

## Fængselsstraf i kartelsager - et retssikkerhedsmæssigt skred

*Erhvervs- og vækstministeren har den 26. oktober 2012 fremsat et lovforslag (L 41), som vil forhøje virksomheders og personers bødestraf i konkurrencelovsovertrædelser og - som noget nyt - indføre fængselsstraf for den gruppe af overtrædelser, der udgøres af karteller.*

*I dette notat er der foretaget en gennemgang af praksis, som viser, at det i en række sager er svært - ikke kun for virksomhederne, men også for myndighederne - at fastslå, om der overhovedet foreligger et ulovligt kartel i konkurrencelovens forstand. Regeringen lægger altså op til strafskærpelser, selvom gerningsindholdet fortsat er uklart, selvom den nuværende straf ramme ikke er i nærheden af at være sprængt, og selvom Justitsministeriets undersøgelser viser, at der ikke er dokumentation for, at fængselsstraf overhovedet har en præventiv effekt på kartelområdet. Fra et retssikkerhedsmæssigt perspektiv skærper det problematikken, at strafbestemmelserne samtidig giver politiet øgede mulighed for ransagning og aflytning. Også hos ikke-mistænkte virksomheder og personer. Noget tyder derfor på, at hensynet til politiets efterforskningsmuligheder vejer tungere, end virksomheders og personers retssikkerhed.*

*Det anbefales derfor bl.a., at Erhvervs- og vækstministeren præciserer gerningsindholdet eller som minimum giver virksomhederne mulighed for at indhente et forudgående bindende svar. Derudover anbefales, at der indføres omkostningsgodtgørelse for de virksomheder og personer, der ved domstolene vinder over konkurrencemyndighederne. Ligesom en forlænget tidsfrist for indsamling af data bør droppes for således at styrke hensynet til virksomheder og borgers privatliv.*

### 1. Indledning

Den tidligere VK-regering nedsatte i 2009 et Konkurrenceudvalg, hvis redegørelse<sup>1</sup> i vid udstrækning har dannet grundlag for det lovforslag (L41),<sup>2</sup> som regeringen har fremsat den 26. oktober 2012, og som bl.a. lægger op til, at bødeniveauet ved konkurrencebegrænsende aftaler øges:

Generel forhøjede virksomheds- og personbøder				
	Nuværende niveau		Nyt niveau	
	Virksomhed <sup>1</sup>	Person <sup>2</sup>	Virksomhed	Person
Mindre alvorlige	< 400 t.kr.		< 4 mio. kr.	> 50 t.kr.
Alvorlige	400 t.kr. til 15. mio. kr.	25 t.kr.	4 mio. kr. til 20 mio. kr.	> 100 t.kr.
Meget alvorlige	> 15 mio. kr.		>20 mio. kr.	> 200 t.kr.

Anm.: 1: Bødeniveauet er fastlagt på baggrund af bemærkninger til ændringen af konkurrenceloven i 2002.

2: For så vidt angår bødeniveauet for fysiske personer, findes der ikke på nuværende tidspunkt tilsvarende retningslinjer herfor. Retspraksis syntes dog at have lagt sig fast på et bødeniveau på 25.000 kr. for sager om alvorlig overtrædelse af konkurrenceloven, jf. Konkurrenceudvalgets rapport s. 138.

<sup>1</sup> Konkurrenceudvalget skulle ifølge kommissoriet vurdere, om ”indførelse af fængselsstraf vil kunne bidrage til en styrket håndhævelse af konkurrencelovgivningen i kartelsager”, og om ”en forhøjelse af bødeniveauet til virksomheder og fysiske personer, i forhold til hvad der gælder i dag, vil kunne give en stærkere tilskyndelse til at efterleve loven”.

<sup>2</sup> [http://www.ft.dk/samling/20121/lovforslag/L41/som\\_fremsat.htm#dok](http://www.ft.dk/samling/20121/lovforslag/L41/som_fremsat.htm#dok)

Derudover lægger lovforslaget op til at indføre fængselsstraf for overtrædelse af kartelforbuddet på op til 1 år og 6 måneder med mulighed for, at straffen kan stige til seks års fængsel, hvis der foreligger særligt skærpende omstændigheder.<sup>3</sup> Fængselsstraf vil som udgangspunkt kun blive anvendt over for en virksomheds ledelse eller overordnede ansatte. Det er dog ikke udelukket, at også underordnede ansatte kan blive tiltalt efter bestemmelsen.<sup>4</sup>

Endelig er det - hvilket dog ikke har været genstand for Konkurrenceudvalgets behandling - foreslået, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal have længere sagsbehandlingstid ved behandling af oplysninger, som er fremkommet ved dataspejling, jf. nærmere nedenfor i afsnit 9, ligesom lovforslaget lægger op til at udvide Konkurrencemyndighedernes beføjelser i forbindelse med afgivelse af påbud.

Det fremsatte lovforslag skal have virkning pr. 1. marts 2013.

## 2. Hovedpunkter i konkurrencelovgivningen

Konkurrenceloven indeholder i § 6 et **forbud mod indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler**.<sup>5</sup> Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler gælder uanset, om parterne reelt har haft for øje at begrænse konkurrencen, eller om dette blot er en utilsigtet virkning af den indgåede aftale. Overtrædelse af forbuddet - hvad enten det har været tilsigtet eller ej - sanktioneres i dag med bøde, jf. nærmere nedenfor.

Loven indeholder visse **undtagelser til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler**. Bl.a. gælder der en **bagatelregel**, hvorefter konkurrencebegrænsende aftaler mellem mindre virksomheder ikke er ulovlige, jf. konkurrencelovens § 7.<sup>6</sup>

Derudover kan der efter konkurrencelovens § 8 opnås **individuel fritagelse fra forbuddet**, hvis den konkurrencebegrænsende aftale reelt fremmer effektiviteten, kommer forbrugerne til gode, ikke udelukker konkurrencen for en væsentlig del af markedet, og ikke pålægger parterne unødvendige konkurrencebegrænsninger i øvrigt.<sup>7</sup> Om betingelserne for fritagelse er opfyldt beror sædvanligvis på komplicerede og omfattende analyser, herunder økonomiske analyser. Blandt andet skal det relevante marked afgrænses i konkurrenceretlig henseende, og virksomhedernes markedsandele vurderes.

Endelig er der en række **gruppefritagelser**, dvs. automatiske fritagelser fra forbuddet, som omfatter vertikale aftaler, motorkøretøjer, specialisering, forskning og udvikling samt forsikring og teknologioverførselsaftaler.<sup>8</sup> Fritagelsen for specialisering fritager under visse omstændigheder prisaftaler

<sup>3</sup> Strafferammen i forslagets § 23, stk. 3 er 1 år og 6 måneder, men indeholder hjemmel til, at straffen kan stige til 6 år, efter straffelovens § 299 c, hvis der foreligger særligt skærpende omstændigheder.

