

REVISION AF KONKURRENCELOVEN UNDERMINERER RETSSIKKERHEDEN

Regeringen har fremsat et nyt lovforslag om revision af konkurrenceloven, der medfører øgede kompetencer til at foretage tvangsindgreb for konkurrencemyndighederne, bl.a. ved at ophæve kravet om en konkret mistanke om overtrædelser som en forudsætning for igangsættelsen af fysiske inspektioner. Dermed udgør lovforslaget et markant opgør med den hidtidige retstilstand og fører til en markant svækkelse af danske virksomheders retssikkerhed.

Indledning

Økonomi- og erhvervsministeren fremsatte den 27. januar 2010 sit længe ventede forslag til justering af konkurrenceloven,¹ der bl.a. strammer retshåndhævelsen.² Et af elementerne rummer dog en væsentlig, og uproportional udvidelse af Konkurrencestyrelsens adgang til at pålægge virksomhederne oplysningspligt og fysiske inspektioner. Fremover påtænkes konkurrencelovens katalog af tvangsinstrumenter således anvendt som led i generelle brancheanalyser (sektorundersøgelser) og over for virksomheder, der på ingen måde anses for involveret i lovovertrædelser. Endvidere forudsættes der end ikke identificeret reelle konkurrenceproblemer indenfor en sektor, førend kataloget af instrumenter kan bringes til anvendelse. Udgangspunktet i det eksisterende regelsæt er ellers, at en virksomhed alene underkastes tvangsindgreb efter konkurrenceloven, såfremt det sker som led i "efterforskningen" af mulige lovovertrædelser. Der skal altså foreligge en grad af "mistanke" rettet mod den specifikke virksomhed og en forventning om, at belastende beviser og information kan fremskaffes via denne. Alene såfremt denne dobbelte betingelse er opfyldt, kan en fysisk inspektion fx iværksættes, hvortil kommer, at mistanken ikke må være så konkret, at sagen burde være overdraget til politiet. Forslaget vil væsentligt modificere dette udgangspunkt ved at ophæve "mistanke"-kravet.

Det fremlagte forslag søger reelt at ophæve koblingen mellem eksistensen af en konkret mistanke og kredsen af virksomheder, der underkastes tvangsindgreb, og vil dermed ramme definatorisk uskyldige virksomheder. Det vil endvidere ramme sektor- og markedssegmenter, hvor Konkurrencestyrelsen i øvrigt ikke har mistanke om konkurrenceovertrædelser. Dette sker endvidere på et meget spinkelt grundlag, idet der bortset fra en generel henvisning til EU Kommissionens parallelle kompetence, ikke er sket nogen motivering. Endvidere ignoreres de retssikkerhedsmæssige problemer i det eksisterende regelsæt, hvilket er bemærkelsesværdigt henset til referencen til Kommissionens kompetencer. Dels er Kommissionens anvendelse af sektorundersøgelser specifikt blevet kritiseret for ikke at respektere virksomhedernes rettigheder, og dels er retshåndhævelsen i Danmark i modsætning til i EU opbygget som et strafferetligt system med straf til virksomheder og enkeltpersoner. Begge forhold overses belejligt i lovbemærkningerne. Mens der i forhold til andre elementer i lovforslaget foreligger omfattende forudgående analyse af fordele og ulemper samt eventuelle retssikkerhedsproblemer, er disse fuldstændigt fraværende i forhold til forslaget om at udvide adgangen til at anvende tvangsindgreb.

Udover at repræsentere en uproportional og umotiveret administrativ belastning fremstår initiativet i konflikt med de hensyn, som i 2004 førte til vedtagelsen af lov om retssikkerhed ved

¹ L 109 Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og lov om ændring af lov om benzinforhandlerkontrakter.

² Lovforslaget blev endvidere 1. behandlet 11. februar 2010.

forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt (retssikkerhedsloven).³ Dette var bl.a. at skabe en bedre balance mellem nødvendigheden af at kunne iværksætte tvangsindgreb over for virksomhedernes krav på fx at få en rimelig begrundelse herfor, samt at indgrebet i øvrigt skete så skønsomt som muligt. Endeligt kan der oplystes en række overvejelser omkring risikoen for forumshopping, dvs., at konkurrencestyrelsen (mis)bruger sine nye beføjelser i situationer, hvor den retteligt burde have åbnet en egentlig konkurrencesag, og derved havde informeret virksomhederne om karakteren af mistanken rettet mod disse. Forslaget rummer således end ikke en henvisning til behovet for at tilsikre virksomhedernes retssikkerhed. Selvom virksomhederne, der underkastes en kontrolundersøgelse, definitorisk er uskyldige, må der alt andet lige være en grund til, at Konkurrencestyrelsen udvalgte netop disse. Dette aktualiserer risikoen for, at belastende dokumenter bringes til veje under inspektionen, såkaldte lejlighedsfund, med tilknyttede retssikkerhedsmæssige problemer.

