. Derudover blev det tilføjet, at syv medlemmer skulle udnævnes efter indstilling fra erhvervsorganisationer, et medlem efter indstilling fra forbrugerorganisationer og to medlemmer med særlig indsigt i offentlig erhvervsvirksomhed efter indstilling fra de kommunale organisationer.⁷⁶

Ændringerne skete bl.a. på baggrund af, at det ifølge bemærkningerne til lovforslaget havde vist sig, at en væsentlig del af rådets virksomhed vedrørte offentlig erhvervsvirksomhed og regulering heraf. På denne baggrund blev det fundet hensigtsmæssigt, at rådet besidder et alsidigt kendskab til både offentlig og privat virksomhed og at rådet repræsenterer en bredere samfundsmæssig sagkundskab.⁷⁷

I 2000 fremsatte den daværende erhvervsminister et forslag til en betydelig ændring af Konkurrencerådets sammensætning og beslutningsprocedure. Ifølge lovforslaget skulle

⁷³ Ibid., s. 8.

⁷⁴ Lov nr. 370 af 7. juni 1989.

⁷⁵ Lov nr. 384 af 10. juni 1997.

⁷⁶ Lov nr. 384 af 10. juni 1997, § 15, stk. 1.

⁷⁷ Lovforslag nr. L 172, FT 96/97 som fremsat, s. 23-24.

Konkurrencerådet består af syv faste medlemmer, der alle er uafhængige af erhvervs- og forbrugerinteresser. Derudover skulle rådet fortsat bestå af et antal medlemmer, der udnævnes efter indstilling fra de nævnte organisationer, men disse ville ifølge lovforslaget ikke som før deltage i voteringen i Konkurrencerådet.⁷⁸ Formålet var ifølge bemærkningerne til lovforslaget ud fra effektivitetshensyn at etablere et beslutningstagende organ efter en model, som i højere grad svarede til forholdene i andre EU-medlemsstater.⁷⁹ Efter en lang række spørgsmål fra Folketingets Erhvervsudvalg valgte erhvervsministeren at træffe denne del af forslaget tilbage, og lovforslaget fra 2000 afstedkom derfor ingen ændringer af Konkurrencerådets sammensætning.⁸⁰

Ved en lovændring i 2005 blev antallet af medlemmer i Konkurrencerådet igen ændret fra 18 til 17 som konsekvens af kommunalreformen, hvorved Andelsforeningens repræsentant bortfaldt. Herefter blev alene udnævnt et medlem med særlig indsigt i offentlig erhvervsvirksomhed efter indstilling fra KL (Kommunernes Landsforening).⁸¹

I 2007 blev der igen ændret ved Konkurrencerådets sammensætning. Det blev efter beskrivelsen af medlemmernes kompetencer tilføjet, at *”Rådets medlemmer udnævnes på baggrund af deres personlige og faglige kvalifikationer, og de skal fungere uafhængigt i deres virke.”*⁸² Det fremgik af bemærkningerne til lovforslaget, at der skulle foretages en konkret vurdering ved hver enkelt udnævnelse til rådet ud fra de kriterier, som efter retsplejelovens § 93 anvendes ved beskikkelse af sagkyndige retsmedlemmer i Sø- og Handelsretten.⁸³ De sagkyndige medlemmer i Sø- og Handelsretten skal ifølge bestemmelsen bl.a. besidde et indgående og tidssvarende praktisk kendskab til vedkommende sagsområde og udføre hvervet med upartiskhed og omhu. Med denne tilføjelse blev kvalifikationskravene til Konkurrencerådets medlemmer således skærpet. Intentionen var ifølge bemærkningerne til lovforslaget at sikre, at der ikke kan opstå tvivl om, at medlemmerne fungerer uafhængigt i deres virke i rådet, da det var afgørende for Konkurrencerådets integritet, at der ikke kan sås tvivl om medlemmernes uafhængighed.⁸⁴

Lovens ordlyd blev også ændret, så formanden ligesom medlemmerne fremover udnævnes af økonomi- og erhvervsministeren frem for kongen som hidtil.⁸⁵ Der var herved alene tale om en modernisering af bestemmelsen.⁸⁶ Derudover blev tilføjet et stk. 3 til bestemmelsen, hvorefter økonomi- og erhvervsministeren kan fastsætte nærmere regler om indstilling og udnævnelse af Konkurrencerådets medlemmer og om indstilling og udpegning af faste stedfortrædere for disse.⁸⁷

⁷⁸ Lovforslag nr. L 242, FT 99/00 som fremsat, punkt 16., forslag til nyaffattelse af § 15. Se også besvarelse af spørgsmål nr. 10, bilag 12 til lovforslaget.

⁷⁹ Lovforslag nr. L 242, FT 99/00 som fremsat, almindelige bemærkninger, pkt. 1 vedr. lovforslagets indhold.

⁸⁰ Levinsen, Kirsten: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1124. Se også ændringsforslag til 2. behandling fra erhvervsministeren vedr. lovforslag nr. L 242, FT 99/00.

⁸¹ Lov nr. 601 af 24. juni 2005, § 15, stk. 1. Se hertil Karnovs kommentarer, note 11.

⁸² Lov nr. 572 af 6. juni 2007, pkt. 4 vedr. § 15, stk. 1.

⁸³ Lovforslag nr. L 152, FT 06/07 som fremsat, s. 8, pkt. 2.10 og de specielle bemærkninger til nr. 3, s. 14.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Lov nr. 572 af 6. juni 2007, pkt. 4 vedr. § 15, stk. 1.

⁸⁶ Lovforslag nr. L 152, FT 06/07 som fremsat, de specielle bemærkninger til nr. 3, s. 14.

⁸⁷ Lov nr. 572 af 6. juni 2007, pkt. 4 vedr. § 15, stk. 1.

Formålet var at give ministeren mulighed for ved bekendtgørelse at præcisere, hvilke organisationer, der havde ret til at indstille medlemmer til rådet samt efterfølgende foretage ændringer i indstillingsforholdene ved eksempelvis en fusion mellem to indstillingsberettigede organisationer.⁸⁸

I 2014 blev Konkurrencerådet omlagt til en mindre og professionel bestyrelse for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens håndhævelse af og vejledning om konkurrenceloven, og erhvervsorganisationernes indstillingsret blev i den forbindelse afskaffet, som beskrevet ovenfor under afsnit 2.2. Ved lovændringen i 2014 blev konkurrencelovens § 14 om Konkurrencerådets sammensætning m.v. nyaffattet, og bestemmelsens ordlyd om at "rådets medlemmer udnævnes på baggrund af deres personlige og faglige kvalifikationer, og de skal fungere uafhængigt i deres virke" udgik uden nærmere begrundelse i forarbejderne. Det er således uvist, hvorvidt forudsætningerne i forarbejderne til 2007-loven om, at rådsmedlemmerne skal vurderes ud fra de kriterier, der anvendes ved beskikkelse af sagkyndige retsmedlemmer i Sø- og Handelsretten fortsat gør sig gældende.

2.4. Uafhængighed

Både Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ved administration af konkurrenceloven uafhængige af erhvervsministeren. Dette indebærer, at ministeren ikke har instruktionsbeføjelser med hensyn til sagernes behandling eller kompetence til at ændre eller omgøre rådets eller styrelsens afgørelser. Det indebærer også, at konkrete afgørelser ikke kan indbringes for ministeren, men alene for Konkurrenceankenævnet.⁸⁹

Medlemmerne af Konkurrencerådet udpeges ifølge konkurrencelovens § 14, stk. 1 af Erhvervsministeren. Udpegningen af et medlem af Konkurrencerådet er en afgørelse i forvaltningslovens forstand, og valget skal således træffes ud fra saglige hensyn. Medlemmerne udpeges for en periode på op til 4 år og kan genudpeges. Der er som udgangspunkt ikke begrænsninger på antallet af gange, et rådsmedlem kan genudpeges.⁹⁰ Den nuværende formand har været medlem af Konkurrencerådet siden 2001 og er således blevet genudpeget af flere omgange.⁹¹ Blandt de øvrige medlemmer af Konkurrencerådet har to siddet siden 2012⁹² og de resterende fire siden 2015.⁹³

Konkurrencerådets uafhængighed kommer bl.a. til udtryk ved, at erhvervsministeren skal fastsætte klare regler for, hvornår afskedigelse af rådsmedlemmer eller disses suppleanter før en periodes ophør kan finde sted. Afskedigelse kan endvidere kun finde sted i tilfælde af overtrædelse af tavshedspligten eller ved grov tilsidesættelse af medlemmernes øvrige pligter efter

⁸⁸ Lovforslag nr. L 152, FT 06/07 som fremsat, de specielle bemærkninger til nr. 3, s. 14-15.

⁸⁹ Lovforslag nr. L 172, FT 96/97 som fremsat, s. 24.

⁹⁰ Udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (Civile bøder, strukturelle påbud, interviews, kontrolundersøgelser i private hjem m.v.) af 24. september 2020, s. 37.

⁹¹ [www.econ.ku.dk/ansatte/vip/?pure=da%2Fpersons%2Fchristian-schultz\(27c6a06f-1322-4c24-80d8-33bbe71b255c\)%2Fcv.html](http://www.econ.ku.dk/ansatte/vip/?pure=da%2Fpersons%2Fchristian-schultz(27c6a06f-1322-4c24-80d8-33bbe71b255c)%2Fcv.html).

⁹² www.kvinfo.dk/side/633/action/2/vis/11951/ og [www.pure.au.dk/portal/da/persons/pernille-wegener-jessen\(a4d1e2e5-43df-4533-98f3-48ab35ac2910\)/cv.html?id=54438395](http://www.pure.au.dk/portal/da/persons/pernille-wegener-jessen(a4d1e2e5-43df-4533-98f3-48ab35ac2910)/cv.html?id=54438395)

⁹³ Erhvervsministeriet: Erhvervs- og vækstminister Henrik Sass Larsen har i dag udpeget medlemmerne af det nye Konkurrenceråd, 29. april 2015.

Konkurrencerådets forretningsorden. Erhvervsministeren kan desuden ikke på eget initiativ foranledige en afskedigelse af et rådsmedlem, da afskedigelse kun kan finde sted efter indstilling fra Konkurrencerådets formand.⁹⁴

3. Sø- og Handelsretten

Når en sag har været indbragt for Konkurrenceankenævnet, kan ankenævnets afgørelse i sagen indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.⁹⁵ Det er således domstolene, der har den endelige afgørelse i konkurrencesager og ultimativt fastlægger retstilstanden indenfor konkurrenceretten.

Sager hvor anvendelsen af konkurrenceloven har væsentlig betydning indbringes for Sø- og Handelsretten, som således er den primære domstol i konkurrencesager.⁹⁶ Det gælder såvel offentligretlige sager om prøvelse af myndighedsafgørelser fra Konkurrenceankenævnet som privatretlige søgsmål om navnlig erstatning.⁹⁷ Kompetencen blev henlagt til Sø- og Handelsretten ved domstolsreformen i 2006,⁹⁸ men bl.a. Konkurrencelovsudvalget og Advokatrådet havde allerede inden da peget på, at indbringelse for Sø- og Handelsretten var mest hensigtsmæssigt.

Konkurrencelovsudvalget anførte således i sin betænkning fra 1995 vedrørende et principskifte i dansk konkurrencelov, at

*"Udvalget finder det hensigtsmæssigt, at domstolsbehandlingen af sager efter konkurrenceloven sker ved Sø- og Handelsretten i København, idet bedømmelsen af konkurrenceretlige forhold forudsætter såvel juridisk som erhvervsmæssig sagkundskab, ligesom det er tilfælde i markedsføringssager."*⁹⁹

I et høringssvar til det fremsatte lovforslag om principskifte i konkurrenceloven i 1997 påpegede Advokatrådet, at

*"indbringelse af Konkurrenceankenævnets afgørelser ifølge lovforslaget vil være for Landsretten. Efter rådets opfattelser ville Sø og Handelsretten være et mere egnet forum på grund af de erhvervsmæssige og tekniske aspekter."*¹⁰⁰

Udvidelsen af Sø- og Handelsrettens kompetence i 2006 skulle ifølge bemærkningerne ses på baggrund af sammenhængen i praksis mellem vurderingen af en konkurrencesag i forhold til konkurrenceloven og vurderingen af sagen i forhold til de EU-retlige konkurrenceregler. Ifølge

⁹⁴ Betænkning over lovforslag nr. L 172, FT 96/97, s. 4.

⁹⁵ Konkurrencelovens § 20, stk. 3.

⁹⁶ Retsplejelovens § 225, stk. 2, nr. 5.

⁹⁷ Møller, Jens m.fl. (red.): Kommenteret retsplejelov Bruxelles 1-forordning, 10. udgave (2018), bind 1, s. 595.

⁹⁸ Ved lov nr. 538 af 8. juni 2006, nr. 77 vedr. § 225.

⁹⁹ Konkurrenceudvalgets betænkning nr. 1297/1995, bind 1, s. 86.

¹⁰⁰ Høringssvar til lovforslag nr. L 172, FT 96/97, bilag 2, spørgsmål 1.

bemærkningerne vil selv sager, som umiddelbart fremstår som rent nationale, meget ofte vil indebære anvendelse af EU-traktatens bestemmelser, fordi en eventuel konkurrencebegrænsning er egnet til at påvirke samhandlen mellem EU's medlemsstater.¹⁰¹

Sø- og Handelsretten modtog i 2019 1074 sager, hvoraf 10 var konkurrencesager.¹⁰² Ved Sø- og Handelsretten behandles sager som udgangspunkt af én juridisk dommer med medvirken af to sagkyndige medlemmer under hovedforhandlingen. I særlige principielle sager medvirker tre juridiske dommere i stedet for én og i særlige komplekse sager fire sagkyndige medlemmer frem for to.¹⁰³

Sø- og Handelsretten har i alt ca. 140 sagkyndige medlemmer, som alle er indstillet af erhvervslivets organisationer for perioder af fire år. De sagkyndige dommere har erfaring og særlig indsigt i et eller flere af rettens områder, f.eks. IP-ret, markedsføringsret, transportret eller søret.¹⁰⁴

Sø- og Handelsrettens dom kan af parterne, dvs. også af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ankes til landsretten eller Højesteret, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4.

¹⁰¹ Møller, Jens m.fl. (red.): Kommenteret retsplejelov Bruxelles 1-forordning, 10. udgave (2018), bind 1, s. 595.

¹⁰² [Danmarks Domstole](#): Sø- og Handelsrettens årsberetning 2019, 15. juni 2020, s. 5.

¹⁰³ Retsplejelovens § 16, stk. 1, 3 og 4 og domstol.dk: <https://domstol.dk/soeoghandelsretten/om-soe-og-handelsretten/rettens-sagkyndige-medlemmer/>.

¹⁰⁴ Domstol.dk: <https://domstol.dk/soeoghandelsretten/om-soe-og-handelsretten/rettens-sagkyndige-medlemmer/>.

Bilag 3: Konkurrenceankenævnet

1. Konkurrenceankenævnets kompetence

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens inklusive Konkurrencerådets afgørelser efter konkurrenceloven kan stort set alle ankes til Konkurrenceankenævnet. Det gælder blandt andet beslutninger truffet efter konkurrencelovens materielle bestemmelser herunder §§ 6 og 11 (samt TEUF art. 101 og 102) vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1.

Det er ifølge konkurrencelovens § 20 ikke muligt at indbringe Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser for domstolene, før disse har været indbragt for Konkurrenceankenævnet, og nævnet har truffet afgørelse i sagen. Idet der er tale om en obligatorisk ankeinstans, spiller Konkurrenceankenævnet en central rolle i det danske konkurrenceretlige system som ankeinstans for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (inklusive Konkurrencerådets) afgørelser og som adgangsportal til domstolene.

Konkurrenceankenævnet er hverken en domstol eller en typisk administrativ myndighed. Ankenævnet er ikke på samme måde som almindelige administrative myndigheder (inklusive Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet) underlagt officialprincippet, som indebærer, at myndighederne har ansvaret for at oplyse en sag tilstrækkeligt, inden de træffer afgørelse. Konkurrenceankenævnet er i stedet et organ med en domstolslignende sagsbehandling, hvor der træffes afgørelse efter en kontradiktorisk proces underlagt forhandlingsprincippet, hvilket betyder, at ankenævnet ikke er forpligtet til selv at oplyse sagen, men alene skal forholde sig til sagen, som den bliver præsenteret af parterne.

Ifølge bemærkningerne til forslaget til revisionen af konkurrenceloven i 1997 virker Konkurrenceankenævnet besparende for det almindelige domstolssystem samtidig med, at afgørelserne træffes af en instans med særlig indsigt i konkurrencespørgsmål og en domstolslignende sagsbehandling.¹⁰⁵ Af samme grund fandt konkurrencelovsudvalget det ud fra såvel retssikkerhedsmæssige som administrative hensyn rigtigst at bevare Konkurrenceankenævnet som rekursmyndighed i forbindelse med lovens revision.¹⁰⁶

2. Konkurrenceankenævnets sammensætning

Konkurrenceankenævnet består ifølge konkurrencelovens § 21, stk. 1 af en formand, der skal være højesteretsdommer og fire andre medlemmer, hvoraf to skal have juridisk sagkundskab og to skal

¹⁰⁵ Lovforslag nr. L 172, FT 96/97 som fremsat, s. 25.

¹⁰⁶ KBET 1995 1297-1, s. 86.

have økonomisk sagkundskab. Formanden og medlemmerne udnævnes ifølge § 21, stk. 2 af erhvervsministeren, og de skal være uafhængige af erhvervsinteresser. Hvervet ophører ifølge lovens § 21, stk. 2 med udgangen af den måned, hvori vedkommende fylder 70 år. Ankenævnets medlemmer og suppleanter er udnævnt uden fast åremål, hvorved nævnets uafhængighed og domstolslignende status understreges.¹⁰⁷

Konkurrenceankenævnet bistås af en juridiske sekretær med en forventet arbejdsmængde på cirka 8 timer om ugen.¹⁰⁸

Det fremgår direkte af forarbejderne til konkurrenceloven, at lovgivers intention var, at Konkurrenceankenævnet skulle fungere som et uafhængigt organ med en domstolslignende sagsbehandling med særlig indsigt i konkurrencespørgsmål.¹⁰⁹ Dette søges sikret ved kravet i konkurrencelovens § 21, stk. 1 om, at ankenævnet, udover formanden der skal være højesteretsdommer, består af to medlemmer, der skal have juridisk sagkundskab og to medlemmer, der skal have økonomisk sagkundskab.

Formålet med systemet skulle være, at processen for Konkurrenceankenævnet var ressourcebesparende både med hensyn til tid og omkostninger i forhold til det almindelige domstolssystem samtidig med at kvaliteten af afgørelserne skulle være i top, fordi de afgøres af et ankenævn med indsigt i konkurrenceret og -økonomi. Samtidig skal parternes retssikkerhed bevares ved at sagsbehandlingen er "domstolslignende".