<sup>4</sup> SØK har i den forbindelse udtalt, at det som udgangspunkt vil "være ledelsen og andre overordnede ansatte, som SØK mener bør ifalde fængselsstraf, og det vil være undtagelsen, at der nedlægges påstand om fængselsstraf overfor en underordnet ansat. Det kan dog ikke udelukkes, hvis der er tale om en meget grov og forsætlig overtrædelse, at en underordnet ansat vil påstås idømt fængsel": <http://www.plesner.com/cms/site.aspx?p=1698&CardId=386>

<sup>5</sup> Som eksempler på sådanne konkurrencebegrænsende aftaler, er aftaler, der fastsætter købs- eller salgspriser, aftaler der begrænser eller kontrollerer produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer eller hvis to eller flere virksomheder samordner deres konkurrencemæssige adfærd ved oprettelsen af et joint venture. Dette er blot enkelte af de i loven nævnte eksempler.

<sup>6</sup> Bagatelreglen indeholder to grænser. For det første gælder der ikke noget forbud mod en konkurrencebegrænsende aftale, hvis de involverede virksomheder har en samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 %. Begge betingelser skal være opfyldt, før undtagelsen finder anvendelse. Derudover gælder der ikke et forbud, hvis de involverede virksomheder har en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr. Der er ikke krav til markedsandel her. Forbuddet vil dog alligevel finde anvendelse, hvis virksomhederne eller en sammenslutning af virksomheder bevidst aftaler, samordner eller vedtager priser eller avancer for salg eller videresalg. Undtagelsen finder heller ikke anvendelse, hvis virksomheder indgår aftaler i forbindelse med budgivning.

<sup>7</sup> <http://www.forumadvokater.dk/content/konkurrenceret>

<sup>8</sup> Se mere om gruppefritagelserne på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside: <http://www.kfst.dk/konkurrenceomraadet/regler/gruppefritagelser/>

mellem konkurrenter samt produktionsbegrænsningsaftaler (karteller). For at kunne vurdere, om betingelserne for fritagelse er opfyldt i medfør af gruppefritagelse kræver det, at det relevante marked afgrænses i konkurrenceretlig henseende, så parternes markedsandele kan vurderes. Sædvanligvis er en betingelse for gruppefritagelse nemlig, at parternes markedsandele ikke overstiger bestemte tærskelværdier. Afgrænsning af det relevante marked og beregning af markedsandele fordrer som nævnt omkostningstunge og komplicerede økonomiske analyser.

Sammenfattende kan det altså konstateres, at **ikke alle konkurrencebegrænsende aftaler er ulovlige**, og at - som gennemgangen af praksis nedenfor vil belyse - det er svært for både virksomheder og myndigheder at afklare, hvorvidt en konkurrencebegrænsende aftale nu også udgør et egentligt kartel. For selvom man kan genkende et "hardcore" kartel, når man ser det, så kompliceres billedet af, at mange aftaler befinder sig i en gråzone. Eksempelvis fordi de ikke er indgået med fortsæt til at etablere en konkurrencebegrænsende aftale og endnu mindre med fortsæt til et egentligt kartel, jf. nedenfor fra praksis, hvor der kan være en hårfin balance mellem, om noget er en "fornuftig aftale" eller et kartel i konkurrencelovens forstand. Men derudover kan konkurrencelovens gruppefritagelsesbestemmelser - eksempelvis specialiseringsgruppefritagelsen - undtage aftaletyper, som ellers normalt vil falde ind under kartelbegrebet. Objektivt set kan en aftale altså godt være konkurrencebegrænsende og sågar være et kartel, men det gør den ikke nødvendigvis ulovlig.

Mens visse karteller kan undtages i medfør af gruppefritagelsesbestemmelserne, gælder samme mulighed dog ikke i medfør af bagatelreglen, jf. sagen om "Miljølaboratoriet", som er gennemgået nedenfor i afsnit 5. Her var der tale om to meget små virksomheder, som havde indgået en efter konkurrencelovgivningen egentlig kartelaftale.

### 3. Konkurrenceudvalgets argumenter for og imod fængselsstraf

Ifølge Konkurrenceudvalgets redegørelse har der siden bød størrelsernes indførelse i 2002 endnu ikke været én sag mod en virksomhed, som af domstolene er blevet kategoriseret som "meget alvorlig".<sup>9</sup> De nuværende sanktionsbestemmelser er altså på ingen måde "udtømt", endsige under pres. Alligevel nåede Konkurrenceudvalgets flertal frem til en anbefaling om at indføre fængselsstraf for indgåelse af kartelvirksomhed, *forudsat at gerningsindholdet er præcist beskrevet*:

*"Flertallet bestående af 12 medlemmer [...] mener ikke, at der vil være retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved at indføre fængselsstraf i kartelsager. Dette flertal forudsætter derved, at gerningsindholdet i en straffebestemmelse beskrives med samme præcision som beskrivelsen af gerningsindholdet for andre typer af alvorlige lovovertrædelser".*<sup>11</sup>

Heroverfor står mindretallet bestående af 5 medlemmer,<sup>12</sup> som alle fraråder at skærpe sanktionsmulighederne i kartelsager, og i stedet øge informations- og rådgivningsindsatsen over for virksomhederne, mens ét medlem, **Karen Dyekjær** - udpeget af Advokatrådet og Danske Advokater - mener, at det i det væsentligste er et politisk spørgsmål, om der bør indføres fængselsstraf for kartelovertrædelser. Hun hæfter sig dog ligesom mindretallet ved at:

- der ikke er dokumentation for, at fængselsstraf vil have en præventiv effekt.
- der ikke er dokumentation for, at de eksisterende efterforskningsmuligheder er utilstrækkelige,

<sup>9</sup> Konkurrenceudvalgets redegørelse side 28 og 29.

<sup>10</sup> Michael Kistrup, formand for udvalget, Lisbet Dyerberg udpeget af Erhvervs- og Vækstministeriet, Agnete Gersing udpeget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Lennart Houmann udpeget af Justitsministeriet, Eva Rønne udpeget af Rigsadvokaten, Hans Jakob Folker udpeget af Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, Michael Elmer, udpeget af Den danske Dommerforening, Anita Vium udpeget af Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, Martin Salomon udpeget af Forbrugerrådet og de tre sagkyndige Claus Haagen Jensen, Peter Møllgaard samt Sysette Vinding Kruse.

<sup>11</sup> Konkurrenceudvalgets rapport fra marts 2012 s. 216.