Forslaget bør derfor pilles ud af lovforslaget og henskydes til behandling, fx i det i oktober 2009 nedsatte udvalg rettet mod eventuelle justeringer i håndhævespolitikken. Derved kan der sikres en afbalanceret analyse af fordele og ulemper ved forslaget.

Lovforslaget og dets forhold til gældende ret

Økonomi- og erhvervsministeren har fremsat en større lovpakke om forskellige ændringer i konkurrenceloven, herunder fx lavere tærskler for, hvornår fusioner skal anmeldes og underkastes forudgående kontrol. Endvidere er der heri optaget en række initiativer rettet mod at effektivisere retshåndhævelsen. Forslag nr. 12 i lovforslaget er knyttet til det sidste og foreslår følgende:

12. Efter § 15 c indsættes:

“§ 15 d. Konkurrencestyrelsen kan foretage undersøgelser af en bestemt erhvervssektor eller af bestemte typer aftaler i forskellige sektorer (sektorundersøgelse) for at få indblik i konkurrenceforholdene i den eller de pågældende sektorer.

Stk. 2. Bestemmelserne i §§ 17-18 finder tilsvarende anvendelse på Konkurrencestyrelsens undersøgelser efter stk. 1.

Stk. 3. Konkurrencestyrelsen kan med de begrænsninger, der følger af § 13, stk. 4, offentliggøre resultaterne af en undersøgelse efter stk. 1.”

Forslaget er i de generelle bemærkninger nærmere begrundet således:

“Med henblik på at skabe parallelitet mellem Kommissionens og Konkurrencestyrelsens muligheder for at indhente oplysninger til brug for undersøgelse af bestemte sektorer lægger lovforslaget op til, at der indføres hjemmel til, at Konkurrencestyrelsen kan kræve oplysninger af virksomheder til brug for sektorundersøgelser samt offentliggøre resultatet heraf. Målet med en sektorundersøgelse er at få indblik i konkurrenceforholdene i en sektor med henblik på, at konkurrenceloven effektivt kan håndhæves. I forbindelse hermed foreslås det, at Konkurrencestyrelsens krav om oplysninger kan håndhæves ved pålæg af tvangsbøder. Der henvises til lovforslagets § 1, nr. 12.”

De specifikke bemærkninger er indholdsmæssigt en gentagelse af ovenstående begrundelse, idet det dog tillige bemærkes, at:

“Det er ikke et krav, at Konkurrencestyrelsen skal kunne dokumentere alvorlige konkurrenceproblemer inden for en sektor, førend en sektorundersøgelse kan iværksættes.

³ Lov nr. 442 af 9.juni 2004, om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt med forudgående betænkning nr. 1423 - Retssikkerhedskommissionens betænkning.

Målet med en sektorundersøgelse er at få afdækket, om der er konkurrenceproblemer inden for en sektor, og i givet fald af hvilken art. Det kan bl.a. være relevant at foretage undersøgelser af en sektor, hvis der optræder høje prisstigninger eller forskellige bindinger på aftagerne.

Der er således en dobbelthed i forslaget, idet der dels optages hjemmel til, at Konkurrencestyrelsen kan udarbejde sektorundersøgelser og dels at konkurrencelovens katalog af tvangsinstrumenter kan anvendes til at indhente oplysningerne til brug herfor. Endvidere kan dette jf. lovbemærkningerne ske, uden at der foreligger indikationer på konkrete konkurrenceproblemer eller overtrædelser af loven.