Indtil en lovændring i 2004 bestod Konkurrenceankenævnet alene af tre medlemmer, dvs. to medlemmer med henholdsvis økonomisk og juridisk sagkundskab samt en formand, der opfyldte betingelserne for at være højesteretsdommer.¹¹⁰ Baggrunden for udvidelsen til 5 medlemmer var et ønske om at skabe større modvægt til Konkurrencerådet, der på daværende tidspunkt bestod af i alt 19 medlemmer. Udvidelsen ændrede ifølge bemærkningerne til lovforslaget ikke ved kravet om, at samtlige medlemmer skal være uafhængige af erhvervs- og forbrugerinteresser, da det er en forudsætning for at bevare den domstolslignende karakter, som er tilsigtet med Konkurrenceankenævnet.¹¹¹

I lyset af Konkurrenceankenævnets intendede funktion som organ med særlig sagkundskab, er det påfaldende, at der hverken i konkurrenceloven eller i forarbejderne nævnes krav om, at medlemmernes juridiske henholdsvis økonomiske sagkundskab skal være relateret til konkurrencespørgsmål. Siden formålet er, at rekursinstansen skal have særlig indsigt i konkurrencespørgsmål, ville det være oplagt, at der var krav om, at ankenævnets medlemmers sagkundskab var konkurrencespecifik. Dette er eksempelvis tilfældet for Ankenævnet for Patenter og Varemærker, der skal sammensættes, således at medlemmerne tilsammen besidder den bedst mulige sagkundskab vedrørende de konkrete emner, som Ankenævnet beskæftiger sig med.¹¹² Dette

¹⁰⁷ Se Karnovs kommentarer til lov nr. 370 af 7. juni 1989.

¹⁰⁸ Justitias anmodning om aktindsigt af 23. april 2020, besvaret den 19. maj 2020 af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

¹⁰⁹ Lovforslag nr. L 172, FT 96/97 som fremsat, s. 25.

¹¹⁰ Lov nr. 370 af 7. juni 1989, § 17, stk. 1 og senere. Ændret ved lov nr. 1461 af 22. december 2004.

¹¹¹ Lovforslag nr. L 63, FT 04/05 som fremsat, specielle bemærkninger til nr. 32, s. 22.

¹¹² BKG 2009-09-21 nr. 892 Ankenævnet for Patenter og Varemærker § 2.

krav for så vidt angår Ankenævnet for Patenter og Varemærker skyldes utvivlsomt den ofte meget tekniske karakter af særligt patentsager, men ideen om at kræve, at ankenævnsmedlemmer har en specifik relevant og ikke blot generel sagkundskab virker oplagt, når formålet er, at ankenævnet skal have en særlig sagkundskab.

Konkurrenceankenævnets medlemmer og suppleanter opfylder utvivlsomt konkurrencelovens krav om, at de skal have juridisk og økonomisk sagkundskab. Det er bemærkelsesværdigt, at konkurrenceloven ikke for nævnets vedkommende stiller krav om, at sagkundskaben specifikt skal rette sig mod konkurrenceret og konkurrenceøkonomi. En gennemgang af de nuværende og tidligere medlemmers CV'er viser, at flere ikke umiddelbart har nogen specifik konkurrenceretlig eller -økonomisk sagkundskab. Det er derfor tvivlsomt, om den nuværende sammensætning af Konkurrenceankenævnet sikrer, at nævnet er i besiddelse af en særlig indsigt i konkurrenceretlige og -økonomiske problemstillinger, og dermed om nævnets sammensætning sikrer en højere grad af nødvendig indsigt end almindelig domstolsbehandling. Dette gælder særligt, når der tages højde for, at Sø- og Handelsretten, hvor konkurrencesager verserer, er en specialdomstol, hvorfor dommerne dér ligeledes har meget erfaring med konkurrencesager, og hvor de sagkyndige medlemmer af retten, der udtages til den enkelte sag efter retsplejelovens § 94, stk. 4, skal være i besiddelse af indgående og tidssvarende praktisk kendskab til det retsområde, sagen angår. I praksis udtager Sø- og Handelsretten i konkurrencesager som hovedregel et sagkyndigt medlem med juridisk baggrund og et med økonomisk baggrund, og der deltager meget ofte 3 juridiske dommere.

3. Er Konkurrenceankenævnet en "ret"?

I overensstemmelse med ideen om Konkurrenceankenævnet som et organ med domstolslignende sagsbehandling blev det tidligere antaget i den juridiske litteratur, at ankenævnet var en "ret" i TEUF art. 267s forstand, og at ankenævnet derfor var berettiget til at stille præjudicielle spørgsmål.¹¹³

Efter en dom fra 2014¹¹⁴ hvor EU-domstolen fandt, at Teleklagenævnet ikke var en ret, idet Teleklagenævnet ikke havde den upartiskhed, der kræves, må det anses for ganske tvivlsomt, om Konkurrenceankenævnet er at betragte som en ret.

Netop uafhængighed er et af de kriterier, EU-Domstolen lægger vægt på ved afgørelsen af, om et nationalt organ udgør en ret. Domstolen lægger i sin praksis vægt på, om organet er:

"oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og om det er uafhængigt".¹¹⁵

Det skal bemærkes, at en ret i art. 267 TEUF's forstand er et EU-retligt begreb uden sammenhæng med domstolsbetegnelser i national ret. Blandt andet har EU-Domstolen bekræftet, at Klagenævnet

¹¹³ Se eksempelvis Heide-Jørgensen, Caroline: Lærebog i Konkurrenceret, 2. udgave, s. 196.

¹¹⁴ Domstolens dom af 9. oktober 2014 i sag C-222/13.

¹¹⁵ Se for eksempel Domstolens dom af 24. maj 2016 i sag C-396/14, pr. 23.

for Udbud er en ret og derfor kan stille præjudicielle spørgsmål.¹¹⁶ Samtidig er det klart, at kravene der stilles til en ret har karakter af at sikre en domstolslignende proces.

I sagen vedrørende Teleklagenævnet fandt EU-Domstolen som nævnt, at Teleklagenævnet ikke var en ret, blandt andet fordi Teleklagenævnet agerer sagsøgt, såfremt deres afgørelser bliver indbragt for domstolene:

”Som det desuden fremgår af de sagsakter som Domstolen er i besiddelse af, kan en klage over en afgørelse fra Teleklagenævnet indbringes for de almindelige domstole. Indgives en sådan klage, har Teleklagenævnet egenskab af sagsøgt. En sådan deltagelse fra Teleklagenævnets side i en procedure, hvorved nævnets egen afgørelse anfægtes, indebærer, at Teleklagenævnet, når det træffer den nævnte afgørelse, ikke udgør en udenforstående i forhold til de foreliggende interesser og derfor ikke besidder den upartiskhed, som kræves”¹¹⁷

Det følger af konkurrencelovens § 20, stk. 3, at Konkurrenceankenævnets kendelser kan indbringes for domstolene. Dette kan ske ved at sagsøge Konkurrencerådet såvel som Konkurrenceankenævnet.¹¹⁸ Idet ankenævnet kan sagsøges, vil ankenævnet formentlig ikke udgøre en udenforstående, og vil så fald næppe være en ret i henhold til EU-domstolens praksis.¹¹⁹

På Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside fremgår en vejledning om rette sagsøgte, hvori det bekræftes, at det er muligt at indbringe Konkurrenceankenævnets afgørelser for domstolene ved at anlægge sag mod Konkurrencerådet såvel som Konkurrenceankenævnet. Det fremgår videre, at rådet og ankenævnet er enige om, at det er hensigtsmæssigt, at der kun er én sagsøgt, og at dette er Konkurrencerådet. Det forhold at der er indgået en aftale mellem rådet og ankenævnet om rette sagsøgte kan næppe løfte ankenævnet ud af fortolkningen af kravet om uafhængighed som EU-Domstolen har udlagt det i ovenstående sag. Aftalen udelukker således ikke, at der kan anlægges sag mod Konkurrenceankenævnet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved besvarelse af aktindsigtsanmodning fra Justitia oplyst, at aftalen er *”begrundet i praktiske og ressourcemæssige forhold”*.¹²⁰ Når Konkurrenceankenævnets yderst begrænsede ressourcer tages i betragtning, er det formentlig en hensigtsmæssig arbejdsdeling. Konkurrenceankenævnet har ganske enkelt ikke de fornødne ressourcer til at agere sagsøgt i en sag for domstolene. Ankenævnet sekretariatsbetjenes af Nævnenes Hus og bistås gennemsnitligt 8 timer om ugen af en juridisk sekretær. Det er på den baggrund åbenlyst, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med deres ca. 250 medarbejdere er bedre rustet til at agere sagsøgt og forestå det praktiske, herunder drøftelser med Kammeradvokaten i den forbindelse.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Domstolens dom af 9. oktober 2014 i sag C-222/13, pr. 37.

¹¹⁸ Jf. bemærkningerne til § 20 (FT 1996-97, Tillæg A 3676).

¹¹⁹ Domstolen bemærkede derudover, at proceduren for afskedigelse af nævnets medlemmer ikke umiddelbart var omgærdet af særlige garantier, der sikrede at der ikke kunne være rimelig tvivl om organets uafhængighed jf. *ibid.*, pr. 34-36.

¹²⁰ Justitias anmodning om aktindsigt af 23. april 2020, besvaret den 4. maj 2020 af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Den konstruktion som Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet er blevet enige om, hvor rådet som udgangspunkt sagsøges i ankenævnets sted, udmøntes i praksis ved, at det i udgangspunktet er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der instruerer Kammeradvokaten om nedlæggelse af påstand og fremsættelse af anbringender med mulighed for at drøfte med Konkurrenceankenævnet.¹²¹ Det er i sig selv ejendommeligt, at styrelsen instruerer Kammeradvokaten i sager, der vedrører ankenævnets afgørelse, der ikke nødvendigvis er i overensstemmelse med styrelsens (eller Konkurrencerådets) afgørelse på vegne af den instans, der netop har skullet forhold sig til den oprindelige afgørelse fra styrelsen/rådet.

I lyset af intentionen om at Konkurrenceankenævnet skal udgøre et organ med en domstolslignende sagsbehandling, bør det tilstræbes, at ankenævnet er en ret i TEUF art. 267's forstand, da dette forudsætter opfyldelse af en række krav, der netop bidrager til at sikre en domstolslignende retssikkerhed. Begrebet ret er netop bredere end det almindelige domstolsbegreb, for at åbne op for forskellige løsninger i medlemsstaterne uden at sådanne nationale forhold nødvendigvis skal diktere, om præjudicielle spørgsmål kan stilles til EU-domstolen. Udover det betænkelige i at Konkurrenceankenævnet formentlig ikke lever op til de kriterier, der stilles i EU-praksis for at være en ret, er det også rent praktisk betænkeligt, at ankenævnet ikke kan få afklaret spørgsmål om EU-rettens fortolkning. Netop konkurrenceretsområdet er nok det område, der er mest påvirket af EU-retten - de nuværende danske konkurrenceregler udspringer direkte af EU-retten. Det ses da også i praksis ved, at Sø- og Handelsretten i flere sager har fundet det nødvendigt at stille præjudicielle spørgsmål i sager, som altså tidligere har været afgjort af Konkurrenceankenævnet.

4. Proces og prøvelse ved Konkurrenceankenævnet

Det er i det hele taget en tilsnigelse at kalde sagsbehandlingen ved Konkurrenceankenævnet for domstolslignende. Processen for ankenævnet er godt nok underlagt forhandlingsprincippet og en kontradiktorisk proces, men de danske domstole kendetegnes således ved andet og mere end blot forhandlings- og kontradiktionsprincipperne. Det er blandt andet afgørende for domstolsprocessen, at der ikke kan sås tvivl om domstolens uafhængighed, at personer (fysiske såvel som juridiske) under anklage har ret til at blive hørt, og at sagens parter behandles lige (equality of arms).

Behandlingen af sagerne for Konkurrenceankenævnet er væsensforskellig fra den almindelige domstolsproces, hvor sagens omfang afgør, hvor mange dage der skal afsættes til hovedforhandlingen, hvor omtvistet faktum kan gøres til genstand for syn og skøn, hvor relevant sagsmateriale forelægges for dommerne, og hvor parterne kan indkalde, afhøre og modafhøre de vidner, de ønsker, førend sagen afsluttes med parternes procedureindlæg. Groft sagt er det kun processkrifter og procedureindlægget fra den almindelige domstolsproces, der indgår i ankenævnssagerne. Den almindelige domstolsproces er formet ud fra et formål om at sikre parternes retssikkerhed. I den forbindelse, er det særlig vigtigt at notere sig, at processen for

¹²¹ Ibid.

Konkurrenceankenævnet på en række afgørende punkter ikke indebærer de retssikkerhedsmæssige garantier, der kendetegner sagsbehandlingen ved de almindelige domstole.

Ankenævnets sager behandles som regel mundtligt efter begæring fra en af parterne i medfør af bekendtgørelse 2013-02-22 nr. 175 om Konkurrenceankenævnet § 13. Der er dog tale om en meget begrænset mundtlig behandling sammenlignet med sagsgangen ved domstolene.

Sagsgangen ved Konkurrenceankenævnet forløber i overordnede træk således:

Efter klage over Konkurrencerådets afgørelse er indsendt, afgiver Konkurrencerådet, ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, svarskrift, og der udveksles replik og duplik. Skriftvekslingen minder således om den civile retspleje, dog er skrifterne erfaringsmæssigt ofte kortere end ved domstolene, da der ikke er samme bevisførelse ved Konkurrenceankenævnet som ved domstolene.

Det er dog ikke muligt at begære syn og skøn om omtvistet faktum som led i forberedelsen af sagen, hvilket særligt i konkurrencesager, der ofte hviler på komplicerede økonomiske beregninger og antagelser, må siges at udgøre en potentielt seriøs retssikkerhedsmæssig udfordring, da virksomheder således ikke kan få en uafhængig ekspert til at vurdere grundlaget for Konkurrencerådets analyser. Parterne har adgang til at fremlægge ensidigt indhentede udtalelser og erklæringer, men disses bevisværdi er utvivlsomt lavere grundet deres ensidige karakter, og fraværet af muligheden for almindelig vidneførelse medfører, at eksperten ikke får lejlighed til, som det ellers er tilfældet ved domstolene, at afgive forklaring og svare på spørgsmål vedrørende erklæringen, jf. lige nedenfor.

Konkurrenceankenævnet behandler sagerne på møder, i hvilke parternes involvering er ganske beskeden og slet ikke sammenlignelig med en almindelig hovedforhandling ved domstolene. Parterne forelægger således ikke sagens materiale for ankenævnet, hvis kendskab til sagens omstændigheder i stedet baseres på Konkurrencerådets afgørelse og parternes skrifter. Parterne har heller ikke mulighed for at indkalde og afhøre vidner, som det almindeligvis kendes. Parternes eneste involvering er et procedureindlæg, ofte med en varighed på ca. 30 minutter og en kort replik/duplik herefter, samt at stå til rådighed for eventuelle spørgsmål fra ankenævnets medlemmer. Der er eksempler på, at virksomheder kan bruge en del af deres tid på at lade en repræsentant fra virksomheden afgive forklaring, men dette har ikke karakter af en almindelig vidneafhøring og er begrænset af, at den tid, der afsættes til nævnsbehandlingen er ganske beskeden. Behandlingen af en sag tager således blot ganske få timer på trods af konkurrencesagers ofte yderst komplicerede karakter.¹²²

Processen beforder således ikke, at Konkurrenceankenævnets medlemmer kommer særligt dybt i substansen, og de vil ikke blive præsenteret for sagens bilag eller høre vidneforklaringer om faktum, hvilket begrænser virksomhedernes muligheder for at præsentere deres syn på sagen for ankenævnets medlemmer. Selve processen er således ikke "domstolslignende", men minder snarere om almindelig nævnsbehandling, som det kendes fra andre administrative nævn.

¹²² Konkurrenceankenævnets møder har i perioden 2017-2019 i gennemsnit taget 3,67 timer jf. nedenfor.

Uagtet at Konkurrenceankenævnet ud fra en snæver forvaltningsretlig betragtning har adgang til at foretage en fuld prøvelse af Konkurrencerådets afgørelser, sker dette meget sjældent. At processen ved Konkurrenceankenævnet ikke er domstolslignende understreges af, at uanset at nævnet kan foretage fuld prøvelse af både jus, faktum og rådets subsumption,¹²³ indskrænker nævnets prøvelse sig i alt væsentligt til en ren juridisk kontrol. Processen kan også af disse grunde ikke betegnes som domstolslignende.

Konkurrenceankenævnet er ikke, som offentlige myndigheder generelt, underlagt officialmaksimen, og er således ikke forpligtet til at oplyse sagerne tilstrækkeligt, herunder fremskaffe nødvendige nye oplysninger vedrørende faktum.¹²⁴ I praksis er ankenævnet tilbageholdende i sin efterprøvelse af Konkurrencerådets afgørelser, der i høj grad har karakter af en legalitetsprøvelse, hvor der udvises tilbageholdenhed med at efterprøve Konkurrencerådet og styrelsens skøn.¹²⁵ Lektor i Konkurrenceret ved Københavns Universitet Christian Bergqvist beskriver Konkurrenceankenævnets prøvelse som *"primært en prøvelse af den juridiske kvalificering af det for Konkurrencerådet frembragte faktum, herunder om der er belæg for konklusionerne heri"*.¹²⁶ Det er uklart, hvordan den tilbageholdende prøvelse kan kombineres med ideen om et sagkyndigt organ med særlig indsigt i konkurrencespørgsmål, da denne indsigt må antages at være af marginal betydning, når prøvelsen af Konkurrencerådets skøn er tilbageholdende.

Den tilbageholdende prøvelse er dog ikke overraskende, da processen som beskrevet ovenfor næppe gør medlemmerne i stand til at foretage en dybdegående prøvelse af Konkurrencerådets afgørelser, der ofte er flere hundrede sider lange. Det fremgår af en aktindsigt, Justitia har fået, at ankenævnets møder i perioden 2017-2019 har varet mellem 3 og 7 timer (gennemsnitligt 3,67 timer). Dertil skal lægges, at Konkurrenceankenævnet kun har sekretariatsbistand på gennemsnitligt 8 timer om ugen, jf. ovenfor. Kombinationen af tilrettelæggelsen af Konkurrenceankenævnets arbejde og det faktum at ankenævnet ikke er udstyret med tilstrækkelige "muskler" gør, at ankenævnet simpelthen ikke er i stand til at kunne foretage en dybdegående behandling af Konkurrencerådets ofte flere hundrede sider lange afgørelser.

En gennemgang af Konkurrenceankenævnets praksis vedrørende forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling¹²⁷ siden 2010 viser også, at ankenævnets begrundelser oftest udgøres af en (lettere) omskrivning af Konkurrencerådets anbringender som de gengives i kendelserne, og der er eksempler på, at ankenævnet uden videre lægger omtvistet faktum til grund.

¹²³ Revsbech, Karsten m.fl.: Forvaltningsret almindelige emner, 5. udgave (2009), s. 334-335.