<sup>12</sup> Sven Petersen udpeget af Dansk Erhverv, Henrik Schultz udpeget af DI, Susanne Dolberg udpeget af Finansrådet (som også repræsenterer Forsikring & Pension, Realkreditforeningen og Realkreditrådet), Peter Andersen udpeget af Håndværkerrådet (som også repræsenterer Dansk Byggeri og Tekniq) og Charlotte Bigum Lynæs udpeget af Landbrug & Fødevarer.

- det forhold, at fængselsstraf vil medføre yderligere efterforskningskridt, anses ikke at kunne begrunde fængselsstraf.
- der er retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved at indføre fængselsstraf for en overtrædelse, der mangler den tilstrækkelige præcisering af gerningsindholdet.

Selvom de kriminologiske undersøgelser som Justitsministeriet foretog til brug for Konkurrenceudvalget, ikke kunne dokumentere, at fængselsstraf vil have en præventiv effekt, mente flertallet altså, at det hverken var logisk eller konsekvent, at der ikke er fængselsstraf ved overtrædelser af konkurrencelovgivningen, når dette er tilfældet indenfor andre former for økonomisk kriminalitet.<sup>13</sup>

Hverken den manglende dokumentation for fængselsstraffens præventive effekt, eller flertallets forudsætning og mindretallets bekymring om ” præcision af gerningsindholdet”, kan spores nogen steder i lovforslaget. Kun dem, som har læst Konkurrenceudvalgets redegørelse, er dermed bekendt med dette.

#### 4. Øgede efterforskningsmuligheder

Udvidelse af strafframmen giver politiet en række nye og yderligere efterforskningsmuligheder. Eksempelvis vil politiet med en strafframme på 1 år og 6 måneder få adgang til at foretage ransagning. Ikke kun hos virksomheden og de hovedmistænkte i sagen. Men også hos ikke-mistænkte personer, som vurderes at ligge inde med relevante oplysninger. Derudover vil politiet få mulighed for at beslaglægge den mistænkte formue og offentliggøre billeder af denne.

Lovforslagets indførelse af seks års fængselsstraf åbner derudover op for indgreb i meddelelshemmeligheden, herunder mulighed for aflytning af privatpersoner, personlig overvågning og aflæsning af personlige data på elektroniske medier, jf. retsplejelovens §§ 781, 791a og 791b:

---

<sup>13</sup> For en gennemgang af, hvilke former for økonomisk kriminalitet, som giver fængselsstraf, se Konkurrenceudvalgets rapport s. 145.

Tabel 10.4: Strafferammens betydning for politiets efterforskningsbeføjelser		
Efterforskningsmulighed	Fængsel 1 år og 6 mdr.	Fængsel 6 år
Varetægtsfængsling, rpl § 762, stk. 1	X	X
Ransagning hos ikke-mistænkte, rpl § 795, stk. 1	X	X
Indgreb i meddelelses-hemmeligheden (fx telefonaflytning, indhentning af teleoplysning og brevåbning), rpl § 781, stk. 1, nr. 3		X
Rumaflytning, når mistanken vedrører en forbrydelse, som har medført eller som kan medføre fare for menneskers liv eller velfærd eller for betydelige samfundsværdier, rpl. § 781, stk. 5		X
Observation, rpl § 791 a (det bemærkes, at observation af personer, der befinder sig i en bolig eller andre husrum vha. fjernbetjent eller automatisk virkende tv-kamera mv. forudsætter at lovovertrædelsen kan straffes med fængsel i 6 år eller derover)	X	X
Dataaflysning (fx "snifferprogrammer"), rpl § 791 b		X
Legemsundersøgelse af en sigtet, rpl §§ 792 a, stk. 2, nr. 1 og 792 b, stk. 1	X	X
Legemsbesigtigelse, der ikke kræver afklædning, af ikke-sigtede, rpl § 792 d, stk. 2	X	X
Beslaglæggelse af en mistænks hele formue eller del af denne, rpl § 802, stk. 3	X	X
Forevisning af fotografier af forurettede og andre vidner, der ikke har samtykket, rpl § 814, stk. 1, nr. 1	X	X
Forevisning af en sigtet i en konfrontationsparade for personer uden for politiet, rpl § 817, stk. 2	X	X
Offentliggørelse af et fotografi af en formodet gerningsmand, rpl § 818, stk. 2	X	X
Offentlig efterlysning gennem presse, radio, fjernsyn eller lign., rpl § 819, stk. 1	X	X
Forstyrrelse eller afbrydelse af radio- eller telekommunikation i et område, rpl § 791 c, stk. 1		X
Processuelle konsekvenser	Fængsel 1 år og 6 mdr.	Fængsel 6 år
Obl. medvirken af domsmænd eller nævninge i sager med spørgsmål om højere straf end bøde, rpl § 686, stk. 2, og stk. 4	X	X
Ret til beskikket forsvarer, rpl § 731, stk. 1, litra d-e	X	X
Fri ankeadgang for anklage-myndigheden, rpl § 902, stk. 1	X	X
Mulighed for at straffe forsøg, strfl § 21, stk. 3	X	X

Da en række af ovennævnte efterforskningskridt i sig selv er vidtrækkende i forhold til det enkelte individ - som måske oven i købet senere viser sig at være uskyldig - er det fra et retssikkerhedsmæssigt perspektiv relevant, at disse efterforskningskridt kun tildeles, hvor det er strengt nødvendigt og ikke kun belejligt.

Det ses imidlertid ikke at være tilfældet i forhold til kartelsager, hvor der for det første ikke er noget, der tyder på, at der gemmer sig en masse uopdagede karteller - som ikke ville kunne opdages ved hjælp af de foreliggende efterforskningsredskaber.<sup>14</sup> Og hvor man for det andet må tage i betragtning, at nogle af de sager, som fremover vil kunne give fængselsstraf, måske nok er karteller i konkurrencelovgivningens forstand, men langt fra altid har den karakter af hårdkogt økonomisk kriminalitet, som eksempelvis kendetegner bedrageri, momskaruseller og skatteunddragelse, jf. nedenfor, hvor der er foretaget en gennemgang af udvalgte "kartelafgørelser".

### 5. Det konkurrenceretlige kartel-begreb - en gennemgang af praksis

Det fremgår af lovforslaget, at fængselsstraf alene skal anvendes, hvis der er tale om en overtrædelse, der kan defineres som et hardcore kartel, og hvis overtrædelsen af kartelforbuddet er "forsætlig og af grov beskaffenhed". For aftaler, der ikke lever op til disse kriterier, skal der idømmes bøde, men bøden skal som nævnt forhøjes ganske væsentlig.