Selvom forslaget er opbygget omkring indførelsen af "sektorundersøgelser" og altså fremstår som en væsentlig og innovativ nyskabelse, er det dog håndhævelsesbestemmelserne og begrundelse for at anvende disse, som kommer til at få praktisk betydning. Sektorundersøgelser repræsenterer absolut ikke nogen nyskabelse, idet Konkurrencestyrelsen og Konkurrencerådet regelmæssigt har gennemført sådanne. Nyskabelsen består derimod i optagelsen af hjemmel til at tvangsinhente relevante oplysninger, primært via tvangsbøder jf. Konkurrencelovens § 17, såfremt oplysninger ikke afleveres frivilligt, men tillige fysiske inspektioner jf. konkurrencelovens § 18. Navnlig fysiske inspektioner, såkaldte kontrolundersøgelser, repræsenterer en meget markant belastning. Dels grundet deres meget indgribende og forstyrrende karakter knyttet til den fysiske "invasion" af et hold embedsmænd støttet af politiet og dels den mediemæssige eksponering, der ofte udløses heraf.⁴ Fremsendelsen af omfattende spørgeskemaer kan dog tillige være ganske belastende, navnlig såfremt disse får en omfattende og tilbagevendende karakter. Alene en øget anvendelse af tvangsinstrumenterne repræsenterer altså en betydelig belastning uanset balancen mellem de to optioner. Endelig medfører optagelsen af specifik reference til gennemførelsen af sektorundersøgelser i konkurrenceloven, at sektorundersøgelser fremover vil ske indenfor rammerne af konkurrenceloven, og derved udenfor offentlighedsloven jf. konkurrencelovens § 13. Selvom det umiddelbart repræsenterer en forbedring af virksomhedernes retsstilling, at tredjemand afskæres fra at opnå indsigt i de virksomhedsspecifikke oplysninger, som ligger til grund for undersøgelsen, har netop dette forhold formentlig lagt en dæmper på omfanget og dybden af tidligere sektorundersøgelser. Alt andet lige kunne dette indikere en mere intensiv fremadrettet anvendelse af instrumentet, forudsat lovforslaget vedtages i uændret form. Derudover, hvilket ikke ses overvejet i lovforslaget, er det uklart i hvilket omfang en sektorundersøgelse kan anses for en forvaltningsafgørelse. I afkræftende fald vil virksomhederne aktive i segmentet, der underkastes en undersøgelse, ikke have aktindsigt i undersøgelsen og derved være afskåret fra at følge med i, eller efterprøve, Konkurrencestyrelsens analyser og konklusioner. Det er i sig selv også betænkeligt ved at umuliggøre en efterprøvning af myndighedernes analyser.

Forslagets reelle indhold er derfor at skabe grundlag for dels en langt mere intensiv anvendelse af sektorundersøgelser og dels at disse mere generelt kan gennemføres med udgangspunkt i konkurrencelovens katalog af tvangsinstrumenter, fx tvangsbøder samt fysiske inspektioner. Kernen i forslaget er altså, at tvangsinstrumenterne i videre omfang end i dag skal kunne bringes i anvendelse over for virksomheder, der ikke anses for involveret i konkrete lovovertrædelser. Deres eneste "forbrydelse" er således, at de er aktive i et markedssegment, som konkurrencestyrelsen ønsker belyst nærmere. Det er denne dobbelthed, dvs., at forslaget rammer definatorisk uskyldige virksomheder inden for områder, hvor der ikke er identificeret konkrete overtrædelser, som er "problemet" i lovforslaget og giver det dets uproportionelle karakter. Isoleret set kan der ikke opstilles indvendinger imod igangsætningen af sektorundersøgelser, og Konkurrencestyrelsen har da også inden for rammerne af det eksisterende regelsæt udarbejdet og publiceret et betydeligt antal, dvs. uden at bringe kataloget af tvangsinstrumenter i anvendelse.

⁴ Der findes ikke valide undersøgelser af omkostningerne knyttede til en kontrolundersøgelse. I en sag vedr. erstatning for en efter sagsøgers opfattelse uberettigede kontrolundersøgelse, blev der rejst et erstatningskrav på over DKK 800.000. Kravet blev dog ikke anerkendt jf. Højesteretsdom af 1. februar 2008, sag 320/2006 – *Telia Telecom A/S vs. Konkurrencestyrelsen*.

Konkurrencelovens tvangsinstrumenter

Det følger af konkurrencelovens §§ 17 og 18, at Konkurrencestyrelsen kan anvende tvangsbøder og fysiske inspektioner af lokaler til at fremskaffe oplysninger og dokumenter, forudsat det sker med henblik på Konkurrencerådets arbejde jf. nærmere nedenfor. Historisk set eksisterede der en rangordning mellem instrumenterne, således at kontrolundersøgelser jf. § 18 alene kunne iværksættes, såfremt spørgsmål jf. § 17 ikke havde givet et tilfredsstillende resultat.⁵ I dag er rangordningen ophævet og Konkurrencestyrelsen kan på vegne af Konkurrencerådet vælge det instrument, som konkret anses for mest effektivt, hvilket ofte vil være et miks af specifikke spørgsmål og fysiske inspektioner afhængigt af graden af mistanke. Under en sektorundersøgelse, hvor der i hvert fald indledningsvis ikke vil være nogle mistænkte, vil udgangspunktet formentlig være spørgsmål jf. § 17 og kontrolundersøgelser får en mere sekundær karakter. Lovforslaget specificke reference til anvendelsen af kontrolundersøgelser i tilknytning til en sektorundersøgelse indikerer dog, at myndighederne anser kontrolundersøgelse for et probatinstrument også under ens sektorundersøgelse, hvorfor muligheden ikke bør afskrives.