¹²⁴ Se Østre Landsrets [dom](#) af 28. september 2006 i sag B3784-03, hvor Landsretten udtalte:

"Det forhold, at Konkurrenceankenævnet ikke under behandlingen af Arlas klage har søgt at tilvejebringe de faktiske oplysninger og herunder den analyse, der savnes i Konkurrencerådets afgørelse, kan ikke føre til et andet resultat. En så vidtgående forpligtelse til at tilvejebringe oplysninger følger ikke af Konkurrenceankenævnets forretningsorden og ville stride mod nævnets funktion som prøvelsesinstans."

¹²⁵ Levinsen, Kirsten m. fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1298.

¹²⁶ Bergqvist, Christian: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 914.

¹²⁷ Konkurrencelovens §§ 6 og 11.

Eksempelvis var det et afgørende spørgsmål i CD Pharma-sagen¹²⁸, om Orifarm A/S kunne skaffe lægemidlet Syntocinon fra en udenlandsk leverandør. Sagen angik om lægemiddeldistributøren CD Pharma AB misbrugte en dominerende stilling til at kræve urimeligt høje priser for netop lægemidlet Syntocinon. Parallelimportøren Orifarm A/S havde oprindeligt vundet rammekontrakt for levering af syntocinon til lægemiddelindkøberen for de danske sygehuse Amgros I/S. Orifarm kunne dog ikke levere, og Amgros måtte derfor indkøbe erstatningsvarer hos CD Pharma. CD Pharma hævede i den forbindelse prisen på syntocinon fra 45 kr. til 945 kr. per pakke (prisen blev efterfølgende nedsat til 225 kr.). Afgørende for udfaldet af den sag var, hvorvidt CD Pharma indtog en dominerende stilling på det danske marked for salg af Syntocinon. CD Pharma gjorde gældende, at det ikke var tilfældet, da Orifarm ikke havde godtgjort, at det ikke var muligt for dem at skaffe Syntocinon fra blandt andet Spanien. Blandt andet på baggrund af (anonyme) erklæringer fra Orifarms leverandører i Spanien fandt Konkurrencerådet, at det ikke var muligt for Orifarm at skaffe syntocinon fra Spanien, og at CD Pharma derfor indtog en dominerende stilling, og at denne var blevet misbrugt til at kræve urimeligt høje priser.

For Konkurrenceankenævnet gjorde CD Pharma blandt andet gældende, at Konkurrencerådet ikke reelt havde undersøgt, om det faktisk var muligt for Orifarm eller andre at skaffe Syntocinon i den relevante periode i 2014, hvilket er en nødvendig forudsætning for, at CD Pharma indtog en dominerende stilling og dermed havde brudt konkurrenceloven. Konkurrenceankenævnet anfører i sin kendelse blot at *"Konkurrenceankenævnet lægger til grund, at det i perioden [...] ikke var muligt for Orifarm at skaffe Syntocinon i tilstrækkelige mængder til at opfylde rammekontrakten med Amgros. CD Pharma var derfor i denne periode den eneste anden aktør på markedet."*

Spørgsmålet blev behandlet indgående i Sø- og Handelsrettens efterfølgende dom af 2. marts 2020.¹²⁹ Sø- og Handelsrettens flertal tiltrådte Konkurrencerådets vurdering med en bemærkning om, at denne blev styrket ved afhøringen af Orifarms repræsentanter. Sø- og Handelsrettens mindretal fandt det ikke godtgjort, at CD Pharma havde en dominerende stilling, idet Konkurrencerådet ikke havde afdækket eller prøvet hvorfor, Orifarm angiveligt ikke havde mulighed for at skaffe Syntocinon fra Spanien, og at rådet derfor ikke havde oplyst sagen tilstrækkeligt.

En anden interessant og illustrativ sag i forbindelse med spørgsmålet om ankenævnets prøvelsesniveau er den såkaldte Elsam III sag, der sluttede 12 år efter Konkurrencerådets oprindelige afgørelse, da Procesbevillingsnævnet i 2019 afslog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodning om at indbringe sagen for Højesteret. Ligesom CD Pharma sagen, handlede den om urimelige priser. Konkurrencerådet traf i 2007 afgørelse om, at Elsam A/S, der senere blev købt af Dong Energy, havde opkrævet urimeligt høje priser for elektricitet i Vestdanmark. Konkurrenceankenævnet traf efterfølgende afgørelse i sagen den 3. marts 2008.¹³⁰ Konkurrenceankenævnet stadfæstede en del af Konkurrencerådets afgørelse, og bemærkede i den forbindelse vedrørende en af de af Konkurrencerådet anvendte misbrugstests, at *"Misbrugstest A har sine svagheder, men indgår*

¹²⁸ Konkurrenceankenævnets kendelse af 29. november 2018 i sag KL-2-2018 CD Pharma AB mod Konkurrencerådet.

¹²⁹ Sag BS-3038/2019-SHR

¹³⁰ Konkurrenceankenævnets kendelse af 3. marts 2008, DONG Energy A/S mod Konkurrencerådet

*imidlertid i en helhed, som må anses for at være en til sagens problemstilling på grundlag af hidtidig praksis rimeligt tilpasset og forsvarligt anvendt analyse.*¹³¹

Konkurrenceankenævnet anerkendte altså, at grundlaget for Konkurrencerådets afgørelse led af svagheder, men konkretiserede ikke, hvori disse svagheder bestod, eller hvorfor de konkret måtte anses for at være uden betydning.

DONG ankede sagen til Sø- og Handelsretten, og begærede i denne forbindelse syn og skøn om netop misbrugstest A, hvilket Konkurrencerådet (der altså agerede sagsøgt i henhold til den ovenfor omtalte aftale indgået mellem Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet) protesterede imod. Sø- og Handelsretten tillod syn og skøn, da den økonomiske test blev anset for en del af sagens faktum.¹³²

Konkurrencerådet kærede Sø- og Handelsrettens kendelse herom til Højesteret. Konkurrencerådet protesterede mod, at rådets skøn skulle undergives en sagkyndig vurdering af "*en mere eller mindre tilfældig udpeget syns- og skønsmand.*"¹³³ Konkurrencerådet henviste i den forbindelse til konkurrencemyndighedernes særlige sammensætning og indsigt i komplicerede økonomiske og konkurrenceretlige forhold. Konkurrencerådet advarede samtidig mod at tilladelse til en sådan "*overprøvning*" af konkurrencemyndighedernes skøn ville kunne forrykke balancen og kompetencefordelingen mellem domstolene og Konkurrenceankenævnet, ligesom det var en risiko, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet helt blev overflødige. Højesteret lod sig ikke bevæge af dette, og stadfæstede Sø- og Handelsrettens kendelse, der tillod det syn og skøn, som DONG havde begæret.

Domstolene kan foretage en fuld prøvelse af faktum og af konkurrencemyndighedernes retsanvendelse,¹³⁴ til brug for hvilket parterne har mulighed for at begære syn og skøn. Det bemærkelsesværdige ved Højesterets afgørelse var, at det hermed blev fastslået, at konkurrencemyndighedernes anvendelse af økonomisk teori kan efterprøves under syn og skøn, og at konkurrenceøkonomiske beregninger og kalkyler dermed må anses for at være en del af faktum.

Skulle Konkurrencerådets argumenter tages for pålydende, ville det aldrig være muligt at udmelde syn og skøn i sager, der havde været prøvet af et administrativt organ, ligesom virksomhedernes adgang til at få efterprøvet de økonomiske beregninger, der ligger til grund for konkurrencemyndighedernes afgørelse imod dem er en grundlæggende retssikkerhedsmæssig garanti, uden hvilken det administrative system ville opnå en ganske betragtelig styrkeposition overfor virksomhederne.

Det er da også værd at bemærke, at Sø- og Handelsretten i sin efterfølgende afgørelse¹³⁵ konkluderede, at det foretagne syn og skøn havde illustreret, at "*de metoder og data, som indgår i*

¹³¹ Ibid pkt. 11.5.4

¹³² Sø- og Handelsrettens kendelse af 5. november 2010 i sag U-1-08

¹³³ Højesterets kendelse af 13. oktober 2011 i sag 13/2011

¹³⁴ Sø- og Handelsrettens dom af 30. august 2016 i sag U-1-08, side 499 og Vestre Landsrets afgørelse af 24. maj 2018 i sag V.L. B-1828-16, side 24

¹³⁵ Sø- og Handelsrettens dom af 30. august 2016 i sag U-1-08, side 501

test A, på en række punkter er inkonsistente med økonomisk teori". På den baggrund fandt Sø- og Handelsretten, at den ikke kunne basere sin misbrugsvurdering på misbrugstest A. Vestre Landsret fandt ligeledes i den efterfølgende ankesag, at testen led af væsentlige fejl, og at konkurrencemyndighedernes afgørelser derfor var truffet på et forkert eller ufuldstændigt grundlag.

Den dybdegående vurdering af den misbrugstest, der lå til grund for både Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnets afgørelser blev således først foretaget ved domstolene, og begge instanser fandt, at testen var så mangelfuld, at den ikke kunne danne grundlag for misbrugsvurderingen.

Det interessante er ikke så meget, at forskellige instanser når forskellige resultater – det er nu en gang et vilkår i et retssamfund med fler-instansprøvelse. Det interessante er derimod, at Konkurrenceankenævnet blåstemplede anvendelsen af en test på trods af, at ankenævnet vurderede, at testen havde sine svagheder, uden at det blev vurderet nærmere, hvilke svagheder testen havde, og hvilken betydning dette havde for testens resultat. Det er altså en ganske tilbageholdende prøvelse, hvor ikke en gang en test med svagheder fører til hjemvisning eller grundigere vurdering af Konkurrencerådets afgørelse. I denne forbindelse skal det erindres, at Konkurrenceankenævnet består af to medlemmer med økonomisk sagkundskab. Konkurrenceankenævnet skulle derfor være i stand til at foretage en vurdering af selv meget komplicerede økonomiske tests, og såfremt prøvelsen skulle sikre retssikkerheden, burde dette da også være tilfældet. Såfremt Konkurrenceankenævnet holder sig til en prøvelse af den juridiske kvalificering af det frembragte faktum¹³⁶, er det ikke klart hvilken værdi medlemmerne med økonomisk sagkundskab tilfører.

Der er i det hele taget relativt få eksempler på, at Konkurrenceankenævnet undergiver faktum, som det blev lagt til grund af Konkurrencerådet, en selvstændig behandling og undersøgelse, ligesom det er sjældent, at ankenævnet fortolker juraen anderledes end Konkurrencerådet eller forholder sig indgående til nyt processtof.

Dette forhold afspejles også i udfaldet af Konkurrenceankenævnets afgørelser; af de 15 sager Konkurrenceankenævnet har afgjort siden 2010 vedrørende konkurrencelovens §§ 6 og 11, er Konkurrencerådets afgørelse blevet stadfæstet 13 gange¹³⁷, svarende til en stadfæstelsesgrad på ca. 87 %.

I den seneste af de to sager der ikke blev stadfæstet - tagpapsagen fra 2018¹³⁸ - fandt Konkurrenceankenævnet, at Konkurrencerådet ikke havde godtgjort, at en mærkningsordning og de branchestandarder, der blev fastsat af Tagpapbranchens Oplysningsråd vedrørende tagpap og tagfolie havde haft til formål at begrænse konkurrencen. Konkurrenceankenævnet hjemviste derfor sagen til fornyet behandling og afgørelse i Konkurrencerådet.

¹³⁶ Bergqvist, Christian: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 914.

¹³⁷ I en enkelt af de 13 afgørelser (Kendelse af 16. november 2012 Dansk Ejendomsrådgiverforening m.fl. mod Konkurrencerådet) stadfæstede Konkurrenceankenævnet afgørelsen men ændrede de meddelte påbud.

¹³⁸ Konkurrenceankenævnets afgørelse af 12. september 2018 i sag KL-2-2017, KL-4-2017 og KL-5-2017 Danske Tagpapfabrikanter Brancheforening, Tagpapbranchens Oplysningsråd, Icopal Danmark ApS og Nordic Waterproofing A/S mod Konkurrencerådet.

For at fastslå om en aftale/samordnet praksis har til formål at begrænse konkurrencen, skal myndighederne undersøge aftalens indhold, intendede formål samt retlige og økonomiske kontekst aftalen indgår i. I henhold til praksis fra EU-domstolen kan konkurrencemyndighederne, når der er tale om særlige alvorlige overtrædelser, der efter deres art må anses for at være skadelige for konkurrencen, begrænse deres undersøgelser af den økonomiske og retlige kontekst (kontekstanalysen) til hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med formål at begrænse konkurrencen.¹³⁹

Konkurrencerådet havde netop lagt til grund, at fastsættelsen af standarder og mærkningsordning havde til formål at afskærme det danske marked for tagpap og tagfolie for konkurrerende virksomheder og begrænse produktudbuddet, og havde derfor kun foretaget en stærkt begrænset kontekstanalyse. Konkurrenceankenævnet anførte derimod, at standardiseringsaftaler ikke som udgangspunkt anses for at være konkurrencebegrænsende, og at Konkurrencerådet ikke havde løftet det nødvendige bevis for, at der var tale om en samordnet praksis med konkurrencebegrænsende formål, idet rådet havde anlagt en forkert juridisk betragtning, da de anså standarden og mærkningsordningen for at udgøre en egentlig markedsafskærmning. Ifølge Konkurrenceankenævnet kunne standarderne og mærkningsordningen ikke anses for at være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til at anse en nærmere analyse af den retlige og økonomiske kontekst for overflødig. Konkurrencerådet kunne derfor ikke begrænse deres undersøgelse af den retlige og økonomiske kontekst til, hvad rådet anså for strengt nødvendigt, og Konkurrencerådet havde derfor ikke løftet bevisbyrden for, at der var tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål. Sagen blev hjemvist til fornyet behandling i Konkurrencerådet, der i foråret 2020 oplyste, at de havde lukket sagen uden afgørelse.¹⁴⁰

I den anden af de to sager - Post Danmark sagen fra 2011¹⁴¹ - hjemviste Konkurrenceankenævnet ligeledes Konkurrencerådets afgørelse, ifølge hvilken Post Danmark havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for distribution af magasinpost ved at yde individuelle målrabatter til de fire største kunder på markedet og ved at have fastsat minimumbetingelser per titel per forsendelse for, at magasin kunne sendes til magasinpostpris.

Ankenævnet tiltrådte rådets afgørelse for så vidt angår delen om de individuelle målrabatter, men fandt for så vidt angår minimumsbetingelserne, at Post Danmark havde fremlagt oplysninger (blandt andet en rapport udarbejdet Oslo Economics vedrørende de omkostningsmæssige begrundelser for minimumbetingelser), der godtgjorde, at der til distribution af forsendelser med magasinpost var knyttet klare omkostningsfordele i forhold til distribution af almindelig brevpost, hvorfor Post Danmarks prisfastsættelse, hvorefter prisen var inddelt i fire intervaller med faldende pris baseret på oplagsstørrelsen, var økonomisk begrundet. Konkurrenceankenævnet fandt, at Konkurrencerådet ikke havde godtgjort, at de minimumskrav til oplag som Post Danmark havde fastsat var egnet til at

¹³⁹ Se for eksempel sag C-373, Toshiba pr. 28-29, hvor EU Domstolen fastslog at markedsdelingsaftaler har en sådan alvorlig karakter.

¹⁴⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse af 29. april 2020:

<https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2020/20200429-konkurrence-og-forbrugerstyrelsen-lukker-sag-om-tagpap-branchen/>.

¹⁴¹ Konkurrenceankenævnets afgørelse af 8. december 2011 i sag 2011-0023661 Post Danmark A/S mod Konkurrencerådet.

have en mærkbar loyalitetsskabende effekt. Konkurrencerådets afgørelse blev derfor ophævet og hjemvist.¹⁴²

Ankenævnet fandt altså, at Konkurrencerådet ikke havde taget højde for, at der var en omkostningsmæssig begrundelse for de minimumskrav, Post Danmark stillede, som rådet havde fundet var i strid med forbuddet mod misbrug af dominerende stilling.

Ligesom i tagpapsagen var situationen altså den, at rådet ikke havde påvist at en adfærd, der kunne have en legitim begrundelse, var i strid med konkurrenceretten. I de to sager, hvor ankenævnet omgjorde afgørelserne, var det således på baggrund af, at rådet ifølge ankenævnet ikke havde anskuet virksomhedernes adfærd i den rette kontekst og derfor ikke havde ført det nødvendige bevis for den påståede overtrædelse. Konkurrenceankenævnet tager således ikke direkte stilling til sagernes materielle indhold, men finder derimod blot, at Konkurrencerådets (og dermed Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens) undersøgelser har været utilstrækkelige til at nå resultatet.

Udover den høje opretholdelsesrate er det påfaldende, at Konkurrenceankenævnet ikke i nogen af de gennemgåede kendelser siden 2010 har sat sin egen afgørelse i stedet for Konkurrencerådets. Af de to afgørelser der fik et andet udfald, blev begge således hjemvist til fornyet behandling ved Konkurrencerådet. Forklaringen herpå skal givetvis findes i ankenævnets begrænsede ressourcer – det er simpelthen nemmere at hjemvise sagerne til fornyet behandling, end det er at sætte sin egen afgørelse i stedet, idet dette ville kræve at Konkurrenceankenævnet selv skulle foretage de fornødne konkurrenceretlige analyser.

Med en stadfæstelsesrate på ca. 87 % og relativt kortfattede afgørelser på baggrund af en begrænset adgang for den ankende virksomhed til at præsentere og argumentere for sin sag bør det overvejes, om Konkurrenceankenævnet bringer en tilstrækkelig værdi til behandlingen af de konkurrenceretlige sager, til at ankenævnet bør opretholdes. Det skal i den anledning bemærkes, at en sag for Konkurrenceankenævnet både tager tid og koster de involverede parter penge.¹⁴³

5. Domstolenes prøvelse af Konkurrenceankenævnets afgørelser

Domstolenes prøvelse af faktum og af konkurrencemyndighedernes retsanvendelse er fuldstændig,¹⁴⁴ mens efterprøvelse af Konkurrenceankenævnets (og dermed også Konkurrencerådets) konkurrencemæssige skøn er tilbageholdende. Det følger således af Højesteretspraksis, at *"tilsidesættelse af vurderinger, der i det væsentlige bygger på et*

¹⁴² Konkurrencerådet afgjorde den 31. maj 2017 den del af sagen, der vedrørte individuelle målrabatter for så vidt angår tre af de 4 magasinpostkunder jf. Konkurrencerådets kendelse af 31. maj 2017 i sag 16/03595.

¹⁴³ Ifølge Nævnenes Hus, der er sekretariat for Konkurrenceankenævnet var den gennemsnitlige sagsbehandlingstid per maj 2020 5,4 måneder jf. <https://naevneneshus.dk/sagsbehandlingstider/> (tilgået den 23. juni 2020)

¹⁴⁴ Som gennemgået ovenfor er det i praksis bekræftet at prøvelsen af faktum blandt andet inkluderer mulighed for syn og skøn, og praksis viser da også, at denne del bliver prøvet ganske intensivt, særligt i Sø- og Handelsretten.

*konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag*¹⁴⁵. Denne tilbageholdenhed skyldes angiveligt, at der er opstillet en formodning om de særlige faglige kompetencer, som Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har grundet deres sammensætning.¹⁴⁶ Det forhold at begge instanser er specialiserede og angives at være sammensat af eksperter medfører således, at domstolene skal være tilbageholdende med efterprøvelsen af konkurrencemæssige skøn.

Lektor i konkurrenceret Christian Bergqvist mener ikke, at domstolene generelt er forpligtet til at udvise tilbageholdenhed i prøvelsesintensiteten af konkurrencemyndighedernes afgørelser i lyset af, at konkurrenceloven kun indeholder tre klare og ret begrænsede skønsmålinger til konkurrencemyndighederne.¹⁴⁷ I lyset af Højesterets dom i vejmarkeringssagen citeret lige ovenfor, synes det dog fastslået, at domstolene generelt udviser tilbageholdenhed i prøvelsen af konkurrencemæssige skøn.

I lyset af at Konkurrenceankenævnet ikke selv foretager en særlig dybdegående prøvelse, og at der ikke er krav om, at medlemmernes sagkundskab skal være relateret til konkurrenceområdet, kan hensigtsmæssigheden af en sådan retstilstand diskuteres. Det er i hvert fald klart, at for virksomheder under anklage for overtrædelser af konkurrenceloven ville det være retssikkerhedsmæssigt mere betryggende, om der skete en mere dybdegående prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse.

Art. 3 i det såkaldte ECN+ direktiv, som skal være implementeret i dansk ret senest den 4. februar 2021 og som behandles nærmere i bilag 2, opstiller krav om, at virksomheder der involveres i en konkurrencesag ikke alene skal sikres retten til at blive hørt, men også skal have adgang til effektive retsmidler til at imødegå en afgørelse, de ønsker at appellere. Krav om udtømmelse af administrative rekursmuligheder som forudsætning for domstolsprøvelse, er ikke i sig selv i strid med retten til adgang til effektive retsmidler.¹⁴⁸ Konkurrenceankenævnets prøvelse er som beskrevet i praksis ganske tilbageholdende og koncentrerer sig om judicielle spørgsmål. Rene skøn af konkurrenceretlig eller -økonomisk karakter efterprøves kun meget sjældent. Domstolenes prøvelse af konkurrenceafgørelser fra rådet og nævnet adskiller sig afgørende herfra, idet domstolene foretager en fuldstændig prøvelse af både jus og faktum, herunder anvendelsen af økonomisk teori, men også domstolene er tilbageholdende med at efterprøve de rene konkurrencemæssige skøn og omgøre disse, medmindre der foreligger et meget sikkert grundlag. Ud fra en rent retssikkerhedsmæssig betragtning ville det være en fordel for de involverede virksomheder at kunne gå direkte til den mere dybdegående domstolsprøvelse uden at være tvunget til at afvente Konkurrenceankenævnets begrænsede prøvelse, som både fordyrer processen og forlænger sagsbehandlingstiden.

¹⁴⁵ Højesterets dom af 27. november 2019 i sag 191/2018 Konkurrencerådet mod Eurostar Danmark A/S og GVCO A/S.

¹⁴⁶ Jf. for eksempel Sø- og Handelsrettens dom af 30. august 2016 i sag U-1-08 side 500.

¹⁴⁷ Bergqvist, Christian: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 916.

¹⁴⁸ Dette har EU Domstolen fastslået i dom af 3. februar 2000 i sag C-228/98, Charalampos Dounias mod Ypourgou Oikonomikon, punkt 67.

6. Nedlæggelse eller nytænkning af Konkurrenceankenævnet

De diskussionspunkter der rejses ovenfor er ikke nye. Der har således tidligere været diskussioner om ankenævnets sammensætning og rolle, herunder om det burde nedlægges, således at Konkurrencerådets afgørelser kunne ankes direkte adgang til domstolene.

Netop den anbefaling kom OECD med i en rapport fra 2000 med titlen "Regulatory Reform in Denmark – The role of Competition Policy in Regulatory Reform".¹⁴⁹ OECD bemærkede, at det danske konkurrenceretlige system kunne simplificeres ved at afskaffe Konkurrenceankenævnet, da det flerstrengede administrative system var *"cumbersome and uncertain"*.¹⁵⁰ OECD bemærkede yderligere i rapporten, at det var uklart, hvorfor det var nødvendigt med en specialiseret rekursmyndighed, når nu både styrelsen og Konkurrencerådet måtte forudsættes også at være eksperter. Samtidig kunne specialiseret prøvelse sikres ved, at ankesager blev behandlet af Sø- og Handelsretten direkte, der også er et specialiseret organ.

I samme anledning er det værd at notere sig Kommissionsbetænkning af 1986 nr. 1075 vedrørende modernisering af monopolloven og pris- og avanceloven. Kommissionen kom i betænkningen ind på mange af de samme punkter, og de overvejelser der gøres i betænkningen vedrørende potentielle ændringer af Konkurrenceankenævnets forløber – Monopolankenævnet – er bemærkelsesværdigt nutidige og aktuelle.

Kommissionen kom i betænkningen bl.a. ind på Konkurrenceankenævnets sammensætning, prøvelsesniveau, uafhængighed og hvorvidt ankenævnet burde nedlægges.

I betænkningen omtales en kritik, særligt fra fagbevægelsen, gående på at forbrugere og lønmodtagere skulle repræsenteres i nævnet på linje med industri og handel.¹⁵¹ Formålet med kritikken var at skabe grundlag for, at bredere hensyn blev inddraget i ankenævnets afgørelser, *"idet nævnet uden en sådan interessepræsentation bliver så domstolslignende, og dermed "overflødigt som mellemed mellem tilsynet og domstolene."*¹⁵²

Kommissionen overvejede på den baggrund om ankenævnet skulle anbefales nedlagt, og bemærkede i den forbindelse, at:

"Uenigheden om ankenævnets sammensætning rejser imidlertid det grundlæggende spørgsmål, om nævnet kan undværes som rekursinstans ved administrationen af en ny konkurrencelov. En nedlæggelse af ankenævnet indebærer, at rådets afgørelser må indbringes direkte for domstolene. En direkte klageadgang til domstolene var gældende under prisaftaleloven af 1937, og man må gå ud fra, at domstolene vil prøve i de afgørelser,

¹⁴⁹ OECD: www.oecd.org/denmark/34767708.pdf.

¹⁵⁰ Rapportens side 40

¹⁵¹ et medlem af monopolankenævnet blev udpeget af ministeren efter forhandling med Den danske Handelsstands Fællesrepræsentation og Industrirådet.

¹⁵² Betænkning af 1986 nr. 1075, s. 89.

der vil skulle træffes på grundlag af en ny konkurrencelov, i et omfang, der svarer til ankenævnets prøvelse. Dette gælder, uanset at en række af disse afgørelser i større eller mindre grad vil være præget af skønspregt anvendelse af vage og elastiske lovbestemmelser.”¹⁵³

I betænkningen anføres det ligeledes, at ankenævnet ifølge udvalget over en længere årrække havde stadfæstet 2/3 af monopoltilsynets afgørelser, og at ankenævnets prøvelse var dybtgående og gav sig udtryk i en *”mere retssikkerhedspræget eller forsigtig linje”*¹⁵⁴ i forhold til monopoltilsynet. Som gennemgået ovenfor har Konkurrenceankenævnet stadfæstet 13 ud af 15 sager vedrørende de materielle bestemmelser i konkurrenceloven siden 2010, og ankenævnets afgørelser udmærker sig ikke ved en dybdegående prøvelse af Konkurrencerådets afgørelser.

Idet det blev antaget, at domstolenes prøvelse ville svare til den prøvelse sagerne allerede blev undergivet af ankenævnet, konkluderede kommissionen, at ankenævnet ikke burde afskaffes. Kommissionen anførte, at det ville medføre længere sagsbehandlingstid og højere omkostninger, uden at dette ville modsvares af en forbedret prøvelse, hvis der skulle ankes direkte til domstolene.

Der er ingen tvivl om, at ankenævnets behandling af sagerne også i dag er både hurtigere og billigere for parterne end konkurrencesager for domstolene, principalt Sø- og Handelsretten. Der er dog tilsvarende heller ikke tvivl om, at Sø- og Handelsrettens prøvelsesniveau i dag er mere intensivt end den behandling, som sagerne undergives af Konkurrenceankenævnet, dette på trods af at Sø- og Handelsretten er tilbageholdende i sin prøvelse af konkurrencemæssige skøn, idet Sø- og Handelsrettens prøvelse særligt af faktum ofte er markant mere dybdegående end ankenævnets.

En af de grundlæggende faktorer, der talte imod afskaffelse af Konkurrenceankenævnet er således ikke længere aktuelt, idet ankenævnets prøvelse i dag ikke svarer til den prøvelse, sagerne undergives ved domstolene. I stedet er ankenævnet i dag et obligatorisk, fordyrende skridt på vej mod en mere intensiv prøvelse af konkurrencemyndighedernes afgørelse.

I stedet kan det grundlæggende spørgsmål, som Kommissionen stillede i 1986 vendes om: Kan Konkurrenceankenævnet undværes som rekursinstans i lyset af, at prøvelsen ikke er dybdegående, og at Konkurrencerådets afgørelser stadfæstes i næsten 9 ud af 10 tilfælde.

I lyset af den praktiske tilrettelæggelse af Konkurrenceankenævnets arbejde, ankenævnets yderst begrænsede ressourcer og den måde processen for Ankenævnet adskiller sig fra en civil retssag er dette ikke overraskende, jf. også ovenfor.

Henset til at Konkurrenceankenævnets behandling ikke er dybdegående og sjældent fører til andet end stadfæstelse af Konkurrencerådets afgørelser, og derfor kan anses for at være et fordyrende og forsinkende mellemled, bør det overvejes enten at afskaffe ankenævnet eller udstyre det med en kompetence til at foretage en fuldstændig prøvelse af Konkurrencerådets og styrelsens afgørelser og at udstyre det med de dertil nødvendige ressourcer. Dette ville medføre, at man tilnærmede processen i Konkurrenceankenævnet til en egentlig domstolslignende behandling, men ville også

¹⁵³ Ibid., s. 90.

¹⁵⁴ Ibid., s. 89.

føre til et øget pres på Konkurrenceankenævnet, da det vil kræve flere dage til gennemførelsen af sagerne og mere tid til den retlige vurdering og udarbejdelse af kendelserne. En sådan løsning, som kendes fra norsk ret, ville kræve, at ankenævnet blev tilført meget betydelige sekretariatsmæssige ressourcer. Alternativt bør det i lighed med hvad der er gældende i Sverige og Finland overvejes, om Konkurrencerådets afgørelser bør kunne indbringes direkte for domstolene.

Imod at afskaffe Konkurrenceankenævnet kan anføres, at der er tale om en specialiseret instans, der må antages at have stor indsigt i konkurrenceretlige problemstillinger og derfor har forudsætningerne for at yde en kompetent vurdering af de sager, der behandles. Netop dette forhold fremhævede Kommissionen også i 1986-betænkningen:

*"Afgørende er imidlertid, at en nedlæggelse af ankenævnet vil betyde, at der ikke længere findes en ankeinstans med særlig sagkundskab på området."*¹⁵⁵

Som gennemgået ovenfor stilles der dog ikke krav om, at de sagkyndiges medlemmers ekspertise overhovedet er relateret til konkurrencespørgsmål. En oplagt måde at forbedre ankenævnets muligheder for at prøve rådets afgørelser er således at sikre, at medlemmerne ikke blot har juridiske og økonomiske sagkundskaber, men at sagkundskaben er konkurrencespecifik. Grundet den relativt overfladiske prøvelse Konkurrencerådets afgørelser undergives, er det dog tvivlsomt, om dette i sig selv vil medføre en forandring, da procesformen ikke giver betingelserne for at en eventuel særlig sagkundskab kan komme til udtryk. Ligeledes er det tvivlsomt om præmissen overhovedet holder; Sø- og Handelsretten er netop en specialdomstol, hvor juridiske dommere suppleres af sagkyndige, der besidder indgående og tidssvarende praktisk sagkundskab, jf. retsplejelovens § 93, stk. 4. Det følger yderligere af retsplejelovens § 94, at de sagkyndige der deltager i sagerne skal repræsentere den, for den konkrete sag, nødvendige sagkundskab. Det er således et krav, at der ved konkurrencesager deltager sagkyndige dommere med indgående og tidssvarende praktisk kendskab til konkurrencespørgsmål. Det kan overvejes om dette, i lighed med i Sverige, bør styrkes yderligere ved også at tillade inddragelse af akademisk sagkundskab såsom professorer.

Kommissionen anbefalede som nævnt at opretholde Konkurrenceankenævnet som rekursinstans i en ny konkurrencelov og vendte sig derefter mod spørgsmålet om ankenævnets sammensætning. Forslaget om at udvide ankenævnet med interesserepræsentanter blev afvist med den begrundelse, at man risikerede, at *"ankenævnet herved bliver en afspejling af rådet er det vanskeligt at forestille sig, at nævnet skulle anlægge andre synspunkter og foretage en mere dybtgående prøvelse i forhold til førsteinstansen. Ankenævnet vil herved miste sin selvstændige funktion"*¹⁵⁶.

Udvalget anbefalede i stedet at gå den modsatte vej, nemlig at organisationernes forhandlingsret ved udpegelse af ankenævnets medlemmer skulle ophæves, og at der i stedet skulle ske *"en styrkelse af ankenævnets juridiske præg"*.¹⁵⁷ På den baggrund endte udvalget med at anbefale en regel om at ankenævnet skulle bestå af formand og et medlem der begge har juridisk sagkundskab samt et

¹⁵⁵ Ibid., s. 90.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid.

medlem med økonomisk og regnskabsmæssig sagkundskab. En struktur, der ikke langt fra den nuværende, hvor Konkurrenceankenævnet består af en højesteretsdommer som formand samt 2 medlemmer med juridisk sagkundskab og 2 medlemmer med økonomisk sagkundskab.

Det forhold at formanden for Konkurrenceankenævnet skal være højesteretsdommer er dog ikke åbenlyst en fordel. For det første medfører det, at ankenævnets afgørelser låner af Højesterets autoritet, og dermed kan der være en tilbageholdenhed i den efterfølgende domstolsprøvelse. Derudover er det naturligvis et problem for den formelle uafhængighed, og det er besynderligt for virksomheder, der fører sager helt til Højesteret, at det da er Konkurrenceankenævnets formands kollegaer, der skal træffe den endelige afgørelse. Skal Konkurrenceankenævnet opretholdes, bør formandskabet derfor fremover varetages af en landsdommer.

Bilag 4: Ekstern bedømmelse af de danske konkurrence-myndigheder

1. Global Competition Review

Global Competition Review, som er et ledende internationalt konkurrenceretligt tidsskrift, udgiver hvert år en ranking ("Rating Enforcement") af verdens ledende konkurrencemyndigheder med en omfattende evaluering og sammenligning af myndighedernes performance. Evalueringen foretages af Global Competition Reviews redaktion på baggrund af information og data leveret af konkurrencemyndighederne og fra GCR's daglige rapporteringer, ligesom redaktionen også taler med advokater og økonomer for ekstra information om kvaliteten af myndighedernes arbejde i deres jurisdiktion.¹⁵⁸

De danske konkurrencemyndigheder blev i årene 2016-2018 vurderet som "fair" med 2,5 stjerner ud af 5 mulige.¹⁵⁹ Danmark lå dermed i 2018 nederst på listen over de medtagede landes konkurrencemyndigheder sammen med Irland, Polen og Indien.¹⁶⁰ Danmark er ikke medtaget i ratingen for 2019 og 2020. Det fremgår ikke af den tilgængelige introduktion til årets rating, hvorfor Danmark ikke længere deltager.

Af ratingen for 2018 fremgår, at de danske konkurrencemyndigheder i mange år har været hæmmet i udviklingen af konkurrencehåndhævelsen gennem myndighedernes manglende evne til at pålægge virksomheder bøder. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påpegede ifølge ratingen, at styrelsen gennemførte to markedsundersøgelser, hvilket ledsages af en bemærkning om, at observatørerne ikke anser markedsundersøgelse som en tilstrækkelig erstatning for konkurrencehåndhævelse.¹⁶¹ Hertil anføres i ratingen, at

"One practitioner says the authority's focus on market studies stems from its current leadership. While lawyers praise Jakob Hald's open and friendly demeanour, he lacks a professional background in competition law, having joined the DCCA (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, red.) in 2016 after being deputy permanent secretary in the Ministry of Taxation. "He seems more interested in general policy issues – and less involved and engaged in specific matters," a lawyer says, adding that Hald "doesn't dig

¹⁵⁸ Global Competition Review: www.globalcompetitionreview.com/info/about-us og "Rating Enforcements", "Introduction".

¹⁵⁹ Global Competition Review: Rating Enforcement 2016: Star Ratings, 6. juli 2016, Global Competition Review: Rating Enforcement 2017: Star Ratings, 25. juli 2017 og Global Competition Review: Rating Enforcement 2018: Star Ratings, 26. september 2018.

¹⁶⁰ Global Competition Review: Rating Enforcement 2018: Star Ratings, 26. September 2018. I 2017 delte Danmark placering med Belgien og Irland og i 2016 med Belgien, Tjekkiet, Irland og Rumænien (der henvises til dokumenterne i forrige fodnote).

¹⁶¹ Global Competition Review: Rating Enforcement 2018, Denmark's Competition and Consumer Authority, 28. September 2018, s. 1.

*deep into the merger control process nor article 101 and 102 issues” and prefers to leave granular details to the case teams.*¹⁶²

En anden praktiserende advokat udtaler ifølge ratingen, at *“the enforcer is interested in its external reputation, and works hard on its image – but it lacks experience”*, hvilket observatørerne tilskriver det ungdommelige sagsteams.¹⁶³ Kritikken af sagsteamet for at være ungdommeligt og uerfarent og for manglende kommerciel forståelse går igen i ratingen for 2016 og 2017.¹⁶⁴

Ifølge ratingen består en yderligere personaleudfordring i, at mange ansatte arbejder med konkurrenceret og -politik i form af eksempelvis lovforberedende arbejde frem for håndhævelse. Det estimeres, at 16 fuldtidsansatte arbejder med fusionskontrol og 43 med håndhævelse mod konkurrencebegrænsende adfærd.¹⁶⁵

En anden kilde udtaler ifølge ratingen, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lader til at se bort fra faktiske og økonomiske beviser og har en tendens til at foretage konklusionen for derefter at samle de beviser, der passer herpå snarere end den anden vej rundt, ligesom myndigheden bruger for meget tid på at arbejde på juridiske og økonomiske teorier på bekostning af at forstå, hvordan markeder fungerer.¹⁶⁶

2.OECD Peer Review: “Competition Law and Policy in Denmark”

I 2015 gennemførte OECD (“Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling”) et såkaldt *peer review* af den danske konkurrencelovgivning og -politik efter anmodning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.¹⁶⁷ Et peer review er en undersøgelse af et lands præstationer eller praksis på et bestemt område foretaget af andre OECD-medlemslande, hvor også civilsamfundet, erhvervslivet m.v. opfordres til at bidrage. Formålet med peer reviews er at hjælpe landene til at forbedre beslutningsprocesser, at indføre “best practices” og leve op til etablerede standarder og principper.¹⁶⁸

Rapporten indeholder en vurdering af udviklingen og anvendelsen af konkurrenceretten i Danmark, og konkluderer, at de danske konkurrencemyndigheder lever op til internationalt anerkendte standarder og praksis.¹⁶⁹

¹⁶² Ibid., s. 2.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Global Competition Review: Rating Enforcement 2017, Denmark’s Competition and Consumer Authority, 21. juli 2017, s. 2 og Rating Enforcement 2016, Denmark’s Competition and Consumer Authority, 7. juli 2016, s. 2.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ OECD: Competition Law and Policy in Denmark, A Peer Review, 2015.