For at imødegå bekymringen fra Konkurrenceudvalgets mindretal og forudsætningen fra Konkurrenceudvalgets flertal vedrørende det upræcise gerningsindhold, har man i lovforslaget afgrænset de egentlige hardcore kartelaftaler til:

*"en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse mellem virksomheder i samme omsætningsled om*

- 1) Priser, avancer eller lignende for salget eller videresalget af varer eller tjenesteydelser*
- 2) Begrænsninger af produktion eller salg*
- 3) Opdeling af markeder eller kunder eller*
- 4) Koordinering af bud".*

Men selvom man har forsøgt at præcisere, hvad der kan udgøre en "kartelaftale", så viser en sammenligning af lovforslagets bemærkninger og en gennemgang af praksis, at det fortsat er uklart, hvornår og hvad der kendetegner et kartel, og hvad der i givet fald er et groft og forsætligt kartel. Ja selv spørgsmålet om, hvem der er strafssubjekt, er uklart.

#### 5.1. Lokalbanksagen

Det illustreres eksempelvis i Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007 (**Lokalbanksagen**)<sup>15</sup>, hvor Konkurrencerådet vurderede, at et samarbejde mellem 7 lokalbanker på Sydsjælland var et såkaldt "hardcore" kartel, og dermed en sådan aftale, som efter de nu foreslåede regler, vil kunne give fængselsstraf.

Konkurrenceankenævnet gav Konkurrencerådet ret i, at der forelå en konkurrencebegrænsende aftale, hvorimod nævnet ikke kunne tiltræde Konkurrencerådets karakteristik af samarbejdet og overtrædelsens alvor. Eksempelvis understregede Konkurrenceankenævnet, at aftalen:

- ikke var "*i nærheden af et klassisk kartel eller en egentlig markedsdeling*", og at der
- ikke var "*belæg for at antage, at samarbejdet mellem Lokalbankerne har haft konkurrencebegrænsende virkninger*".<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Se eksempelvis Karen Dyekjærs argument under 2. pkt. ovenfor i afsnit 4.

<sup>15</sup> <http://www.kfst.dk/konkurrenceomraadet/kendelser-og-domme/kendelser-fra-konkurrenceankenævnet/alle-kendelser-siden-1996/moens-bank-lokalbanken-i-nordsjaelland-skaelskoer-bank-lollands-bank-vordingborg-bank-totalbanken-og-diba-dank-mod-konkurrencestyrelsen/>

<sup>16</sup> Konkurrenceankenævnet udtalte eksempelvis, at:

- Samarbejdet ikke havde betydning for konkurrencen på en måde, som kunne karakterisere det som et kartel i klassisk forstand.
- Der var ikke grundlag for at antage, at samarbejdet mellem Lokalbankerne har haft konkurrencebegrænsende virkninger.
- Der var ikke grundlag for at antage, at samarbejdet har medført højere priser.
- Der var ikke grundlag for at antage, at Lokalbankerne havde fulgt samme prispolitik.

Med andre ord: Det er uklart - selv for myndighederne - hvornår der er tale om en grov overtrædelse.

### 5.2. Dyrlægesagen

I det hele taget viser retspraksis, at der er stor usikkerhed omkring gerningsindholdet, selv i de grupper af aftaler der definitorisk er karteller. En række af de sager, som i praksis er vurderet som alvorlige<sup>17</sup>, står altså med det nye lovforslag til en skærpet bødestraf på mindst 4 mio. kr. eller sågar fængselsstraf, selvom det ikke altid er tydeligt for hverken virksomheder eller myndigheder, at man har begået en lovovertrædelse. Det hænger bl.a. sammen med, at der kun er tale om en kartelaftale, når den er indgået mellem virksomheder, der er "konkurrenter" og ikke blot samarbejdspartnere. Derudover kræver et "kartel", at aftaleformen begrænser konkurrencen mærkbart.

Et eksempel på den usikkerhed, som er forbundet med at definere et kartel, er "dyrlægesagen"<sup>18</sup> fra 2010, hvor en gruppe dyrlæger var gået sammen om at etablere en vagtordning om natten. I den forbindelse havde de indgået en indbyrdes aftale om prisfastsættelsen således, at klienterne ikke skulle risikere at betale forskellige priser ugen igennem, alt afhængig af hvilken dyrlæge der nu havde vagten. Motivet for dette "kartel" var altså ikke økonomisk vinding, men derimod at finde en praktisk måde at opfylde de lovgivningsmæssige krav, der stilles til dyrlæger, uden at samtlige dyrlæger skulle være til rådighed i døgn drift.

Selvom der altså ikke var tale om en aftale, som havde til formål at begrænse konkurrencen eller for den sags skyld, var indgået med økonomisk vinding for øje, anså myndighederne prisaftalen for ulovlig, hvilket resulterede i en bøde for de involverede dyrlæger. Først ved landsretten - 3 år efter deres første møde med konkurrencemyndighederne - blev dyrlægerne frikendt, hvormed sagen med al tydelig viser, at det ikke står soleklart - end ikke for konkurrencemyndighederne - hvornår der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale. Retssikkerhedsmæssigt er det bekymrende, at det er på et så usikkert og upræcist grundlag, at personer fremover skal risikere at være genstand for en måske årelang sagsproces, med risikoen for frihedsstraf hængende over hovedet.

Det retssikkerhedsmæssigt problematiske underbygges i øvrigt af, at det ikke er mulighed for de pågældende personer at få omkostningsgodtgørelse til konkurrenceretlig advokatbistand. De pågældende dyrlæger måtte selv betale for deres (privat hyrede) forsvarer og for det notat, de havde fået udarbejdet af Københavns Universitet, selvom de altså efterfølgende fik rettens ord for, at de intet ulovligt havde foretaget sig. Et retssikkerhedsmæssigt spørgsmål er derfor også, hvordan de pågældende havde stået, hvis ikke de havde haft ressourcerne til at få sig rensat ved landsretten? Dertil kommer - som det også belyses nedenfor - at man heller ikke kan få bindende forhåndsbesked, og at der ikke gives reel erstatning for uberettiget efterforskning.

### 5.3. Krosagen

Også "Kro-sagen"<sup>19</sup> fra 2005 er et eksempel på en sag, hvor man fremover kan risikere fængselsstraf, selvom det ikke er soleklart, at man har indgået i en konkurrencebegrænsende aftale.