Både konkurrencelovens §§ 17 og 18 rummer referencer til Konkurrencerådets arbejde, og forudsættes altså anvendt med henblik på fremskaffelsen af oplysninger inden for rådets ressortområde. Da Konkurrencerådets arbejde jf. konkurrencelovens § 14 er knyttet til håndhævelsen af lovens forbudsbestemmelser, forudsætter anvendelsen af tvangsinstrumenterne med andre ord, at der foreligger "mistanke" om specifikke overtrædelser af konkurrenceloven, der kan bære åbningen af en sag. Omvendt må denne mistanke dog ikke have så specifik en karakter, at kontrolundersøgelsen får karakter af en strafferetlig ransagning.⁶ Såfremt det sidste er tilfældet, skal sagskomplekset i stedet oversendes til politiet. Grundet koblingen mellem rådets ressortområde og anvendelsen af tvangsinstrumenterne, er det yderst tvivlsomt, om tvangsinstrumenterne kan bringes i anvendelse i tilknytning til sektorundersøgelser under det eksisterende regelsæt. I positivt fald må adgangen være forholdsvis begrænset.

Udover at henvise til konkurrencerådets arbejde forudsætter Konkurrencelovens § 18 tillige forudgående retskendelse. Baggrunden herfor er i det væsentligste historisk. Oprindeligt havde kontrolundersøgelser på konkurrenceområdet en accessorisk karakter og kunne alene anvendes, såfremt virksomhederne havde værget sig imod at besvare skriftlige spørgsmål eller i øvrigt saboterede samarbejdet med Konkurrencestyrelsen. Som konsekvens af den stærkt udvidede tendens post 1998⁷ til at gennemføre kontrolundersøgelser samt ikke mindst den strafferetlige karakter af konkurrencelovgivningen kan der dog opstilles en retssikkerhedsmæssig begrundelse for reglen. Kravet om retskendelse forudsætter således en form for ekstern prøvelse af anmodningen og indeholder derved implicit en forudgående legitimitets- og proportionalitetsprøvelse. Endvidere sikrer retskendelsen i hvert fald teoretisk, at virksomheden er gjort bekendt med formålet med kontrolundersøgelsen, dvs. anklagerne rettet mod denne, idet disse skal angives i kendelsen.⁸

Vedtagelsen af retssikkerhedsloven i 2004 og betydningen heraf

Ved vedtagelsen af retssikkerhedsloven i 2004⁹ blev konkurrencestyrelsens kontrolundersøgelser i første omgang ikke omfattet heraf. Det skete først ved en lovændring i 2007.¹⁰ Baggrunden

⁵ Rangordningen var knyttet til en tidligere lov og bestemmelserne havde derfor andre numre.

⁶ Jvf. lov nr. 442 af 9.juni 2004, om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsgreb og oplysningspligt § 9, der dog alene stadfæster et alment gyldigt princip, jf. Højesteretsdom af 1. februar 2008, sag 320/2006 – *Telia Telecom A/S vs. Konkurrencestyrelsen*.

⁷ Den eksisterende konkurrencelov trådte i kraft i 1998.

⁸ Teknisk set vil begrundelsen være angivet i den beslutning, som dels oversendes til retten sammen med anmodningen om at der afsiges kendelse, og dels overgives til virksomheden ved kontrolundersøgelsens igangsætning.