¹⁶⁸ Se OECD: www.oecd.org/site/peerreview/whatispeerreview.htm og Udenrigsministeriet: www.oecd.um.dk/da/info-om-oecd/generelt/.

¹⁶⁹ OECD: Competition Law and Policy in Denmark, A Peer Review, 2015, s. 3.

Rapporten fremhæver som nævnt i bilag 2, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i modsætning til flertallet af medlemsstaterne i EU er en myndighed under regeringen og har opgaver og funktioner, der rækker ud over håndhævelse af konkurrenceloven. På den positive side fremhæves, at styrelsens position giver mulighed for at påvirke beslutningstagning og forme konkurrencepolitikker på en måde, der kunne være mindre tilgængelige, hvis det var en lovbestemt uafhængig myndighed.¹⁷⁰

På den anden side fremhæves, i rapporten, at

*"the position of the DCCA as single authority within one Danish government Ministry, rather than as a fully independent authority separate from the government, affects its ability to stand as an independent voice for competition and may result in competition considerations being required to yield to other considerations within the political operations of the Government."*¹⁷¹

Rapporten hæfter sig således ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens begrænsede uafhængighed ved at være underlagt et ministerium og den politiske indflydelse, der eventuelt kan være en konsekvens heraf. Det fremgår ligeledes, at mens styrelsens uafhængighed ifølge daværende direktør ikke i praksis havde været udfordret i hendes tid, anerkendte styrelsen også, at udstrækningen af respekten for styrelsens uafhængighed af regeringen og erhvervsministeren var skrøbelig.¹⁷² Det fremgår af rapporten om styrelsens budgetmæssige uafhængighed, at

*"There are no formal statutory safeguards as to the level DCCA resources that shall be available for the DCCA's statutory responsibilities under the Competition Act or the extent to which the DCCA in the future could be required to divert its resources to other activities."*¹⁷³

Om Konkurrenceankenævnet, som er behandlet nærmere i bilag 3, bemærker rapporten, at af de 23 sager, som nævnet behandlede mellem 2010 og rapportens udgivelse i 2015, opretholdt nævnet Konkurrencerådet eller styrelsens afgørelse helt eller delvist i samtlige sager.¹⁷⁴ Rapporten angiver om dette forhold, at

*"This record of affirmations by the CAT (Konkurrenceankenævnet, red.) has caused comments by some stakeholders and commentators about the review of Competition Council determinations performed by the CAT and the level of scrutiny applied."*¹⁷⁵

¹⁷⁰ Ibid., s. 8

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid., s. 22-23.

¹⁷³ Ibid., s. 23.

¹⁷⁴ Ibid., s. 25.

¹⁷⁵ Ibid.

3. Rigsrevisionens beretning om behandlingen af konkurrencesager

I september 2018 afgav Rigsrevisionen til Folketinget og statsrevisorerne en beretning om bl.a. andet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens behandling af konkurrencesager.¹⁷⁶

Af beretningen fremgår, at

”Rigsrevisionen vurderer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens og SØIK’s styring af konkurrencesager ikke i tilstrækkelig grad har understøttet en effektiv sagsbehandling. Fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bliver opmærksom på en potentiel sag om overtrædelse af konkurrenceloven, går der i gennemsnit 33 måneder, før Konkurrencerådet træffer afgørelse i sagen. Hvis sagen derefter bliver anket til Konkurrenceankenævnet, går der i gennemsnit yderligere 10 måneder, før ankenævnet træffer afgørelse.”

Af Nævnenes Hus’ hjemmeside fremgår, at sagsbehandlingstiden i Konkurrenceankenævnet i 2018 var på 10,7 måneder, mens den i 2019 var faldet til 7 måneder. I 2016 og 2017, som er de tidligste år medtaget i statistikken, var den gennemsnitlige sagsbehandlingstid 4,7 måneder. Det er ikke oplyst, hvor mange sager nævnet behandlede i det enkelte år.¹⁷⁷

Af rigsrevisionens beretning fremgår, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde 245,3 årsværk i 2017, hvoraf ca. $\frac{1}{3}$ af styrelsens ressourcer (dvs. ca. 80-90 årsværk) blev anvendt på konkurrenceområdet. Styrelsen har oplyst, at ca. 40-47 årsværk arbejder med overtrædelsessager, ankesager, vejledning, fusionssager mv. De resterende ca. 40 årsværk anvendes på analyser, minister- og departementsbetjening, EU og internationalt arbejde, sekretariatsbetjening af Konkurrencerådet, intern information og videndeling, aktindsigtssager m.v.

Det kan altså konkluderes, at langt over halvdelen af styrelsens ressourcer anvendes på sagsområdet, hvor direktion og medarbejdere er underlagt Erhvervsministerens og departementets instruktionsbeføjelse, idet det særlig bemærkes, at lovforberedende arbejde og ministerbetjening på konkurrenceområdet er underlagt ministerens og departementets instruktionsbeføjelse.

Statsrevisorerne konkluderede på baggrund af Rigsrevisionens beretning bl.a., at det er utilfredsstillende for borgere og virksomheder, at sagsbehandlingstiderne i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har været stigende, og at styrelsen derfor bør overveje, hvordan sagsbehandlingen af konkurrencesager kan effektiviseres.

Rigsrevisionen vurderede, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens styring af sager om overtrædelser af konkurrenceloven ikke i tilstrækkelig grad har understøttet en effektiv sagsbehandling. Styrelsen styrer sagsbehandlingstiden med milepælsplaner for den enkelte sag, som styrelsen løbende

¹⁷⁶ Rigsrevisionens beretning 23/2017 om behandling af konkurrencesager.

¹⁷⁷ Nævnenes Hus: www.naevneneshus.dk/sagsbehandlingstider/historisk-sagsbehandlingstid/.

reviderer. Det fremgår af beretningen, at styrelsen overskrider i gennemsnit den oprindelig milepælsplan med 55 %. Rigsrevisionen vurderede på den baggrund, at styrelsen ikke i tilstrækkelig grad anvender milepælsplanerne til at understøtte, at sagerne behandles effektivt. I gennemsnit gik der, på tidspunktet for udgivelsen af Rigsrevisionens beretning i 2018, 24 måneder fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beslutter sig for at oprette sagen, til Konkurrencerådet afgør sagen. Medregnes tiden fra styrelsen bliver opmærksom på en sag, gik der i gennemsnit 33 måneder. Sagsbehandlingstiden for sager om aftaler, der begrænser konkurrencen, som er de sager, der er flest af, er steget fra 13 måneder i perioden 2008-2011 til 23 måneder i perioden 2015 - juni 2018. En del af stigningen kan skyldes en lovændring i 2015, men det forklarer ikke hele stigningen. Rigsrevisionen fandt, at styrelsen bør forholde sig til den stigende sagsbehandlingstid. For sager som styrelsen har behandlet, og som Konkurrencerådet skulle have afgjort, men som blev lukket, er sagsbehandlingstiden 34 måneder fra sagen oprettes, til der træffes afgørelse om at lukke sagen.

4. Spørgeskemaundersøgelse

4.1. Om spørgeskemaundersøgelsen

Justitia har i forbindelse med analysearbejdet udsendt et spørgeskema til en række respondenter, som vurderes i overvejende grad at have erfaring med sager for konkurrencemyndighederne. Spørgeskemaet er således udsendt til de advokater, der har angivet konkurrenceret som speciale på advokatnøglen,¹⁷⁸ forskellige konkurrenceretsudvalg samt de virksomheder, som ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelsesdatabase har været genstand for en afgørelse fra Konkurrencerådet eller haft en konkurrencesag for Konkurrenceankenævnet eller domstolene mellem 2015 og 2020.¹⁷⁹

Spørgeskemaet blev ved udgangen af september sendt til i alt 130 respondenter, hvoraf 37 har indgivet en besvarelse. 32 respondenter angav, at de har været involveret i en sag for de danske konkurrencemyndigheder, mens 16 af disse angav, at de tillige har været involveret i en sag for Konkurrenceankenævnet. Det bør derfor bemærkes, at antallet af respondenter for spørgsmålene om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet i første halvdel af spørgeskemaet er dobbelt så stor som spørgsmålene vedrørende Konkurrenceankenævnet i anden halvdel af spørgeskemaet.¹⁸⁰

Respondenterne har fået muligheden for at være anonyme for at sikre størst mulig deltagelse i spørgeskemaundersøgelsen, og 30 af 37 respondenter har valgt denne mulighed.

¹⁷⁸ Advokatnøglen: www.advokatnoeglen.dk/sog.aspx?s=1&t=0&a=15&sa=73. Af listen fremgår 62 advokater.

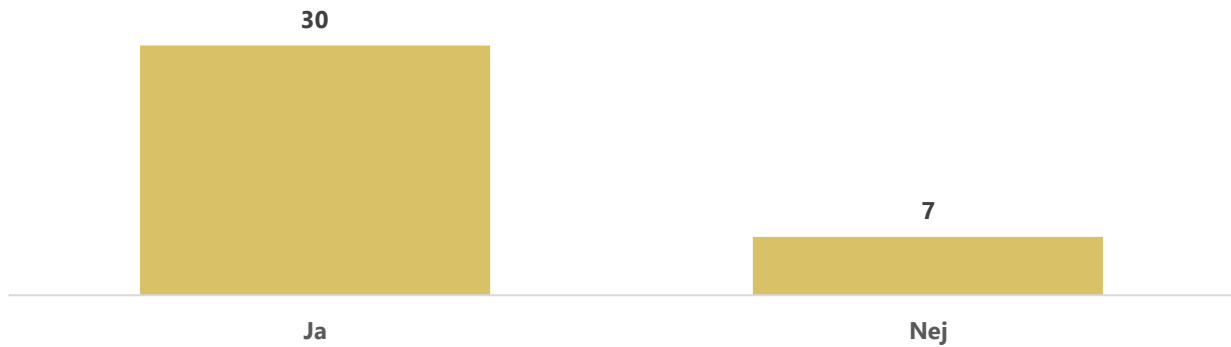
¹⁷⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: www.kfst.dk/konkurrenceforhold/afgoelser/. Ved søgningen fremkom omkring 70 virksomheder og foreninger. Spørgeskemaet er udsendt til alle virksomheder og foreninger, der fortsat eksisterer i dag, og som det har været muligt at finde kontaktoplysninger på.

¹⁸⁰ Det bemærkes, at der er visse udsving i, hvor mange respondenter, der har valgt at besvare de enkelte spørgsmål. Spørgsmålene om konkurrencemyndighederne er besvaret af mellem 29 og 32 respondenter (med undtagelse af kommentarfelterne), hvilket kan ses ved at sammentælle antallet af besvarelser for hvert spørgsmål.

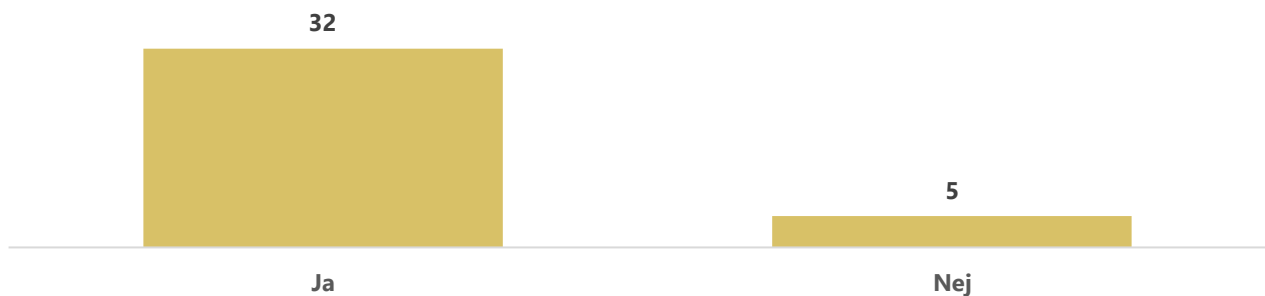
Spørgeskemaundersøgelsen med indkomne svar er indsat straks nedenfor under afsnit 4.2 og opsummeret i afsnit 4.2.

4.2. Resultaterne af spørgeskemaundersøgelsen

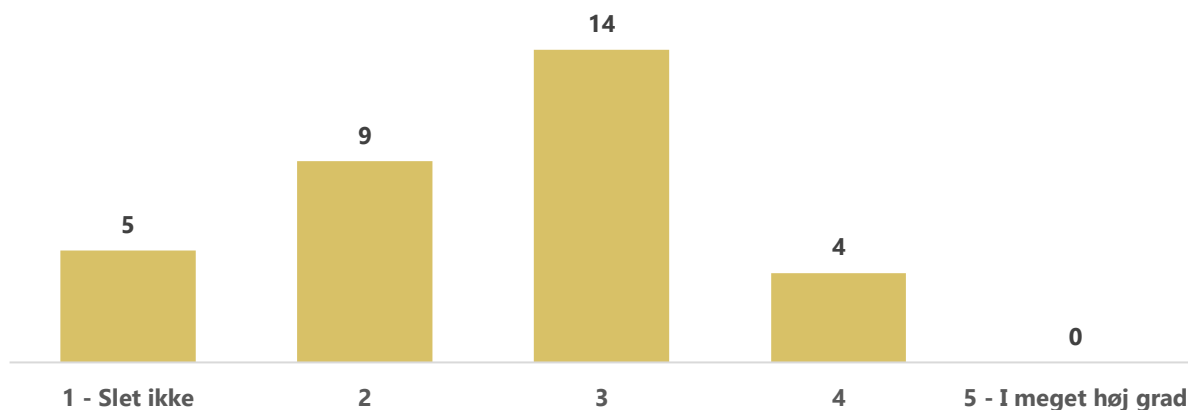
Ønskes anonymitet



Har du været involveret i en konkurrencesag ved de danske konkurrencemyndigheder?



I hvor høj grad oplever du, at processen med behandlingen af din(e) konkurrencesag(er) for konkurrencemyndighederne er tilfredsstillende?

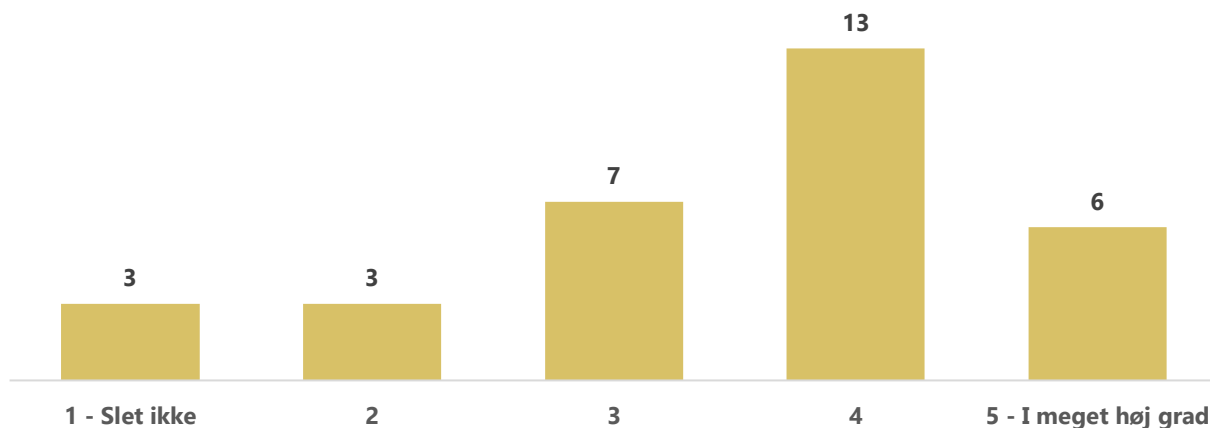


Uddyb gerne din besvarelse:

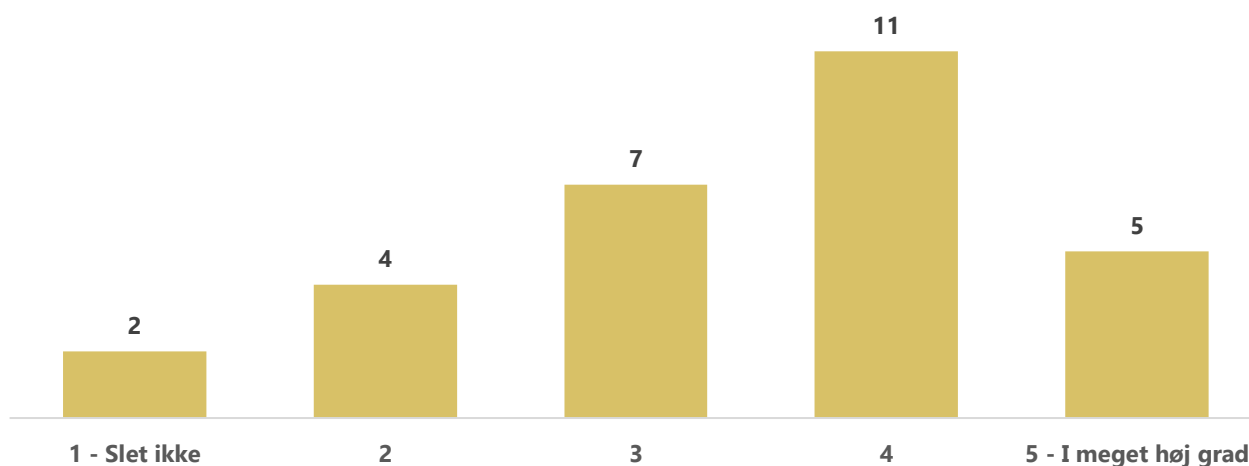
1. Medarbejderne er dygtige. Men processen kan være så langvarig, at virksomheder som klager, kan nå at gå konkurs, inden sagen er afgjort.
2. Ugennemsigtig og langtrukken proces.
3. 6 ÅR er lang tid at vente.
4. Mangler ressourcer både fsva kvalitet og kvantitet
5. Det går for langsomt og kvaliteten er alt for dårlig.
6. Vi er en lille opstartsvirksomhed og vi brugte 2 år på at afklare at vi kunne indgå et tilsagn. Inden da var vi blevet truet med fængsel og bødestraf. Min umiddelbare vurdering er at KFST har brugt flere penge på at undersøge os end vi nogensinde har haft i omsætning. Som lille opstartsvirksomhed har vi i øvrigt aldrig haft en profit.
7. Vi har fået en virkelig god behandling af dem, som tog vores sag. Det kunne dog være klaret med et telefonopkald.
8. Generelt kunne hastigheden i sagerne øges.
9. Meget langsom sagsbehandling og dårligt indblik i og forståelse af de markeder og mekanismer og aktører i de berørte markeder.
10. Nogle eksempler: Uforholdsmæssigt dyrt. Langsomt. Skiftende sagsbehandlere og ingen konsistens i sagsbehandlingen (for subjektivt) Manglende fokus på reelle problemstillinger. Forkerte markedsanalyser der, pga. manglende fokus på reelle problemstillinger, skaber misvisende resultater, der fx ikke håndterer den store mængde af manglende respondenter.
11. De trækker alt ud og er en tidsrøver og stor økonomisk belastning
12. En sag der belaster virksomheder og personer må ikke tage over 7 år. Konkurrencemyndighedernes manglende faglige indsigt, har bevirket at sagen er afgjort på forkerte oplysninger, da myndighederne og SØIK har taget oplysninger fra anmelder, som sandhed og ikke ville tage imod tilbud om at få indsigt i driftøkonomien inden for dette meget specielle fagområde. Anmelder havde en fantasiforestilling om hvordan