I den konkrete sag havde en række danske kroer og hoteller således indgået et samarbejde om en såkaldt "kro-check", hvormed køberne af en sådan kro-check mod betaling af 689 kr. kunne vælge et ophold - efter eget valg - på en af de kroer eller hoteller, som indgik i samarbejdet. Da prisen allerede var så lav - og altså generelt konkurrencedygtig i forhold til kroer og hoteller, som ikke var omfattet af samarbejdet - så måtte de pågældende kroer og hoteller ikke skilte med en endnu lavere pris, da dette ville underminere samarbejdet. Denne bestemmelse fremgik af foreningens vedtægter og var således ikke forsøgt hemmeligholdt. Vedtægterne var udarbejdet og kontrolleret af jurister og advokater, men alligevel vurderede Konkurrencerådet, at vedtægtsbestemmelsen skulle "*ligestilles med en egentlig*

<sup>17</sup> Se Konkurrenceudvalgets redegørelse side 140

<sup>18</sup> Vester Landsrets dom af 19. maj 2010, jf. <http://www.kfst.dk/konkurrenceomraadet/kendelser-og-domme/straffedomme-og-boevedtagelser/dom-fra-vestre-landsret-vedr-dyrlaeger/>

<sup>19</sup> <http://www.kfst.dk/konkurrenceomraadet/afgoerelser/tidligere-aars-afgoerelser/afgoerelser-2005/konkurrenceraadets-moede-21-december-2005/2005-12-21-danske-kroer-og-hoteller/>

*prisvedtagelse*". Foreningen "Danske kroer og hoteller" blev derfor idømt en bøde på 400.000 kr., ligesom henholdsvis direktøren og bestyrelsesformanden blev idømt en bøde på 10.000 kr. hver.

Det samarbejde som dybest set var fornuftigt, og som gav forbrugerne mulighed for en billig og fleksibel overnatningsmulighed forskellige steder i landet, blev med andre ord undermineret af konkurrenceretsreglerne. Og selvom formålet på ingen måde var konkurrencebegrænsning - men derimod at øge de små kroer og hotellers konkurrenceevne i forhold til større hotelkæder - ville den efter de nu foreslåede regler have affødt en bødestraf på 4 mio. kr. og latent frihedsberøvelse af de involverede direktører. Det er meget sandsynligt, at virksomhederne med sådanne straffe i sigte, vil være tilbageholdende med at indgå selv fornuftige forretningssamarbejder.

Sagen illustrerer én gråzone. Nemlig spørgsmålet om, hvor langt man må gå i selv fornuftige samarbejder mellem konkurrerende virksomheder. Betyder "Kro-sagen" eksempelvis, at det også kan være ulovligt at etablere en taxaring eller et "sig det med blomster-samarbejde", hvor man bestiller og betaler for sin taxa eller blomsterbuket på en fælles hjemmeside? Svaret er uvist, fordi det må bero på en konkret vurdering, bl.a. af om leverandørerne er konkurrenter, herunder om der er tale om en markedsdeling, hvilket kan være en yderst kompliceret og ressourcekrævende analyse, jf. Lokalbanksagen. Alligevel er det på det juridiske grundlag, regeringen nu vil skærpe straffen med markant højere bødestraf og fængselsstraf.

#### 5.4. Kartoffelavlernesagen

Derudover kan nævnes "kartoffelavlernesagen" fra 2011.<sup>20</sup> Dansk Kartoffelproducentforening opfordrede deres medlemmer til at grave nogle færre kartofler op af jorden for dermed at bibeholde/forhøje priserne på kartofler. Denne koordinerede produktionsnedgang blev af konkurrencemyndighederne anset som et alvorligt kartel. Men selvom det altså kan være nemt for sagkyndige at genkende et kartel, når man ser det, så er det samtidig værd at bemærke, at både brancheorganisationen og kartoffelavlernes selv var uvidende om, at de agerede i strid med konkurrencelovens regler. De havde med andre ord ikke "fortsæt" til at begå en "kartelaftale". Ikke desto mindre ville den pågældende brancheorganisation være blevet sanktioneret med en bøde på minimum 4 mio. kr., hvis de nu foreslåede regler allerede havde fundet anvendelse på afgørelsestidspunktet. Ligesom det må antages, at den pågældende direktør, ville have risikeret fængselsstraf under de nye regler.

Kartoffelavlernesagen illustrerer en anden væsentlig gråzone. Nemlig spørgsmålet om, hvor langt brancheorganisationer må gå i deres rådgivning af deres medlemmer? Vil der eksempelvis være tale om en koordineret samarbejdsaftale - og dermed et latent kartel - hvis brancheorganisationen på det årlige repræsentantskabsmøde anbefaler sine medlemmer at indgå nogle lokale "vask-kartoffel-samarbejder" for dermed at beskytte og måske optimere deres indtjening?

Risikoen er dels, at brancheorganisationer - med skærpede sanktionsbestemmelser, herunder personlige strafbestemmelser hængende over hovedet - bliver berøringsangste i forhold til, hvad de kan sige til deres medlemsvirksomheder. Og dels at små og mellemstore virksomheder, som i sagens natur gerne vil beskytte og optimere deres indtjening, bliver bange for at inkludere sig på selv fornuftige samarbejder, hvormed de i stedet vil søge mod egentlige fusioner. Hvis målet med regeringens forslag er at give forbrugerne lavere priser, må det derfor konstateres, det er yderst tvivlsomt om L 41 på nogen som helst måde vil bidrage til dette.

#### 5.5. Miljølaboratoriet

Endelig skal "Miljølaboratoriet"<sup>21</sup> fra 2012 nævnes, da dette er et eksempel på en sag, som myndighederne formentlig vil anse som et "groft kartel", og som dermed efter de nye regler skal give fængselsstraf. Sagen vedrørte to virksomheder som - i forbindelse med et miniudbud - havde aftalt, at den ene virksomhed skulle byde på det ene udbud, mens den anden skulle byde på det andet udbud. Ganske enkelt fordi ingen af virksomhederne - som var små enkeltmandsejede virksomheder og størrelsesmæssigt var omfattet af bagatelgrænsen i konkurrencelovens § 7, stk. 1 - kunne løfte begge udbud.

<sup>20</sup> Dom nr. 1-4944/2010 fra Retten i Kolding - [www.kfst.dk/index.php?id=30315](http://www.kfst.dk/index.php?id=30315)

<sup>21</sup> Øster landsrets dom af. 4. april 2012 - [www.kfst.dk/index.php?id=30948](http://www.kfst.dk/index.php?id=30948)



Da bagatelreglen i Konkurrencelovens § 7 ikke omfatter karteller, jf. ovenfor samt § 7, stk. 2, er **Miljølaboratoriet** et ”klassisk” eksempel på et ulovligt tilbudskartel. I overensstemmelse hermed blev hvert af selskaberne sanktioneret med en bøde på 500.000 kroner - svarende til ca. 1 pct. af virksomhedernes daværende omsætning - ligesom de to direktører hver fik en bøde på 25.000 kr.

