

L 116 Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og straffeloven.

Bemærkninger fra Justitia til elementer i Erhvervsministeriets høringsnotat af 26. november 2020.

Til Folketingets Erhvervsudvalg.

Justitia har gennemgået Erhvervsministeriets høringsnotat og har fundet det nødvendigt at fremkomme med en række bemærkninger til notatet.

I høringsnotatets pkt. 3.2 behandles spørgsmålet om civile bøder.

Justitia, Danske Advokater, Advokatrådet og Apotekerforeningen har alle i deres hørings svar fremhævet, at det bør sikres, at konkurrencemyndighedernes påstand om bøde undergives fuld prøvelse under en civil sag ved domstolene.

Justitia er enig i, at der i tilfælde, hvor en materiel afgørelse fra konkurrencemyndighederne, som fastslår at en virksomhed har overtrådt konkurrenceloven efter behandling i Konkurrenceankenævnet indbringes for Sø- og Handelsretten, og der under denne sag nedlægges påstand om en civil bøde, skal foretages en fuld prøvelse af det retlige grundlag for bødepåstanden.

Hvis en virksomhed vælger ikke at anfægte en afgørelse fra konkurrencemyndighederne om, at der er sket en overtrædelse af konkurrenceloven, kan virksomheden vælge alene at anfægte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens bødepåstand under den civile sag i Sø- og Handelsretten. Her synes Erhvervsministeriets udtalelser i sidste store afsnit i høringsnotatets side 7 at måtte opfattes således, at rettens opgave i sådanne tilfælde alene er at udmåle bøden, men derimod ikke at efterprøve om der overhovedet er tale om en overtrædelse der kan begrunde et krav om bøde. Erhvervsministeriets udtalelse må derfor opfattes som en afvisning af de ovennævnte organisationers opfattelse af, at hensynet til virksomhedernes retssikkerhed tilsiger, at der også i sådanne tilfælde foretages en fuldstændig juridisk prøvelse af såvel grundlaget for bødekravet som af bødens størrelse.

I høringsnotatets pkt. 3.4 behandles spørgsmålet om hvorvidt simpel uagtsomhed skal kunne udløse et bødekrav..

Justitia har i sit hørings svar anført, at udvidelsen af uagtsomhedsbegrebet til også at omfatte simpel uagtsomhed kan føre til, at området for bødepålæg udvides ganske væsentligt i forhold til gældende ret. Justitia har derfor efterlyst en redegørelse for de praktiske konsekvenser for erhvervsvirksomhederne af denne lovændring. Dette spørgsmål ses overhovedet ikke belyst i høringsnotatet.

I høringsnotatet pkt 3.8 behandles spørgsmålet om kontrolundersøgelser i virksomheder og private hjem.

Justitia har i sit høringssvar, i lighed med Danske advokater og Advokatrådet, fremhævet betydningen af, at domstolene foretager en realitetsprøvelse af konkurrencemyndighedernes anmodning om en retskendelse til brug for kontrolundersøgelser. Det samme gælder selvsagt for en anmodning fra SØIK om en rettet mod en person, som mistænkes for forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af konkurrenceloven.

Det er retssikkerhedsmæssigt af afgørende betydning at der kun anmodes om en retskendelse, hvis der er et rimeligt mistankegrundlag og indgrebet er proportionalt. Dette gælder både når konkurrencemyndighederne og SØIK fremsætter begæring om retskendelse. Det bør i bemærkningerne til lovforslaget fremhæves, at en begæring om retskendelse skal indeholde en udførlig beskrivelse af de faktiske omstændigheder som begrundet mistanken og begæringen bør også forholde sig til om et indgreb må anses for at være proportionalt. Det bør også fremhæves, at en retskendelse skal være så tilpas udførlig og præcis, at der ikke efterfølgende kan opstå tvivl om kendelsens rækkevidde.

I høringsnotatets pkt. 3.10 behandles spørgsmålet om foreløbige påbud.

Foreløbige påbud kan efter omstændighederne have meget alvorlige konsekvenser for den virksomhed der rammes af påbuddet. Det er derfor af afgørende betydning for virksomhedernes retssikkerhed, at det en adgang til hurtig og effektiv prøvelse af påbuddet ved en uafhængig domstol, således som det også er foreskrevet i EU Charterets art 47. som foreskriver at enhver (også en erhvervsvirksomhed) har ret til en retfærdig og offentlig rettergang *indenfor en rimelig frist* for en uafhængig og upartisk domstol.

I Danmark har vi den i Europæisk sammenhæng særprægede regel, at en virksomhed ikke kan indbringe en afgørelse truffet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Konkurrencerådet for Sø- og Handelsretten før Konkurrenceankenævnet har behandlet sagen. Dette system er foreslået opretholdt også for så vidt angår foreløbige påbud. Det er tilkendegivet, at der vi blive indført en særlig hasteprocedure for sådanne sager, men der er intet oplyst om hvor hurtigt sådanne sager vil kunne behandles i konkurrenceankenævnet.

Dette er baggrunden for, at Justitia har foreslået, at afgørelser om foreløbige påbud skal kunne indbringes direkte for Sø- og Handelsretten uanset om Justitias forslag om at nedlægge Konkurrenceankenævnet nedlægges følges eller ej.