- driftsøkonomien hang sammen, og drev sin virksomhed derefter, hvorved anmelder gik konkurs med et brag. og Anmelder efterlod sig kunder og leverandører og medarbejdere der var blevet snydt og bedraget, med blandt andet opdigtede fakturaer til vejdirektoratet. Men Anmelder kan fortælle sin historie meget overbevisende og både Konkurrencemyndigheder og SØIK er hoppet i med begge ben.
13. For langsommelig sagsbehandling; skæv prioritering af, hvilke sager der realitetsbehandles; udpræget behandling (på ulovbestemt grundlag) af anmeldte fusioner i prænotifikationsfasen (uden for rammerne af de lovgivningsmæssigt fastsatte behandlingsfrister)
 14. Koncentreret procesgennemførelse men overdrevent stort omfang.
 15. Myndigheden havde ikke sat sig ind i den aktuelle produkt og derfor ikke kendskab til de forskellige markedsafgrænsninger som EU domstolen har afsagt domme om.
 16. Udygtige jurister, manglende omhu, ingen lydhørhed og derfor ingen retssikkerhed: Sagerne synes afgjort på forhånd, uanset om de reelt passer ind i den skabelon, styrelsen lige mener at finde passende i en given sag. Iveren efter at præstere resultater skygger for de nødvendige overvejelser om rette subsumption.
 17. Styrelsens sagsbehandling giver indtryk af ret hurtigt at lægge sig fast på en eller flere teser, som "fastlåser" styrelsen i den videre proces. Det opleves som meget sjældent, at styrelsen afviger fra sine teser efterfølgende, trods relevante modargumenter.
 18. Sagsbehandlingen er af svingende kvalitet.
 19. KFST er generelt meget tilgængelig. Det er et problem, at sagsteam ofte bliver partiske forholdsvis tidligt i processen
 20. Man får et indtryk af, at der er meget dårlig ledelse i styrelsen. Derudover, virker det som om de er mere interesserede i at lave store analyser af åbenlyse ting - i i realiteten ligegyldige ting!
 21. Den formelle proces "synes" fin, men realiteten er, at KFST borer sig ned i et problem fra sagens start og tilrettelægger sagen efter det, og ikke lader sig påvirke undervejs, således at høringer mere virker til at forbedre deres indstillingsnotat end et forsøg på at lytte. Som nogen engang har sagt "de har glemt at de er en myndighed" og vil hellere slå.
 22. Fusionssagerne kører rimeligt, om end der er problemer med at screene væsentlige sager fra ikke væsentlige sager. Ofte tages der unødvendige undersøgelsesskridt, hvor resultatet af undersøgelsesskridtet er givet på forhånd. I sagerne generelt har styrelsen meget ringe markedsindsigt. Sagerne er styret af hypoteser og tager ikke højde for markedsforholdene. Det er et stort problem, at styrelsen ikke prioriterer at forstå faktum.
 23. Det tog flere år fra indledende dawnraid til en afgørelse, som i øvrigt var at der ikke var nogen sag.
 24. Det er svingende. Nogen gange er der en god proces, andre gange kan det være mere udfordrende. Eksempelvis, kan en sag i lang tid blive behandlet af KFST, hvorefter man som virksomhed/repræsentant får en relativt set ret kort frist til besvarelse.

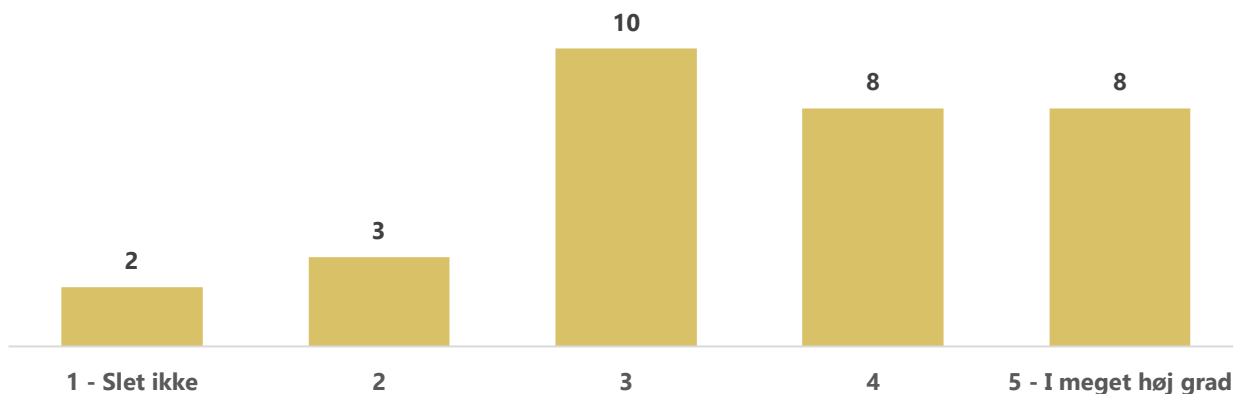
I hvor høj grad oplever du Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som selvstændig og uafhængig af politiske interesser under sagsbehandlingen?



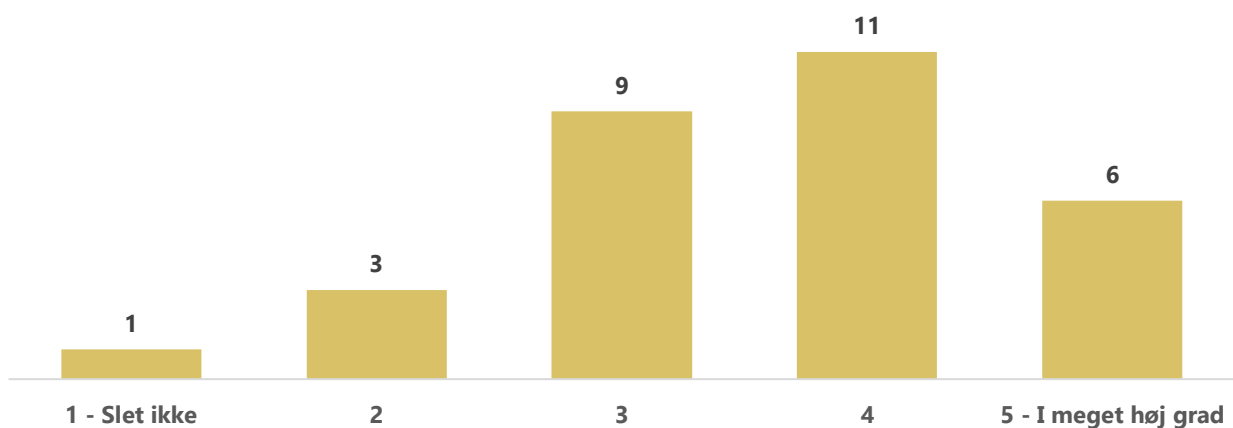
I hvor høj grad oplever du Konkurrencerådet som selvstændig og uafhængig af politiske interesser under sagsbehandlingen?



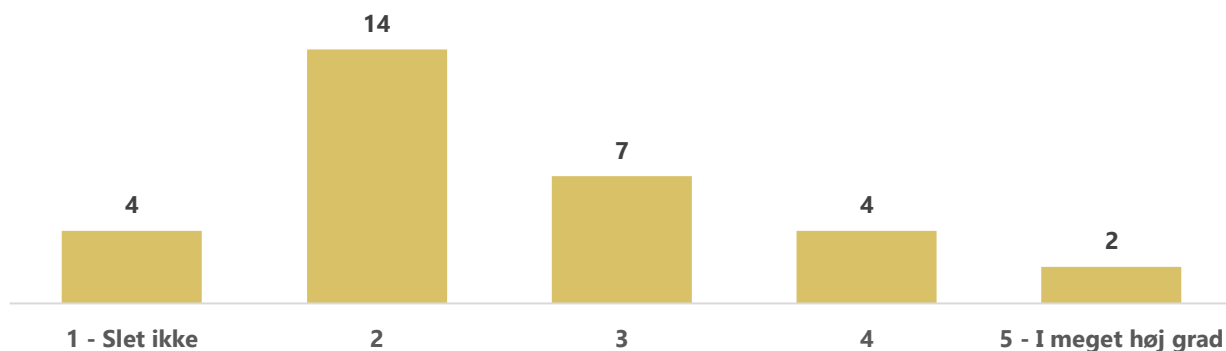
I hvor høj grad oplever du Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som selvstændig og uafhængig af uvedkommende erhvervsmæssige interesser under sagsbehandlingen?



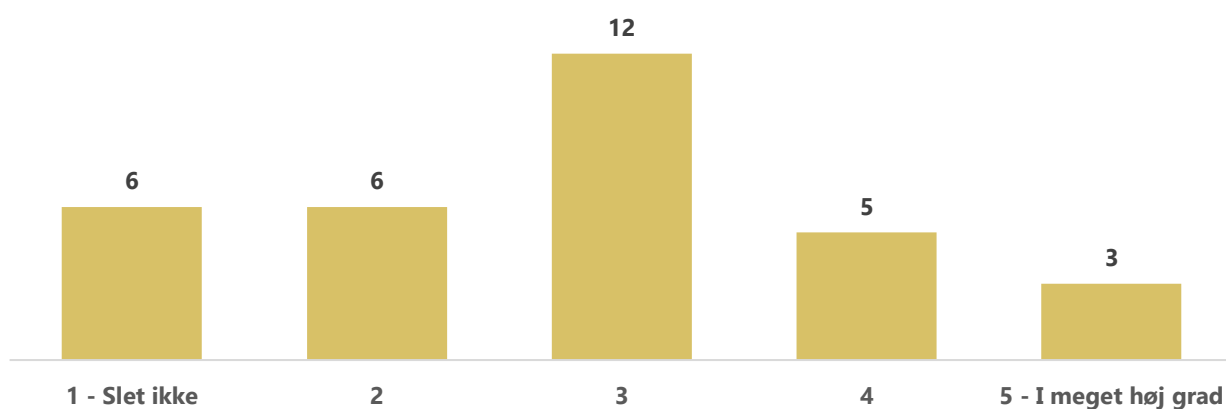
I hvor høj grad oplever du Konkurrencerådet som selvstændig og uafhængig af uvedkommende erhvervsmæssige interesser under sagsbehandlingen?



I hvor høj grad er det din opfattelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i behandlingen af en sag tilvejebringer alle relevante oplysninger og inddrager både oplysninger, som understøtter styrelsens formodning og oplysninger som kunne pege på et andet



I hvor høj grad er det dit indtryk, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen under behandlingen af en sag er åben for dialog?



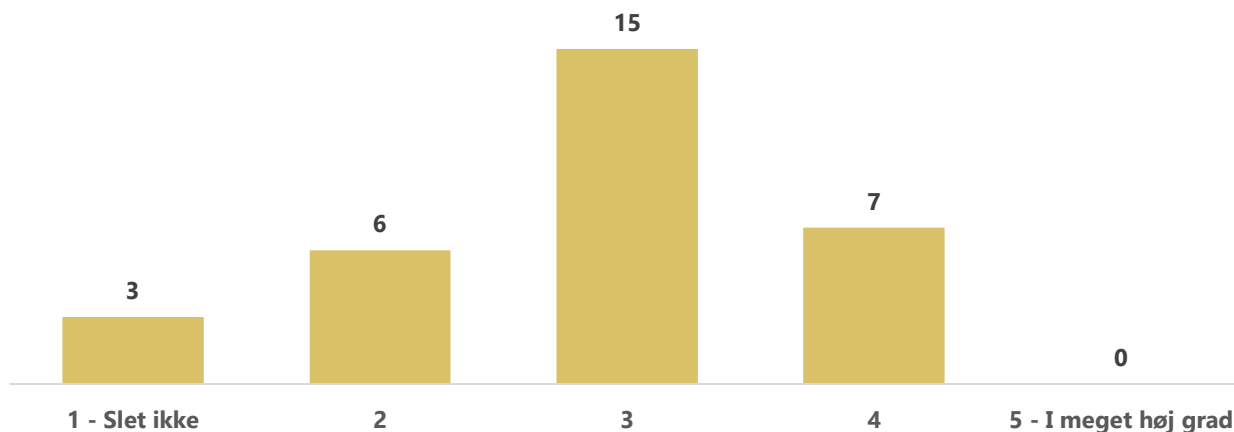
Har du i øvrigt bemærkninger i relation til muligheden for at påvirke styrelsens opfattelse af en sag?

1. Det er generelt meget svært at påvirke styrelsens opfattelse i en sag. Særligt kan det være frustrerende, når en markedsundersøgelse kun bliver læst på den måde, der understøtter styrelsens egen opfattelse, og ikke er lydhør over for, at en stor del af markedet har svaret i en retning, der ikke understøtter styrelsens opfattelse.
2. Meget tidligt i sagsforløbet lægger styrelsen sig fast på hypotese, som det er vanskeligt at få dem fra at forfølge.
3. Styrelsen opleves som meget politisk i sin prioritering af sagerne
4. Det kan man ikke.

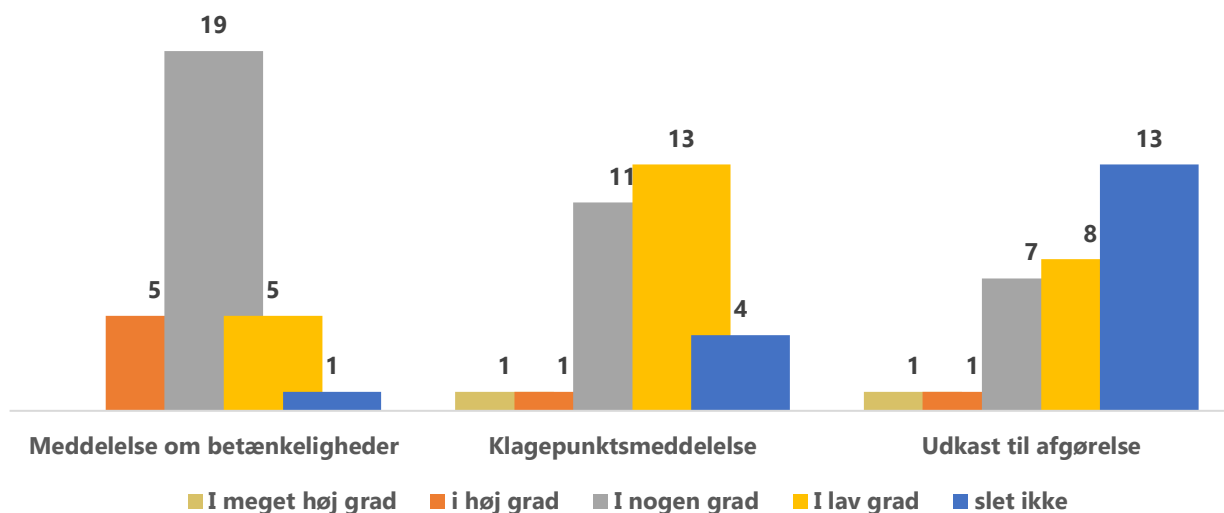
5. Styrelsen er generelt meget åbne for dialog. Man kan bare godt føle, at der ikke bliver lyttet, når man læser afgørelser, hvor fakta og argumenter nogle gange tilpasses den beslutning, styrelsen/rådet har truffet. Det ville være rart, hvis argumenter og fakta blev beskrevet mere loyalt. Rådet/styrelsen kan jo stadig bare angive, hvad der efter deres opfattelse vægter tungest eller har været udslagsgivende.
6. KFST lader som om de er åbne for dialog, men de lytter reelt ikke.
7. Vi har haft en god og konstruktiv dialog.
8. Et partsmøde, herunder interview med relevante hos anmelderen, kunne hurtigere bringe klarhed over usikkerheder. Mere transparens og åbenhed om usikkerheder kunne give en bedre, relevant, dialog - man arbejder ofte i blinde og svarer på spørgsmål som er grebet ud af en sammenhæng.
9. Styrelsen synes meget tidligt at lægge sig fast på en opfattelse af sagen. Organisationen forekommer usædvanligt stædig og drevet af et ønske om at "vinde" sagen.
10. Hvis sagen er prioriteret op er det svært at ændre. omvendt hvis den ikke opfattes som interessant. så er det let at levere påskud til at droppe sagen
11. Styrelsens tilgang er desværre at du er skyldig indtil det modsatte er bevist. Og som "passager" i den vendetta der er kørt i vores sag, har man flere gange oplevelsen af at vi desværre har været den prøvesag der skulle hurtigt igennem på grund af den ændrede lovgivning på området. Sagen startede med at anmelder forelagde sagen til styrelsen, som to rygende revolvere, der var lige til højrebenet. Men det har nu taget 7 år, og adskillige retsinstanser at få dømt konsortiet i højesteret. og sagen står nu til strafbehandling i byretten i 2021. Undervejs er sagen blevet tvistet så meget rundt, at vi nu er dømt i højesteret for noget vi blev pure frifundet for i sø- og handelsretten og som almindeligt menneske, er forståelsen for hvad vi er blevet dømt for fuldstændigt uforståeligt. Styrelsen har flere gange gjort SØIK opmærksom på at der ikke er grundlag for at forfølge enkeltpersoner... MEN alligevel opretholder SØIK tiltaler og prøver at få en fængseldom ud af sagen. det er HELT ude af proportioner.
12. Gerne mere realitetscheck og pragmatisme.
13. Resultatet synes ofte givet på forhånd: Resultatkontrakten med Finansministeriet er i fokus, mens hensynet til "kundernes" retssikkerhed må vige. Heldigvis tæller en sag, der lukkes hurtigt under henvisning til (manglende) ressourcer, også med i resultatkontrakten, så iblandt lukkes en sag relativt hurtigt.
14. Se tidligere svar
15. Det er min oplevelse, at KFST ofte låser sig fast på en bestemt holdning til sagen, som er meget vanskelig at ændre eller påvirke
16. KFST er meget åben for at tage dialog, men lytter ikke på forhold, som relt kan skbbe til deres forudindtagede holdning til en sag. De anvender endvidere i vidt omfang kvantitative analyser på en måde, hvor der skal påfaldende lidt til at de mener at analysen giver dem ret - altså at selv en lille procentdel "bekræftende svar" overtolkes til at der så er et stort problem.