Selvom domstolen ved strafudmålingen henså til ”*virksomhedernes beskedne markedsandele og deres meget beskedne fortjeneste af kontrakterne*”, er det værd at bemærke, at en bøde på 1 pct. af omsætningen er højdespringer for kartelsager<sup>22</sup> og svarer til, hvad der gives i EU for store karteller. Endelig er det værd at bemærke, at efter de foreslåede regler, vil selvsamme sag som minimum give en bøde på 4 mio. kr. til hvert af selskaberne, og evt. en fængselsstraf til de to direktører. Umiddelbart en streng sanktion, selv for ”et rigtigt kartel”.

## 6. Retssikkerhedsmæssige problemstillinger

Ovennævnte eksempler illustrerer, hvor svært gennemskuelig konkurrencelovgivningen og ”karteldefinitionen” kan være. Både for erhvervslivet og for myndighederne.

Den retsusikkerhed, som altså allerede i dag eksisterer omkring gerningsindholdet, og som accepteres under det eksisterende regelsæt - hvor det normalt er virksomheden, som retsusikkerheden er knyttet op på, og hvor det som udgangspunkt også er denne, der indkasserer en eventuel bøde - rejser et stort retssikkerhedsmæssigt problem, når man nu skærper straffen med højere bødeniveauer og indførelse af fængselsstraf. Nu er der ganske enkelt ikke længere tale om virksomheder, som risikerer en bøde. Nej, der er tale om personer, som risikerer frihedsberøvelse, hvilket stiller nogle helt anderledes retssikkerhedsmæssige krav.

Navnlig vækker det retssikkerhedsmæssig bekymring, at selv fornuftige samarbejder - som fx dyrlægesagen - skal helt til landsretten for at blive frikendt, uden at få fuld dækning for sin sagkyndige bistand i sagen. Hvordan stiller det andre virksomheder, som ønsker at indgå fornuftige samarbejder, hvis risikoen ved samarbejdet er, at få myndighederne på nakken, med risiko for fængselsstraf til følge.<sup>23</sup>

En anden retssikkerhedsmæssig anke er, at de danske domstole rent faktisk er i stand til at give en særdeles streng straf. Sagen om Miljølaboratoriet er et eksempel på en sag, hvor domstolene giver en - efter omstændighederne - så streng straf, at den må antages at have en præventiv virkning på andre i lignende situationer. I lyset af, at den nuværende straf ramme på ingen måde er udtømt, forekommer det derfor ikke kun usagligt, men også unødvendigt og uproportionalt at indføre fængselsstraf.

Endelig viser sagerne, at det ikke altid er klart (heller ikke for myndighederne selv), hvornår virksomheder er ”konkurrenter” i konkurrencelovens forstand, jf. eksempelvis ”dyrlægesagen”, hvor det heller ikke var åbenbart, at samarbejdet ikke var fritaget i medfør af gruppefritagelsen for specialisering. Med lovforslaget risikerer man altså at sætte personer i fængsel, som befinder sig i en uegentlig retsvildfarelse. Også selvom realiteterne er - hvilket lovforslaget tilsyneladende overser - at det ofte beror på særdeles komplicerede økonomiske markedsafgrænsningsanalyser at vurdere, hvorvidt to virksomheder er konkurrenter, jf. som eksempel ”lokalbanksagen” og ”dyrlægesagen”. Det er altså ikke sort og hvidt.

## 7. Risiko for tilbageholdenhed i forhold til fornuftige samarbejder

Grundlæggende synes lovgiver at overse - hvad bl.a. ”dyrlægesagen” bevidner - at der eksisterer en række fornuftige samarbejder blandt virksomheder, som ikke nødvendigvis er i strid med konkurrencelovens regler. Enten fordi der - efter en markedsanalyse - ikke er tale om konkurrerende virksomheder, eller fordi virksomhederne er omfattet af en af undtagelsesbestemmelserne. Et grundlæggende spørgsmål er derfor, hvordan vil regeringen sikre, at disse fornuftige samarbejder også i fremtiden bliver indgået? Fra et rådgivningsperspektiv er det i hvert fald indlysende, at man i mange tilfælde vil anbefale dem at fusionere, for ikke - som ”krosagen” er et eksempel på - uforvarende risikere både mangeårig retssager, kæmpebøde og måske endda fængselsstraf.

<sup>22</sup> Se Konkurrenceudvalgets opgørelse på side 140.

<sup>23</sup> Det kan eksempelvis vise sig at blive tilfældet i konsortier, kædesamarbejder, produktionssamarbejder mv.

Hertil skal tages i betragtning, at vicesstatsadvokat Hans Jakob Folker, Statsadvokaten for Økonomisk Kriminalitet (SØK) har bekræftet, at der ikke foreligger nogen præcisering af, hvornår en kartelaftale er forsættigt og af grov beskaffenhed. For som han siger:

*”disse skønsmæssige elementer vil skulle udfyldes, ved at konkrete sager forelægges for domstolene. Vi og domstolene er dog vant til at arbejde med straffesager, hvor der straffeloven er en overbygning for de overtrædelser, hvor der foreligger skærpende omstændigheder”.*<sup>24</sup>

Samme melding er erhvervs- og vækstministeren kommet med i sine ministersvar til lovforslaget, hvor hun bl.a. udtaler:

*”Det er vigtigt at understrege, at straffen kun kan stige til fængsel, hvis nærmere angivne betingelser er opfyldt. For det første skal den pågældende have forsæt til at overtræde forbuddet mod indgåelse af kartelaftaler. For det andet skal overtrædelsen være af grov beskaffenhed, hvilket navnlig kan være tilfældet på grund af overtrædelsens omfang eller de skadevirkninger, den er egnet til at medføre.*

*På linje med andre former for kriminalitet vil det være op til domstolene at vurdere, hvorvidt det er bevist udover enhver rimelig tvivl, at der er begået en strafbar overtrædelse. Det er ligeledes domstolene, der i den konkrete sag afgør, hvilken straf der skal pålægges for overtrædelsen”.*<sup>25</sup>

SØK og domstolenes generelle ekspertise skal og må naturligvis anerkendes, hvilket dog ikke ændrer på, at der eksisterer et retssikkerhedsmæssigt problem, hvis virksomheder ikke har mulighed for at kende gerningsindholdet af en bestemmelse, før de risikerer at ende i retten. Og selvom erhvervs- og vækstministeren har ”beroliget” med, at der ikke er tale om nye forbud, men derimod ”blot” en skærpelse af sanktionerne for de allerede eksisterende forbud, så ændrer det ikke på, at der retssikkerhedsmæssigt sker et kvantespring fra det øjeblik, man flytter et generelt virksomhedsansvar over til også at blive et personligt ansvar.

Det stiller helt andre og skærpede retssikkerhedsmæssige krav at muliggøre en frihedsberøvelse af personer, hvorfor lovgiver - inden de vedtager de foreslåede sanktionsskærper - bør spørge sig selv, om de er klar over, hvad det præcist er, som de er ved at sende personer i fængsel for? Er det de personer, som var involveret i kartoffelavlensagen, miljølaboratoriesagen eller lokalbanksagen, som de fremover vil sende i fængsel. Og hvis ikke, hvem er det så?