Justitia anfører herom i sit høringssvar: ” 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.”

Foreløbige påbud efter konkurrenceloven kan være mindst lige så indgribende som forbud efter markedsføringsloven. Erhvervsministeriet forbigår i sit høringsnotat dette væsentlige argument for en direkte og meget hurtig domstolskontrol. Justitia må fastholde, at retssikkerhedsmæssige betragtninger bør føre til at der gives virksomheder der rammes af et foreløbigt påbud adgang til en hurtig og direkte domstolsprøvelse af det foreløbige påbud.

I høringsnotatets pkt. 3.19 behandles spørgsmålet om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens uafhængighed.

Erhvervsministeriet refererer hovedpunkterne i Justitias forslag om at styrke konkurrencemyndighedernes uafhængighed og konkluderer, at anbefalingerne rækker langt ud over hvad der kræves efter direktivet og ikke giver anledning til at ændre lovforslaget.

Justitia skal hertil bemærke, at direktivet er et såkaldt minimumsdirektiv. Justitia kan konstatere, at lovforslaget alene indeholder nogle få forslag som må anses for at være absolut påkrævede for at leve op til direktivets minimumskrav om uafhængighed.

Justitias udgangspunkt er et andet, nemlig at fremkomme med forslag, som sikrer, at såvel Konkurrencerådet, som ledelsen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sikres reel uafhængighed fra politisk og anden uvedkommende indflydelse.

Uafhængighed er normalt karakteriseret ved, at de personer, som skal være i stand til at agere uafhængigt og alene tage udgangspunkt i loven også er sikret mod utilbørlig påvirkning gennem et ansættelsesværn. Det gælder for dommere, men inden for Erhvervsministeriets område gælder det også for Forbrugerombudsmanden. Det er vanskeligt at forstå, at behovet for at beskytte uafhængigheden for direktøren for konkurrencemyndigheden skulle være mindre betydningsfuldt end at beskytte Forbrugerombudsmandens uafhængighed.

OECD foretog i 2015 et såkaldt peer review af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens uafhængighed. Om dette anføres i Justitias hørings svar bilag 4, side 3:

“the position of the DCCA (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen) 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.”

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. 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.”

Justitia må derfor fastholde, at hensynet til erhvervsvirksomhedernes retssikkerhed tilsiger, at konkurrencemyndighedernes uafhængighed af erhvervsministeren og erhvervsministeriet styrkes som anbefalet af justitia.

I *høringsnotatets pk.4.1* behandles anbefalingerne fra Justitia og erhvervsorganisationerne om at der indføres en såkaldt høringskonsulent, som skal beskytte virksomhedernes proceduremæssige rettigheder og sikre at alt går rigtigt til. Sådanne høringskonsulenter findes i EU kommissionen.

Baggrunden for dette forslag er blandt andet den ganske markante kritik fra brugerne (erhvervsvirksomheder og rådgivere) som er kommet til udtryk i den spørgeskema undersøgelse Justitia har gennemført, samt tilsvarende kritik i de årlige ratings af Konkurrence – og Forbrugerstyrelsen i det anerkendte tidsskrift Global Competition Review. Der henvises til bilag 4 afsnit 1 og 4 i Justitias hørings svar.

Erhvervsministeriet afviser forslaget og henviser blandt andet til at en høringskonsulent er en slags mægler. Dette udsagn er ikke korrekt. Jeg citerer fra Justitias hørings svar bilag 1, side 7:

”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.

Erhvervsministeriet gør endvidere gældende, at den rolle som i EU kommissionen er tillagt høringskonsulenterne i Danmark udfyldes af Konkurrenceankenævnet og Folketingets Ombudsmand. Ovennævnte redegørelse viser klart at der ikke er grundlag for denne sammenligning. Det må fremhæves, at høringskonsulenter sikrer en korrekt sagsbehandling *under forløbet*, medens både Konkurrenceankenævnet og Folketingets Ombudsmand har karakter af en *efterfølgende kontrol*.

I *høringsnotatet pkt 4.2* behandles Justitias forslag om at nedlægge Konkurrenceankenævnet, således at afgørelser fra Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan indbringes direkte for SØ- og Handelsretten.

Baggrunden for Justitias anbefaling er dels en omhyggelig analyse i høringssvarets bilag 3, dels justitias brugerundersøgelse gengivet i bilag 4, afsnit 4. Herfra fremhæves:

”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.”

En nedlæggelse af Konkurrenceankenævnet vil afkorte sagsbehandlingstiden før en sag kan indbringes for domstolene med 6-12 måneder, vil reducere statens udgifter til nævnsbehandling, vil stærkt reducere en virksomheds ressourceforbrug til at anfægte en afgørelse fra konkurrencemyndighederne.

Justitia fastholder derfor at det vil være bedst stemmende med hensynene til virksomhedernes retssikkerhed at nedlægge Konkurrenceankenævnet og lade klager over afgørelser truffet af konkurrencemyndighederne behandle direkte ved SØ- og Handelsretten.

København den 15. december 2020

Henrik Rothe

Projektleder i Justitia

Adjungeret professor, CBS.