17. Der mangler objektivitet i sagsbehandlingen og mod til at indrømme, at en hypotese ikke er beskrevet korrekt eller er korrekt. Styrelsen er som sådan interesseret i dialog, men evnen til at lytte er ringe. Navnlig når det handler om markedsforståelse. Når der indsendes argumenter og bemærkninger til en sag synes styrelsens fokus at være at skyde alt ned, frem for at forholde sig objektivt og sagligt til de modhensyn, der præsenteres. Styrelsen fremsætter til tider vilde påstande for at forsvare en hypotese - også selv om der ikke er noget grundlag for påstanden.
18. Det virkede som om de havde besluttet sig for hvad slutresultatet skulle være.
19. Det er min opfattelse, at når KFST har en mistanke/formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven, så undersøger de markedet/konkurrenter mv for at understøtte denne formodning. Det er en udfordring at få dem til at se på sagen fra en anden vinkel, eller at få dem til at indse, at der er noget, som de har misforstået.

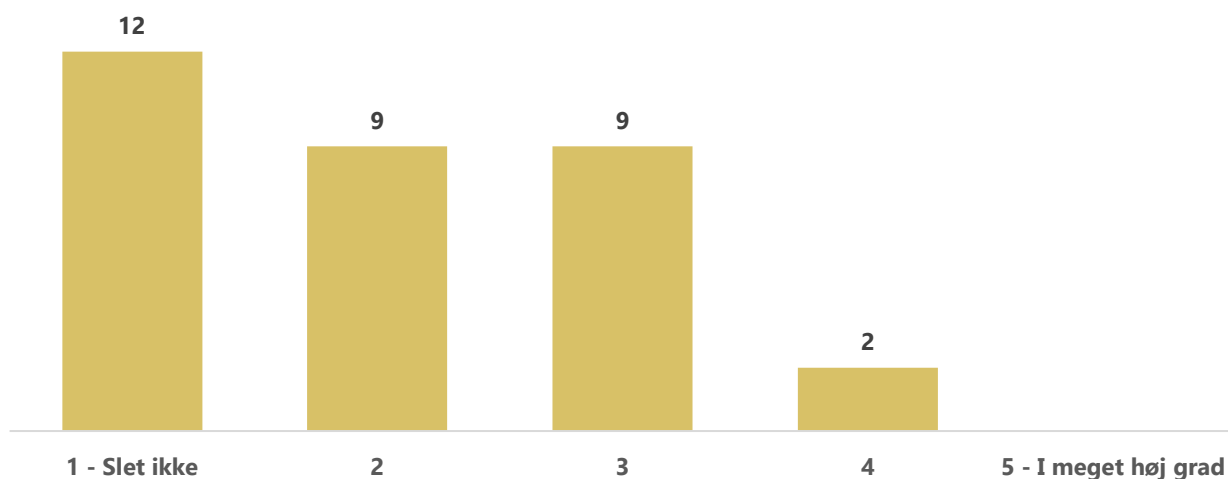
I hvilket omfang er det generelt din opfattelse, at en parts juridiske og økonomiske argumentation indgår i styrelsens og Konkurrencerådets afgørelser?



I hvor høj grad oplever du, at det er tilfældet efter, at der er sendt



Er styrelsens sagsbehandlingstid generelt tilfredsstillende?

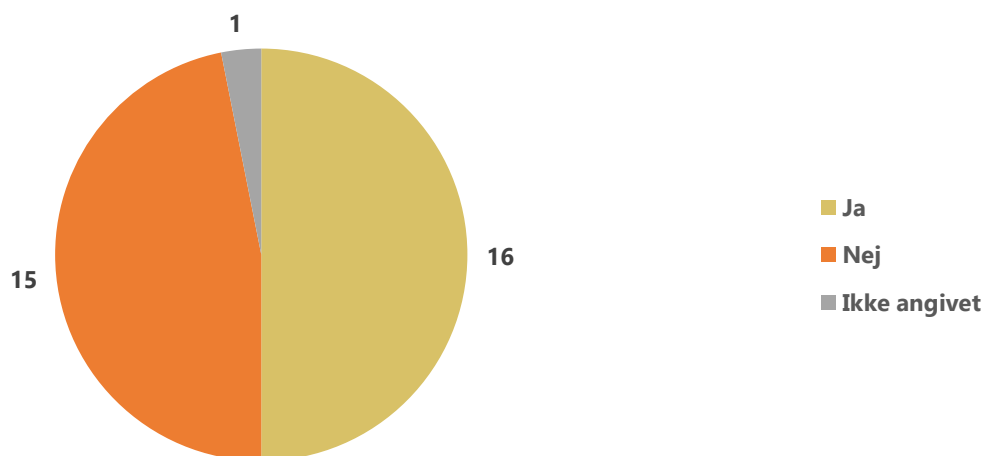


Har du i øvrigt kommentarer til styrelsens sagsbehandlingstid?

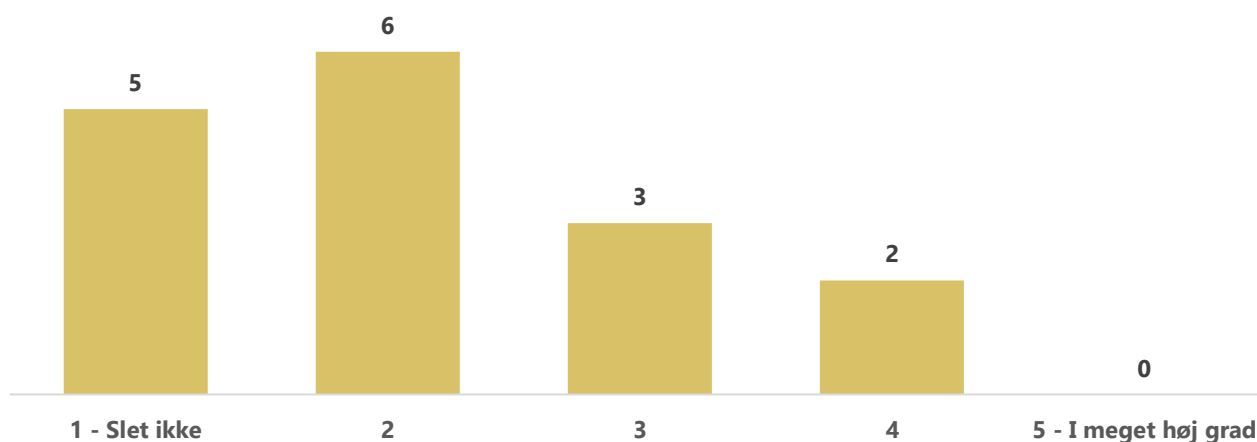
1. Den er for lang. I klagesager risikerer patienten at dø, mens sagerne forberedes.
2. Alt for lang tid fra start til slut.
3. Styrelsen tager for få sager op, og sagsbehandling er så lang, at de løber ud i sandet
4. Det tager årevis at behandle enkle sager uden nogen god grund.
5. Som sagt mener jeg, at det kunne være klaret med et telefonopkald, men det var ikke styrelsens vurdering. Jeg er heller ikke advokat :)
6. Der stilles for mange ikke relevante og meget teoretiske spørgsmål, der meget svære at besvare for de involverede parter - særligt de mindre parter, der ikke er så datadrevet som min virksomhed.

7. Henrik Quotrup fik første opbringning i Se og Hør sagen 14 dage efter vores sag startede... han har afsonet og er videre med sit liv. I vores sag er der tale om personer der til punkt og prikke har fulgt virksomhedernes compliance politikker, har oprettet et konsortie på konkurrencemyndighedernes paradigme hertil og foretaget alle handlinger i fuld åbenhed og budt på en offentlig licitation. Det er menneskeligt hårdt at blive stigmatiseret som 43 årig og få sat ens karriere på holdt og som 50 årig er sagen ikke afgjort. Denne sag har stjålet de bedste år af min erhvervskarriere og skabt stress og depressioner.
8. I seneste tilfælde tilfredsstillende i tidligere sager alt for lang.
9. Som oftest uanstændig lang, uden synbar grund. Skyldes tydeligvis ikke retssikkerhedsmæssige overvejelser eller grundige analyser.
10. Det opleves som noget langsommelig proces fra henholdsvis MOB og KPM og indtil endelig afgørelse
11. Sagsbehandlingstiden forekommer særligt i undersøgelsessagerne alt for lang, fordi ressourcerne prioriteres på fusionssager, og sagsbehandlingen forekommer fortsat ikke transparent.
12. Der er nok en forkert forventning om, hvor hurtigt en sag kan løftes. Der bør ses på en model, hvor sagens tvistpunkter behandles, mens ikke-tvistpunkter lægges til grund.

Har du været involveret i en sag for Konkurrenceankenævnet?



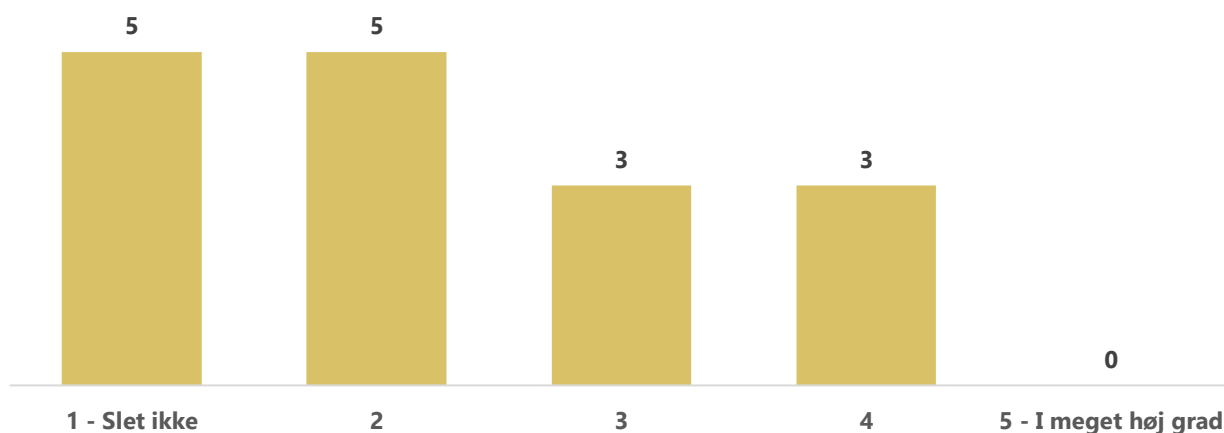
I hvor høj grad oplever du, at processen for Konkurrenceankenævnet fungerer tilfredsstillende?



Uddyb gerne din besvarelse

1. Ikke fornøden prøvelse. Blåstempling af Rådets afgørelse.
2. Tager for lang tid
3. Det har udviklet sig fra en kritisk instans til et gummistempel. Det er en farce.
4. Konkurrenceankenævnet går ikke for alvor ind i sagerne, og medlemmerne forekommer ikke specielt interesserede i konkurrenceret.
5. Vi var dømt på forhånd.
6. Personerne i panelet, ikke faktum og jus, synes afgørende for udfaldet.
7. Svingende oplevelser af KAN's fordybelse i sagerne
8. Fint med forholdsvis korte frister og stram styring af proces
9. Der opleves ikke, som om der fra nævnets side sker en tilbundsående prøvelse af rådets afgørelser og særligt det kvantitative grundlag for den. Prøvelsen fanger kun mere formelle juridiske fejlbegreb, men når slet ikke ned i en prøvelsen af de økonomiske og kvantitative analyser, som i højere og højere grad bærer afgørelsen, og som det desto mere er vigtigt at få prøvet grænserne form i relation til rådets skøn over faktum og de konklusioner, der drages.
10. Det er generelt vanskeligt at se, om ankenævnet forholder sig til sagen, herunder om de har et kritisk syn på sagen. Det ligner ikke en traditionel prøvelse, hvor der sker en fuld prøvelse.

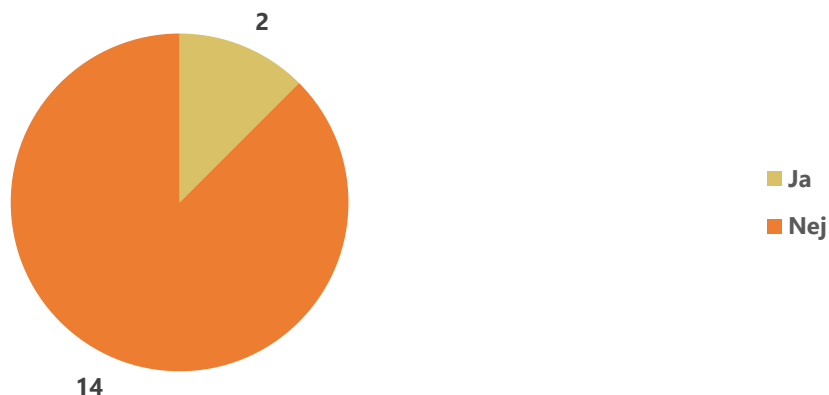
I hvor høj grad er det din opfattelse, at Konkurrenceankenævnet foretager en grundig prøvelse af sagerne?



Uddyb gerne din besvarelse

1. Kortfattet proces for ankenævnet. ingen reel prøvelse. Blot verifikation af, at ud fra en umiddelbar læsning er afgørelsen ikke helt håbløs med åbenlyse fejl.
2. I vores sag, vejstribesagen, understreger dommen i sø- og handelsretten den manglende prøvelse.
3. Er man ikke DONG, har man som regel tabt på forhånd: Nævnet synes at nære en meget stor tiltro til styrelsens evner...
4. Se tidligere svar
5. Der synes ikke at ske en særlig grundig prøvelse hos KAN
6. Se oven for.
7. Der er ingen indikation af at der sker en fuld prøvelse.

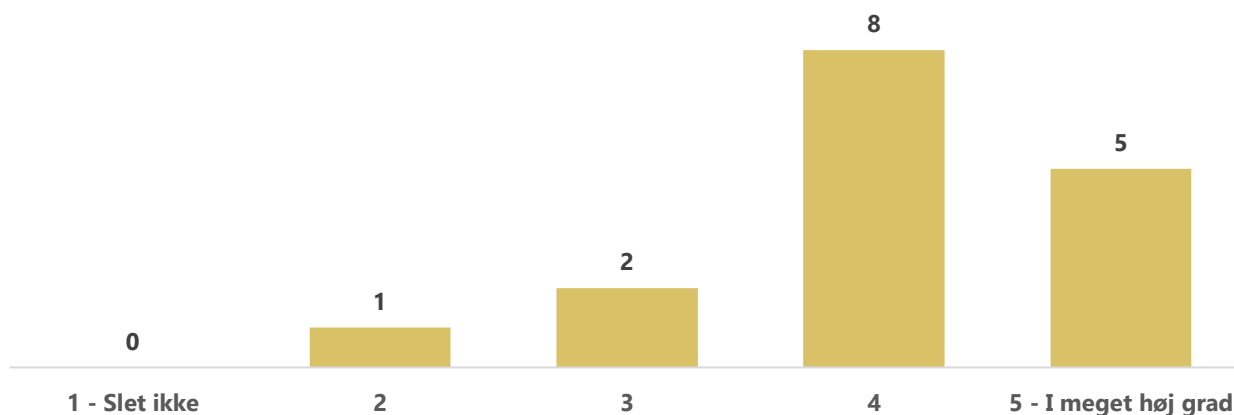
Tilfører Konkurrenceankenævnet i din optik en værdi, der ikke ville fremkomme, hvis Konkurrencerådets afgørelse blev indbragt direkte for Sø- og Handelsretten?



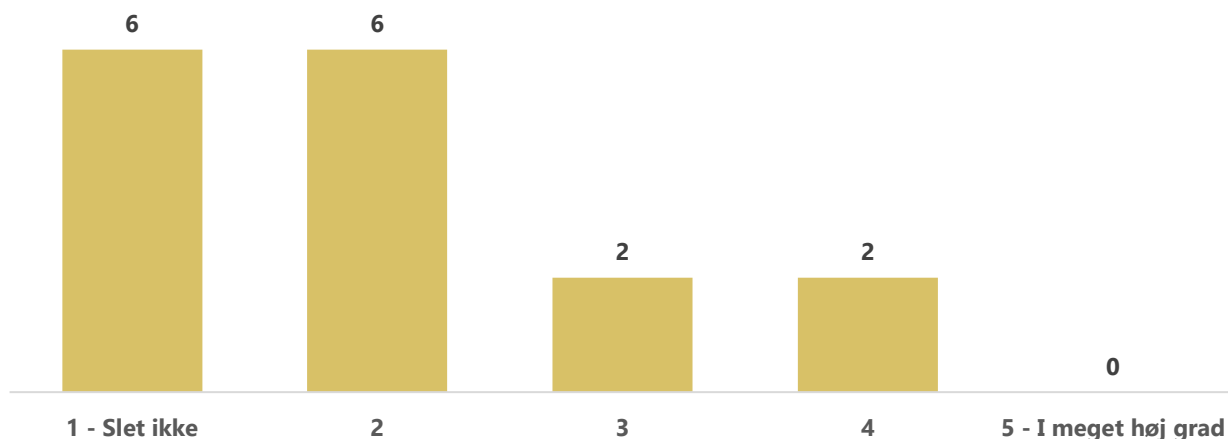
Uddyb gerne din besvarelse

1. Sagsforlængende og formand uden særskilt viden om eller interesse for konkurrenceret.
2. Spild af tid og sværere at få ret ved domstolene. Problem at der sidder en højesteretsdommer i ankenævnet.
3. Se forrige svar.
4. Sø- og Handelsretten er en rigtig domstol, hvad der giver vigtige processuelle garantier og en større uafhængighed af forvaltningen.
5. "Nej" er ikke helt fair. Ville have svaret "Nogle gange"
6. Værdien består primært i en hurtig efterprøvelse. KAN opleves dog i et vist omfang som "Rådets mand" - og værditilvæksten er derfor begrænset.
7. Nej, tværtimod - de virker snarere som en cementering af myndighedsafgørelse, således at man under alle omstændigheder må i SH hvis man vil gøre sig forhåbning om at få sagen foldet rigtigt ud.
8. Der er jo ofte tale om en gentagelse af samme konklusion uden nye/forklarende argumenter. Selv hvis nyt materiale er fremlagt i ankesagen, tager ankenævnet ikke stilling hertil

I hvilken grad mener du, at muligheden for at indbringe sagen direkte for Sø- og Handelsretten ville reducere en parts omkostninger i forbindelse med en konkurrencesag?