Når gerningsindholdet er så uklart, som det trods alt stadig er, og når det er så uklart, hvem præcist de skærpede sanktioner skal rettes mod, bør virksomhederne som retssikkerhedsmæssigt minimum kunne indhente et forudgående ”bindende svar” fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, så de vil kunne få en forudgående afklaring på, om de vil anses som konkurrenter i konkurrencelovens forstand.<sup>26</sup>

## 8. Andre landes sanktionsbestemmelser og karteldefinition.

Det er et grundlæggende retssikkerhedsprincip, at strafsanktioner forudsætter forudsigelige regler, der håndhæves på ensartet vis, jf. eksempelvis ”Hovedlinjer i Erhvervsstrafferetten” af professorerne Vagn Greve og Lars Bo Langsted:

*”borgernes retssikkerhed kræver, at det skal være muligt for dem at finde ud af, om en planlagt handling er strafbar, før den bliver foretaget. De må ikke kunne blive udsat for, at statsmagten pludselig gennem sin administration og sine domstole bestemmer, at en allerede udført handling skal straffes som en forbrydelse.”*<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Interview med vicesstatsadvokat Hans Jakob Folker, Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet af Advokat Gitte Holsø, Plesner -

<http://www.plesner.com/cms/site.aspx?p=1698&CardId=386>

<sup>25</sup> <http://www.ft.dk/samling/20121/lovforslag/141/spm/1/svar/924475/1186854/index.htm>

<sup>26</sup> Denne model kendes eksempelvis fra skatteområdet, hvor der også ofte er tale om komplicerede strukturer og transaktioner, men hvor man alligevel er i stand til at få et bindende svar.

<sup>27</sup> ”Hovedlinjer i Erhvervsretten” af Greve og Langsted, side 18.

Også Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) art. 7 forudsætter en klar beskrivelse af gerningsindholdet i loven, således at virksomheder og personer kan vurdere deres retstilling. Dette har i bl.a. Storbritannien ført til en juridisk diskussion af, om den britiske karteldefinition overhovedet var forenelig med EMRK art. 7.<sup>28</sup> Derfor har David Camerons regering nu fremsat et lovforslag (10. oktober 2012), hvor virksomhederne på forskellig vis kan løfte sig ud af en kartelmistanke og en latent fængselsstraf. Det kræver "blot", at de sandsynliggør, at de ikke har ønsket at indgå en kartelaftale, enten ved at offentliggøre sine aftaler, eller alternativt påvise, at man har fået sagkyndig juridisk bistand i forbindelse med indgåelse af aftalen.<sup>29</sup>

I Storbritannien har man altså erkendt og adresseret det retssikkerhedsmæssige problematiske i, at et upræcist gerningsindhold kan udløse fængselsstraf. Derfor er det også værd at bemærke, at var den nu foreslåede britiske bestemmelse indført i dansk ret, ville den have fritaget en række af de i afsnit 5 nævnte eksempler for straf. Bl.a. de involverede i Kro-afgåelsen, som jo netop havde haft advokater til at gennemgå deres aftale.

Dertil kommer, at Danmark ikke er alene om *ikke* at have fængselsstraf for karteller. Det har man heller ikke i Sverige og Finland, hvor man ellers inden for de seneste år har revideret konkurrencelovgivningen.<sup>30</sup> Heller ikke Holland, Italien, Polen, Portugal eller Spanien har fængselsstraf.<sup>31</sup> Og i nogle af de lande, hvor der er fængselsstraf, er gerningsindholdet tydeligt præciseret og afgrænset. Det gælder eksempelvis i Tyskland, hvor man kun kan idømmes fængselsstraf ved decideret tilbudskoordinering.<sup>32</sup> Her har man altså taget stilling til det egentlige gerningsindhold, således at reglerne i højere grad er i overensstemmelse med grundlæggende retsprincipper, herunder EMRK art. 7. Endelig bør det bemærkes, at i USA - hvor man har fængselsstraf - er udgangspunktet for, hvad der er strafbart, snævrere, end hvad der gælder i Danmark,<sup>33</sup> ligesom strafframmen er maks. 3 år. Også her er hensynet til grundlæggende retssikkerhedsprincipper og proportionalitet altså i højere grad tilgodeset, end hvad regeringen ønsker, skal gøre sig gældende i Danmark.

På samme vis bør man i dansk lovgivning - for at fængselsstraf overhovedet kan komme på tale - afklare det præcise gerningsindhold af kartelsager. Den manglende præcisering af gerningsindholdet rejser således ikke kun et retssikkerhedsmæssigt problem i forhold til de virksomheder og personer, som fremover risikerer fængselsstraf på et ikke-defineret grundlag. Det rejser også et demokratisk problem i forhold til Folketingets øvrige medlemmer, som altså ikke i lovforarbejderne kan læse sig til, at "præcisering af gerningsindholdet" - på forskellig vis - blev tillagt betydning af samtlige af Konkurrenceudvalgets medlemmer.

## 9. Indsamling af elektronisk data under kontrolundersøgelser - forslag til konkurrencelovens § 18, stk. 4

Efter de nuværende regler kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvis de har en retskendelse, foretage dataspejling (dvs. tage kopier af dataindholdet i virksomhedens elektroniske medier),<sup>34</sup> som de kan tage med sig "hjem" til nærmere undersøgelse. Styrelsen har herefter 25 hverdage til at undersøge materialet. Hvis der skulle være tale om meget store mængder materiale el. lign. giver loven mulighed for forlængelse af denne frist.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Research Bulletin, Issue 23, Summer 2012, Peter Whelan, Lecturer in Law: "Article 7 ECHR and the UK Cartel Offence".

<sup>29</sup> [BIS publishes amendments to Enterprise and Regulatory Reform Bill to revise cartel offence](#)

<sup>30</sup> Se Konkurrenceudvalgets redegørelse side 166

<sup>31</sup> Se Konkurrenceudvalgets redegørelse side 164

<sup>32</sup> <http://www.evm.dk/publikationer/2012/10-04-12-rapport-fra-udvalget-om-konkurrencelovgivningen>, s. 40

<sup>33</sup> "Sanktioner for konkurrencelovsovertrædelser – kongruens og proportionalitet" af Karen Dyekjær, [Festskrift til Jens Fejø, DJØF's Forlag, maj 2012.](#)

<sup>34</sup> Jf. konkurrenceloven § 18, stk. 4.

<sup>35</sup> Jf. konkurrenceloven § 18, stk. 7.