⁹ Jvf. lov nr. 442 af 9.juni 2004, om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsgreb og oplysningspligt med forudgående betænkning nr. 1423 - Retssikkerhedskommissionens betænkning.

herfor var lovteknisk¹¹ men havde formentlig også et mere substantielt indhold, idet kritikken af Konkurrencestyrelsens tvangsindgreb havde en anden karakter end andre myndigheders. Fx har der aldrig været nogen reel anfægtelse af relevansen af behovet for at kunne gennemføre kontrolundersøgelser på konkurrencerådet, hvilket bør ses i tilknytning til mistankekravet. Uanset deres meget indgribende karakter har kontrolundersøgelser på konkurrenceområdet i offentligheden en mere afbalanceret og rimelig karakter end andre myndigheders tilsvarende indgreb. Kritikken har i stedet været koncentreret omkring fraværet af erstatningsadgang for virksomheder, der senere viste sig at være uskyldige samt en utilstrækkelig begrundelse i beslutningen, der overgives til virksomheden, når kontrolundersøgelsen igangsættes. Endvidere har der været en bekymring omkring forumshopping, dvs., at Konkurrencestyrelsen åbner en konkurrencesag på et tidspunkt, hvor mistanken er så massiv, at sagen burde være oversendt til politiet og mistænkte har indrømmet en række beskyttende rettigheder, herunder retten til ikke at udtale sig.

Selvom retssikkerhedsloven på mange måder ikke var rettet mod konkurrenceretlige kontrolundersøgelser, har den dog alligevel haft betydning herfor, bl.a. ved at opstille såvel en øvre som en nedre grænse herfor. Den øvre grænse fremgår således af § 9, der henviser sagen til behandling hos politiet, såfremt mistanken er tilstrækkelig stærk, mens den nedre begrænse fremgår af § 2, der opstiller et krav om proportionalitet. Navnlig det sidste forudsætter en rimelighedsvurdering, hvilket implicit må forudsætte en grad af mistanke rettet mod den enkelte virksomhed, jf., det tidligere gennemgået omkring formuleringen af konkurrencelovens §§ 17 og 18. Koblingen mellem retssikkerhedsloven og konkurrenceloven tydeliggør altså, at kataloget af tvangsinstrumenter i den sidste alene kan bringes i anvendelse i tilknytning til en konkret sag. Selvom der således ikke nødvendigvis forefindes en konkret mistanke rettet mod den specifikke virksomhed, må der som minimum findes en mistanke om alvorlige konkurrenceproblemer og/eller lovovertrædelser i sektoren, førend en kontrolundersøgelse fx kan igangsættes. Det er derfor, at der, jf. ovenfor, næppe kan gennemføres kontrolundersøgelser i tilknytning til sektorundersøgelser under det eksisterende regelsæt.

Selvom retssikkerhedsloven ikke har løst en række af de retssikkerhedsmæssige problemer på konkurrenceområdet, har den dog bibragt en vis klarhed til såvel den øvre som den nedre grænse for, hvornår et tvangsinstrument kan bringes i anvendelse. Denne balance vil lovforslaget underminere ved specifikt at ophæve mistankekravet. Fremover skal der altså hverken eksistere en mistanke mod konkrete virksomheder eller mistanke om alvorlige konkurrenceproblemer i en sektor, hvilket fremstår som uproportionelt og ude af takt med andre bestræbelser på at lette de administrative byrder for virksomhederne.

Konklusion

Forslaget til revision af konkurrenceloven medfører en markant forringelse af danske virksomheders retsstilling og tillægger konkurrencemyndighederne kompetence til at foretage vidtgående tvangsindgreb uden forudgående mistanke. Forslaget formår ikke at ramme den rette balance mellem hensynet til myndighedernes mulighed for at føre kontrol og virksomhedernes beskyttelse mod tvangsindgreb herunder retten til at blive betragtet som uskyldig, indtil der foreligger håndgribelige beviser på det modsatte.

Det anbefales, at forslaget om indførelse af mulighed for sektorundersøgelser udgår af lovforslaget og, at princippet om, at der skal foreligge en mistanke, før der kan iværksættes tvangsindgreb bibeholdes. Eventuelt kan den allerede nedsatte Kommission omkring ændringer i håndhævelsen overveje fordele og ulemper ved forslaget

¹⁰ Lov nr. 525 af 6. juni i 2007 om ændring af lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter (Udvidelse af lovens anvendelsesområde og ophævelse af revisionsbestemmelse)

¹¹ Ved vedtagelsen blev loven begrænset til kontrolundersøgelser, der skete uden retskendelse. Jf. ovenfor forudsætter konkurrencelovens § 18 retskendelse, hvorved konkurrenceretlige kontrolundersøgelser ikke var omfattet af loven.

Alternativt anbefales det, at adgangen til bringe kataloget af tvangsinstrumenter i anvendelse i tilknytning til sektorundersøgelser stryges. Forslagets reelle indhold ville herefter være, at adgangen til at udarbejde sektorundersøgelser i regi af konkurrenceretten klagøres.