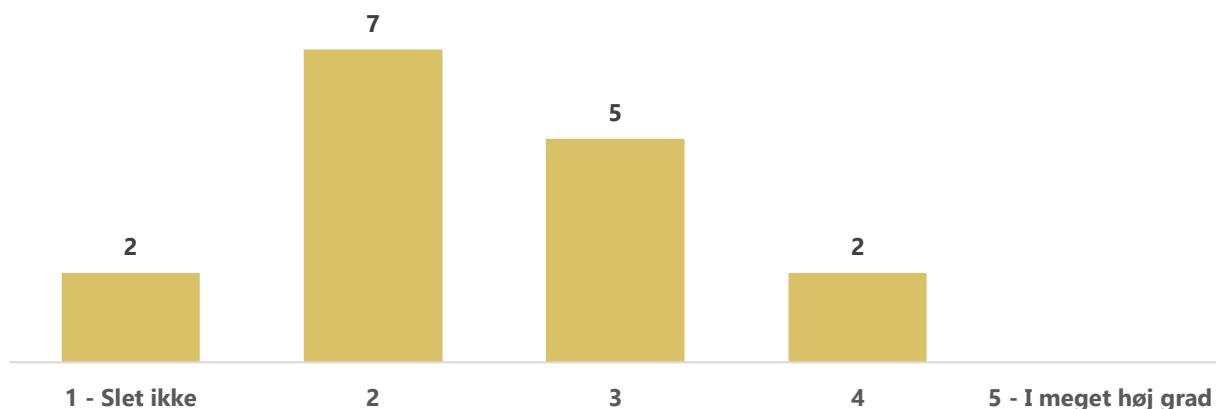
I hvor høj grad er en parts mulighed for at præsentere sin sag for Konkurrenceankenævnet tilfredsstillende?



Uddyb gerne din besvarelse

1. Det er rent juristeri... der er ikke plads til faglig argumentation.
2. Hele formatet (procesreglerne) bygger på et ønske om en hurtig, og ikke en grundig, sagsbehandling. For kort tid til grundige indlæg.
3. Bedre adgang til mundtlig forhandling ville være at foretrække
4. Den snævre "nævnsprocesform" er ikke velegnet til at nå til bunds i prøvelse af de økonomiske og kvantitative analyser i sagerne.
5. En almindelig administrativ rekurs vil være at foretrække med en sædvanlig rekursproces, herunder med rekursinstansens mulighed for at stille spørgsmål og bede om supplerende materiale. Rekursinstans bør ikke ledes af en højesteretsdommer. En landsdommer som ordfører i et kollegialt organ med fageksperter vil være en bedre løsning

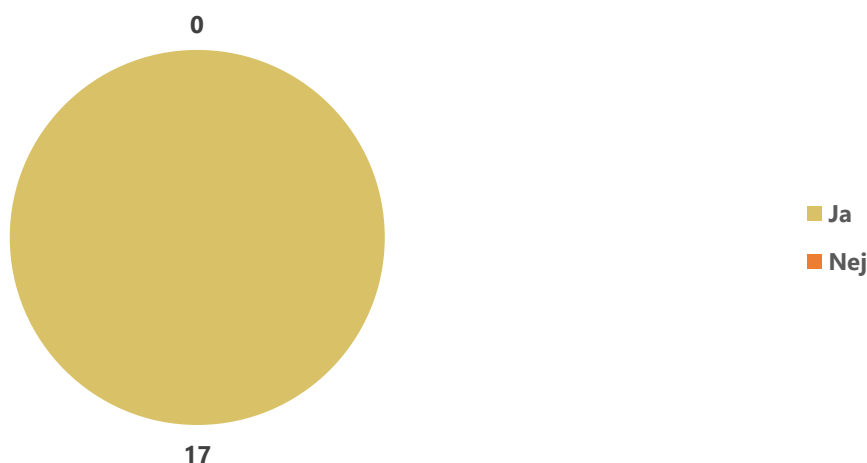
I hvilket omfang er det din opfattelse, at en parts juridiske og økonomiske argumentation indgår i Konkurrenceankenævnets afgørelser?



Uddyb gerne din besvarelse

1. Sagen blev stadfæstet på forkert grundlag
2. Ganske fyldige og gode gengivelser heraf i kendelserne, men for ofte uklart i hvilket omfang, og med hvilke begrundelser, argumenterne er indgået i afgørelsen.
3. Jf. ovenfor er der ingen feed back fra ankenævnet og intet indtryk af, at nævnet har sat sig ind i sagen.

Bør Konkurrenceankenævnet have mulighed for at inddrage nyt faktum, som ikke er indgået i Konkurrencerådets afgørelse?

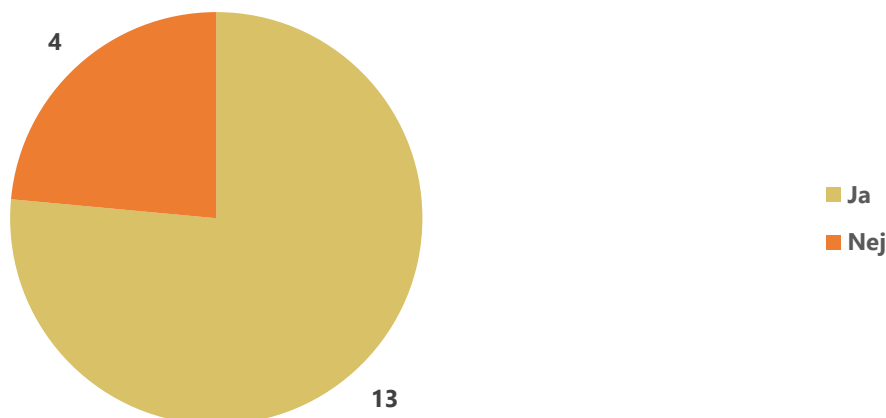


Uddyb gerne din besvarelse

1. Konkurrenceankenævnet er en del af den offentlige forvaltning - ikke en domstol. Der bør gælde helt sædvanlige forvaltningsretlige regler for nævnet.
2. Hvis styrelsen begår fejl, skal de da kunne rettes...

3. Se f.eks. U.2007.1115H om betydningen af inddragelse af efterflg/nyt faktum.
4. Det har nævnet også hvis man er obs på det, men det sker i begrænset omfang.
5. Afgørelser kan resultere i straffesager og erstatningssager. Hvis der er dokumentation for at der er eller ikke er en overtrædelse skal den frem, uanset om det sker i rådet eller nævnet

Bør der i Konkurrenceankenævnet kunne foranstaltes syn og skøn?



Hvis nej, hvorfor?

- Syn og skøn anvendes ved domstolene, ikke ved administrative råd og nævn.
- Vil formentlig forsinke processen med 1-2 år...
- Indførelse af mulighed for syn og skøn for Konkurrenceankenævnet kunne være relevant, men vil i givet fald forudsætte at man helt gentænker ankenævnets rolle og ressourcer. Som ankenævnet fungerer i dag, er det vanskeligt at forestille sig.
- Man bør hellere flytte det til SH
- Der er vel ingen grund til at udelukke muligheden for et bedre oplysningsgrundlag

4.3. Opsamling på spørgeskemaundersøgelsen

4.3.1 Konkurrencemyndighederne

Ved spørgsmålet om i hvor høj grad processen med behandlingen af sager for konkurrencemyndighederne er tilfredsstillende, svarede 4 respondenter i høj grad, 14 svarede i nogen grad og de resterende 14 respondenter angav, at processen i lav grad eller slet ikke er tilfredsstillende.

24 af 32 respondenter valgte at uddybe deres besvarelse, og en stor del af disse har angivet lang sagsbehandlingstid som en del af begrundelsen for deres utilfredshed med sagsbehandlingen. Dette

understøttes ligeledes af spørgsmålet om, hvorvidt styrelsens sagsbehandlingstid generelt er tilfredsstillende. Hertil svarede 2 respondenter, at den i høj grad er tilfredsstillende, 9 svarede at den i nogen grad er tilfredsstillende, og de resterende 21 svarede, at den i lav grad eller slet ikke er tilfredsstillende.

Over halvdelen af respondenterne påpegede forskellige problemer med kvaliteten af selve sagsbehandlingen. Særligt to synspunkter er meget udbredt blandt besvarelsenerne. Det første er synspunkter om manglende faglig indsigt og forståelse for og kendskab til markedsafgrænsninger eller lignende formuleringer. Det andet er synspunkter om, at styrelsen virker til hurtigt at lægge sig fast på en eller flere teser, som "fastlåser" styrelsen i den videre proces, at styrelsen er svær at påvirke i den videre proces, at sagsteamet ofte bliver partiske forholdsvis tidligt i processen og lignende.

Sidstnævnte afspejler sig også i spørgsmålet om, i hvor høj grad respondenterne mener, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilvejebringer alle relevante oplysninger og inddrager både oplysninger, som understøtter styrelsens formodning og oplysninger, som kunne pege på et andet resultat i sagsbehandlingen. Hertil svarede 6 respondenter, at det er deres opfattelse, at dette sker i meget høj eller høj grad, 7 svarede i nogen grad og de resterende 18 svarede i lav grad eller slet ikke. Også her fremhæves af flere respondenter synspunktet om, at styrelsen tidligt i sagsforløbet lægger sig fast på en opfattelse af sagen, som det kan være svært at ændre.

Derimod oplever en overvejende del af respondenterne såvel Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som Konkurrencerådet som selvstændig og uafhængige af både politiske interesser og uvedkommende erhvervsmæssige interesser under sagsbehandlingen.

4.3.2 Konkurrenceankenævnet

Ved spørgsmålet om i hvor høj grad processen for Konkurrenceankenævnet er tilfredsstillende, svarede 2 respondenter i høj grad, 3 respondenter i nogen grad og de resterende 11 respondenter svarede, at processen i mindre grad eller slet ikke er tilfredsstillende.

Som begrundelse herfor anføres i høj udstrækning Konkurrenceankenævnets begrænsede prøvelse. Det er bl.a. anført, at der alene er tale om en blåstempling af Konkurrencerådets afgørelse, at nævnet har udviklet sig fra en kritisk instans til et gummistempel, at der er svingende oplevelser af nævnets fordybelse i sagerne, og at det generelt er vanskeligt at se, om ankenævnet forholder sig til sagen. Mest udførlig lyder en af begrundelserne:

"Det opleves ikke, som om der fra nævnets side sker en tilbundsående prøvelse af rådets afgørelser og særligt det kvantitative grundlag for den. Prøvelsen fanger kun mere formelle juridiske fejlbegreb, men når slet ikke ned i en prøvelse af de økonomiske og kvantitative analyser, som i højere og højere grad bærer afgørelsen, og som det desto mere er vigtigt at få prøvet grænserne form i relation til rådets skøn over faktum og de konklusioner, der drages."

Disse synspunkter understøttes ligeledes af besvarelsene til spørgsmålet om, i hvor høj grad respondenterne opfatter det således, at Konkurrenceankenævnet foretager en grundig prøvelse af sagerne. Hertil svarede 3 respondenter, at det i høj grad er deres opfattelse, 3 svarede i nogen grad og de resterende 10 respondenter svarede, at det i lav grad eller slet ikke er deres opfattelse.

Adspurgte om hvorvidt Konkurrenceankenævnet i deres optik tilfører en værdi, der ikke ville fremkomme, hvis Konkurrencerådets afgørelse blev indbragt direkte for Sø- og Handelsretten svarede hele 14 af 16 respondenter benægtende.¹⁸¹ Som begrundelse herfor blev bl.a. anført, at det er sagsforlængende og at værditilvæksten er begrænset grundet den begrænsede prøvelse.

13 af de 16 respondenter svarede derudover, at de i meget høj eller høj grad mener, at muligheden for at indbringe sagen direkte for Sø- og Handelsretten ville reducere en parts omkostninger i forbindelse med en konkurrencesag.

En tilsvarende del af respondenterne svarede, at de i lav grad eller slet ikke mener, at en parts mulighed for at præsentere sin sag for Konkurrenceankenævnet er tilfredsstillende. Som begrundelse herfor gentages synspunkter om manglende tilbundsgående prøvelse og to af respondenterne anførte, at der er for ringe tid og adgang til mundtlige indlæg. En enkelt af respondenterne anfører:

" En almindelig administrativ rekurs vil være at foretrække med en sædvanlig rekursproces, herunder med rekursinstansens mulighed for at stille spørgsmål og bede om supplerende materiale. Rekursinstans bør ikke ledes af en højesteretsdommer. En landsdommer som ordfører i et kollegialt organ med fageksperter vil være en bedre løsning."

Ved spørgsmålet om i hvilket omfang det er respondenternes opfattelse, at en parts juridiske og økonomiske argumentation indgår i Konkurrenceankenævnets afgørelser, svarede to respondenter i høj grad, 5 i nogen grad og 9 respondenter i lav grad eller slet ikke.

Samtlige respondenter svarede bekræftende på, at Konkurrenceankenævnet bør have mulighed for at inddrage nyt faktum, som ikke er indgået i Konkurrencerådets afgørelse, mens 13 respondenter svarede ja til, at der i Konkurrenceankenævnet kunne foranstalles syn og skøn. Blandt argumenterne for *ikke* at indføre denne mulighed er anført, at det vil forsinke processen, at syn og skøn anvendes ved domstolene og ikke ved administrative råd og nævn og at det vil forudsætte, at man helt gentænker ankenævnets rolle og ressourcer.

¹⁸¹ Det bemærkes, at en enkelt respondent i bemærkninger har svaret, at denne frem for nej ville have svaret "nogle gange", hvis det havde været en mulighed.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Pr. mail: hc@kfst.dk kle@kfst.dk

23-10-2020
Dok. 203657/

Høring - Udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven

Lovudkastet har til formål at implementere det såkaldte ECN+-direktiv, der skal styrke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens muligheder for at håndhæve konkurrencereglerne.

Med lovudkastet vil der bl.a. blive indført et nyt civilt system for bøder til virksomheder i konkurrencesager til erstatning for det eksisterende strafferetlige system. Som supplement til adgangen til at udstede adfærdsmæssige påbud vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen endvidere få mulighed for at udstede strukturelle påbud. Derudover vil der blive indført nye muligheder for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens undersøgelser af konkurrencesager. Hertil kommer en række andre ændringer.

Forbrugerrådet Tænk har nøje gennemgået lovforslaget, og støtte dette i sin helhed. Herudover har vi følgende kommentarer:

- Forbrugerrådet Tænk støtter tanken om, at det bør være de samme formelle og processuelle regelsæt, der skal anvendes, uanset om en sag har samhandels-påvirkning eller ej.
- Konkurrence og effektive markeder er meget vigtigt for forbrugernes velfærd. Derfor er den effektivisering af håndhævelsen af konkurrencereglerne, som lovforslaget lægger op til, vigtig for Forbrugerrådet Tænk. Dette er samtidig vigtigt for, at give de virksomheder det konkurrer fair ordnede vilkår, hvorunder de kan levere gode og billige ydelser til forbrugeren.
- Forbrugerrådet Tænk støtter, at der lægges op til videre rammer for at kunne anvende strukturelle påbud, da adfærdsmæssige påbud erfaringsmæssigt kan være vanskelige, langsomme og ressourcekrævende at håndtere for konkurrence-myndighederne.

Alt i alt støtter Forbrugerrådet Tænk som nævnt lovforslaget da effektive, klare og hurtige sanktionsmuligheder ved overtrædelser af konkurrenceregler er et vigtigt led i at forebygge, at overtrædelser rent faktisk sker.

Med venlig hilsen

Vagn Jelsøe

Vicedirektør

Morten Bruun Pedersen

Cheføkonom

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

26-10-2020
MKA/400/00001

Svar på høring over udkast til ændring af konkurrenceloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte den 24. september 2020 udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven i høring.

Lovudkastet har til formål at implementere det såkaldte ECN+-direktiv med henblik på at styrke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens muligheder for at håndhæve konkurrencereglerne.

Med lovudkastet indføres kaldte civile bøder for virksomheder for overtrædelse af konkurrencereglerne frem for det eksisterende strafferetlige system.

Med forslaget indføres også mulighed for at medlemmer af brancheforeninger kan pålægges at betale bøder, som foreningen er pålagt, hvis denne ikke er i stand til at betale bøden.

Endvidere opnår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nye muligheder i undersøgelse af konkurrencesager, herunder mulighed for at indkalde til interviews, udstede tvangsbøder og foretage kontrolundersøgelser i private hjem med retskendelse.

Danmarks Apotekerforening takker for muligheden for at kommentere lovudkastet.

Apotekerforeningen skal i den anledning til at bemærke, at foreningen lægger til grund, at der i forbindelse med de interviews, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter forslaget skal kunne gennemføre, herunder på kontrolbesøg, sikres de retsgarantier, som gælder i straffeplejen.

Danmarks Apotekerforening lægger endvidere til grund, at der i tilfælde hvor bødesager indbringes for domstolene vil ske en tilbundsående domstolsvurdering, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal påvise deres sag på ny.

Med venlig hilsen

Merete Kaas

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Att.: hc@kfst.dk

cc.: kle@kfst.dk

Tandlægeforeningen

Amaliegade 17

1256 København K

Tel.: 70 25 77 11

info@tandlaegeforeningen.dk

www.tandlaegeforeningen.dk

CVR nr. 21318418

Høring over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (implementering af ECN+-direktivet)

Dato: 20. oktober 2020

Tandlægeforeningen har følgende bemærkninger til udkastet til lovforslaget om ændring af konkurrenceloven:

Sagsbeh: JOLI

E-mail: joli@tdl.dk

Sagsnr.: hoering088_2020

- Henset til almindelige retssikkerhedsprincipper finder foreningen, at udstedelse af bøder og andre pønale foranstaltninger kræver den uafhængighed, som domstolene er garanteret for. Dette er et generelt problem i den påtænkte regulering.
- Det er uset, at den ene og samme myndighed foretager undersøgelser, kontrolbesøg, analyser, sagsbehandling og udmåler straffen.
- Hertil findes, at muligheden for at udstede "adfærdsmæssige påbud" og "strukturelle påbud" er så indgribende i den frie ret til at drive virksomhed, at dette normalt ville kræve en dom.
- Det skal sikres, at personer eller virksomheder, som indkaldes til de nye "interviews", pålægges tvangsbøder eller bliver genstand for kontrolundersøgelser tilbydes den nødvendige mulighed for bisiddere og advokatbistand – for privatpersoner under retshjælpsordningerne.
- Det findes meget betænkeligt, at en virksomhedssammenslutning kan pålægges bøder, som de enkelte virksomheder i sammenslutningen hæfter for solidarisk, uden at de enkelte virksomheder opfylder de almindelige strafbarhedsbetingelser som fx gerningsindhold, forsæt, tilregnelighed om retsstridigheden osv. Man indfører teknisk set objektivet ansvar uden mulighed for at have undgået handlingen.

Endelig findes det stærkt kritisabelt, at reguleringen har været kendt og undervejs siden marts 2017, og der først nu indbydes til høring med tre ugers frist for en så gennemgribende lovgivning, der påtænkes at træde i kraft februar 2021. Dette er på alle måder i strid med god lovgivningsskik og demokratisk inddragelse; det bør kraftigt overvejes at udvide processen med egentlige fysiske høringer og debat, således at den endelige lovgivning bliver overvejet, ordentlig og operationel.

Samlet set er foreningen yderst betænkelig ved det skred, som sker i borgernes retssikkerhed ved de påtænkte ændringer.

Med venlig hilsen



Susanne Kleist

Formand, tandlæge mTF



Joakim Lilholt

Adm. direktør