Nu anbefales det, at denne frist forlænges til 40 hverdage. Dels fordi den teknologiske udvikling har gjort, at stadig mere af de erhvervsdrivendes data foreligger elektronisk. Og dels for at give Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bedre muligheder for at gennemgå, undersøge og analysere elektroniske kopier.

Ved vurdering af hvorvidt fristen skal forlænges, skal det holdes for øje, at en spejling kan sidestilles med beslaglæggelse af dokumenter, hvilket er et yderst indgribende tiltag i de erhvervsdrivendes grundlæggende rettigheder. Derfor kræver en spejling også både en retskendelse og en begrundet mistanke, ligesom tvangsindgrebet skal være både nødvendigt og proportionalt. Dette følger implicit af principperne i EMRKs art. 8 - retten til respekt for privatliv og familieliv - som efter praksis ikke kun omfatter personer men også virksomheder.<sup>36</sup> Derudover bør det tages i betragtning, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen allerede i dag har mulighed for at få forlænget deres sagsbehandlingsfrist.

Ud fra en retssikkerhedsmæssig vinkel udgør det derfor et selvstændigt spørgsmål, om "den teknologiske udvikling" og "den interne sagsprioritering" retfærdiggør, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nu skal have en længere sagsbehandlingstid. Et modsatrettet argument kan i hvert fald være, at den teknologiske udvikling netop letter styrelsens arbejde, og at hensynet til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens interne arbejdsprocesser ikke vejer tungere end de beskyttelseshensyn, som EMRK art. 8 yder virksomhederne. Er det eksempelvis proportionalt at "begunstige" myndighederne med en længere sagsbehandlingstid, når det samtidig - og ufrivilligt - tvinger virksomheden ud i en længere tids uvidenhed om fremtidig status og konsekvenser?

Med til overvejelserne hører, at dataspejlingen netop kun kan finde sted, hvis der forinden er indhentet en retskendelse, hvilket forudsætter, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen - allerede inden de anmoder om retskendelse til dataspejling - har konkretiseret sin mistanke, herunder klarlagt hvad dataspejlingen skal bidrage med, og hvad myndigheden skal lede efter. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har således i "Van Rossem-sagen"<sup>37</sup> slået fast, at det ikke er nok, at myndigheden kan påvise, at den har fået en retskendelse til at foretage tvangsindgreb. Kendelsens udformning, herunder konkretisering og reelle domstolsprøvelse, er også relevant.<sup>38</sup>

## 10. Konklusion og anbefalinger

I notatet gennemgås en række afgørelser, som illustrerer, at det er svært at opstille en præcis definition og afgrænsning af ulovlige karteller. Det udgør i sig selv et retssikkerhedsmæssigt problem, som dog bliver markant styrket af, at strafammen nu øges, sågar med fængselsstraf.

Regeringen er altså på vej til at indføre fængselsstraf for en lovovertredelse, selvom:

- Gennemgangen af retspraksis viser, at der er en stor gråzone, hvor det langt fra er alle virksomheder og involverede personer, som bevidst har indgået i en ulovlig aftale. Det præcise gerningsindhold er ganske enkelt uklart. Ikke kun for virksomheder, men også for myndighederne.
- Justitsministeriet kriminologiske undersøgelser har vist, at der ikke foreligger dokumentation for, at en øget strafamme har en præventiv effekt.
- De nuværende sanktionsbestemmelser ikke er i nærheden af at være sprængt, endsige under pres.

<sup>36</sup> For mere information og yderligere gennemgang af retspraksis herom se Cepos-notatet: "Konkurrencestyrelsens kontrolundersøgelser krænker virksomhedernes retssikkerhed...": [http://www.cepos.dk/fileadmin/user\\_upload/Arkiv/PDF/Konkurrencestyrelsens\\_kontrolundersogelser\\_kraenker\\_virksomhedernes\\_retssikkerhed\\_og\\_rejser\\_alvorlige\\_spoergsmaal\\_i\\_forhold\\_til\\_retssikkerhedsloven\\_og\\_den\\_europaeiske\\_menneskerettighedskonvention.pdf](http://www.cepos.dk/fileadmin/user_upload/Arkiv/PDF/Konkurrencestyrelsens_kontrolundersogelser_kraenker_virksomhedernes_retssikkerhed_og_rejser_alvorlige_spoergsmaal_i_forhold_til_retssikkerhedsloven_og_den_europaeiske_menneskerettighedskonvention.pdf)

<sup>37</sup> I Van Rossem-sagen (Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004) para. 45) fandt EMD, at fem retskendelser, der tillod politiet at "gennemse og beslaglægge alle genstande og dokumenter der kan være behjælpelig for undersøgelsen," var for bredt formuleret. Det forhold, at der foreligger en retskendelse vil således ikke automatisk medføre, at et givet tvangsindgreb lever op til kravene i EMRK art. 8.

<sup>38</sup> Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004) para. 45. Se også Jon Fredrik Kjølbro "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere" (2005) p. 475.

Den øgede straf ramme giver myndighederne ret til en række tvangsindgreb, som i sig selv er indgribende overfor virksomhedernes og de involverede personers privatsfære. Fx giver en straf ramme på seks år, politiet adgang til aflytning og overvågning. Ikke kun af mistænkte personer og virksomheder. Men også af ikke-mistænkte.

Ud fra retssikkerhedsmæssige betragtninger anbefales det derfor, at regeringen - hvis den vil fastholde fængselsstraf som en sanktion - søger at præcisere gerningsindholdet bedre og/eller som minimum giver virksomhederne mulighed for at indhente en form for bindende svar, på samme måde som det kendes fra skatteområdet.

Derudover bør man give virksomheder og personer omkostningsgodtgørelse, dvs. fuld kompensation for deres udgifter til sagkyndig bistand, hvis de vinder deres sag ved domstolene. Det er ganske enkelt ikke fair - som "dyrlægesagen" er et eksempel på - at man uberettiget og uforskyldt skal påføres en række advokatudgifter af myndighederne, uden at få kompensation hvis det viser sig, at man hele tiden har haft retten på sin side.

I forhold til forslaget om at forlænge fristen ved indsamling af data, findes det ikke ud fra selve lovforslaget godtgjort, at dette er en egentlig nødvendighed. Dataspejling er i sig selv et voldsomt tvangsindgreb i meddelelseshemmeligheden, hvorfor hensynet til virksomhedernes og borgernes "resterende privatliv", jf. EMRK art. 8, bør vægtes højere end hensynet til interne arbejdsgange hos myndighedsinstanser. Samlet set forekommer det både unødvendigt og uproportionalt at øge sagsbehandlingsfristen yderligere ved lov, og grundlæggende synes udvidelsen af myndighedernes adgang til tvangsindgreb under konkurrencereglerne ikke retfærdiggjort, men derimod være udtryk for en retssikkerhedsmæssig glidebane.