

Erhvervs- og Vækstministeriet
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

KRONPRINSESSEGADE 28
1306 KØBENHAVN K
TLF. 33 96 97 98

DATO: 10. august 2017
SAGSNR.: 2017 - 1927
ID NR.: 474368

hc@kfst.dk + kle@kfst.dk

Høring - over udkast til ændring af konkurrenceloven

Ved e-mail af 23. juni 2017 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte udkast.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

Undtagelse fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Advokatrådet har forståelse for, at lovændringen tager sigte på at etablere samme retstilstand som efter Kommissionens bagatelmeddelelse.

Advokatrådet finder det dog uhensigtsmæssigt, ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt, at loven for fremtiden ikke eksemplificerer, hvilke typer af konkurrencebegrænsninger, som må anses for at være undtaget fra § 7.

Efter Advokatrådets opfattelse vil retstilstanden være mere gennemsigtig og forudsigelig for virksomhederne, hvis loven fortsætter med at operere med bestemte typer af konkurrencebegrænsninger, der ikke er fritaget, medens alle andre er. Virksomhederne vil på denne måde have lettere ved at vurdere, om de er omfattet af undtagelsen fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at lovændringen vil medføre en præcisering af principperne for konsortiesamarbejder. Advokatrådet stiller sig undrende over for dette, idet ændringen ikke tydeliggør under hvilke omstændigheder, virksomheder kan indgå i konsortiesamarbejder. Ændringen medfører derimod en mere uklar retstilstand for virksomhederne, også på området for konsortiesamarbejder, idet virksomhederne vil have sværere ved at vurdere, om en given aftale er undtaget fra § 7.

Endelig er det i bemærkningerne til lovforslaget forudsat, at der efter lovforslagets vedtagelse vil blive foretaget de ”nødvendige justeringer” i bekendtgørelse nr. 808 af

14. august 2009 om beregning af omsætning i konkurrenceloven. Det fremgår ikke, hvad disse ”nødvendige justeringer” vil indebære. Advokatrådet skal derfor opfordre til, at dette nærmere præciseres.

Afskaffelse af anmeldelsessystemet

Advokatrådet har forståelse for, at afskaffelsen af anmeldelsessystemet for aftaler og adfærd vil bringe de danske konkurrenceregler tættere på linje med EU-reglerne. Advokatrådet finder det dog betænkeligt at afskaffe det resterende anmeldelsessystem, idet anmeldelsessystemet understøtter virksomhedernes retssikkerhed. Virksomhedernes retssikkerhed tilgodeses blandt andet af, at virksomhederne har mulighed for at få afklaret deres retsstilling. Afskaffelsen af anmeldelsessystemet vil skabe en højere grad af usikkerhed for virksomhederne, idet afskaffelsen indebærer, at virksomhederne selv må foretage en vurdering af, om en aftale eller adfærd er i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

I de oprindelige forarbejder til konkurrenceloven af 1998 anføres det netop, at anmeldelsessystemet har stor betydning for virksomhedernes retsstilling. Det fremgår, at en afgørelse om individuel fritagelse efter § 8, stk. 5, er ”en begunstigende forvaltningsakt af afgørende betydning for virksomhedernes retsstilling”. Endvidere anføres det i forarbejderne, at fordelen ved at ansøge om en negativattest efter § 9 er, at virksomheden dermed kan få afklaret – eventuelt på forhånd – om de væsentlige betingelser for, at forbuddet finder anvendelse, overhovedet er til stede (Folketingstidende 1996/97, tillæg A, p. 3664-3665).

Det anføres i lovforslaget, at anmeldelsessystemet, siden den delvise afskaffelse i 2005, har haft begrænset betydning, da anmeldelsessystemet i dag kun angår sager, hvor der ikke forekommer samhandlspåvirkning. Af hensyn til den danske erhvervsstruktur, der er kendetegnet ved mange små og mellemstore virksomheder, som normalt opererer lokalt eller regionalt, er det Advokatrådets opfattelse, at det nationale anmeldelsessystem stadig har betydning for virksomhederne. Dette bekræftes tillige af, at anmeldelsessystemet fortsat benyttes af virksomhederne. Konkurrencerådet har således, så sent som i 2016, afgivet ikke-indgrebserklæring efter § 9 i sagen om brancheforeningen Horestas planer om at udvikle sin videnbank. Tidligere har Konkurrencestyrelsen også afgivet ikke-indgrebserklæring efter §§ 9, og 11, stk. 5, i sagen vedrørende HMN Naturgas (2010) samt givet en individuel fritagelse efter § 8 i sagerne om Telekommunikationsindustriens brancheaftale om nummerportering (2010) og samarbejdet i Taksatorringen (2009).

Særligt har anmeldelsesmuligheden efter § 11, stk. 2, betydning for virksomhederne, idet tidligere praksis fra Konkurrencerådet, herunder sagen mod den tyske motorproducent Deutz AG fra 2011, har vist, at rådet fortsat kan foretage en meget snæver og uforudberegnelig markedsafgrænsning. Der ses derfor fortsat et behov for at bevare anmeldelsesmuligheden.

Ressourceforbruget på anmeldelsessystemet må tillige anses for begrænset, hvorfor afskaffelsen af denne grund også forekommer unødvendig.

Endelig er det Advokatrådets opfattelse, at overgangsreglerne i lovforslaget forekommer særdeles uklare. Det foreslås med § 3, stk. 5, at såfremt der ved lovens ikrafttræden er sager om anmeldelser, der før lovens ikrafttræden er indgivet efter de hidtil gældende regler i lovens § 8, stk. 2, og stk. 4, § 9, stk. 1, 1. pkt., og § 11, stk. 2, og stk. 5, og som ikke er færdigbehandlede ved lovens ikrafttræden, skal disse bortfalde. Dette gælder dog ikke sager, som verserer ved Konkurrenceankenævnet, da disse sager vil skulle færdigbehandles efter de gældende regler. Det fremgår dog hverken af § 3, stk. 5, eller bemærkningerne til lovforslaget, om de allerede eksisterende afgørelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen også bortfalder ved lovens ikrafttræden.

Såfremt forslaget fastholdes, bør det, ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt præciseres, at parterne selvsagt fortsat kan støtte ret på de eksisterende afgørelser fra Konkurrencerådet samt Konkurrenceankenævnet, ligesom alle indgivne ansøgninger må færdigbehandles efter de eksisterende regler og skal fortsætte med at have samme retsvirkning, som hvis anmeldelsessystemet ikke var blevet afskaffet. Ellers får forslaget reelt karakter af en lov med tilbagevirkende kraft, da den griber adfærd fra før lovens ikrafttræden.

Endvidere er der bemærkninger om bødeimmunitet, der er i strid med de tidligere ændringsloves bemærkninger. Dette bør korrigeres i udkastet.

Afgivelse af tilsagn i fusionsager

Lovforslaget indebærer, at formuleringen ”forslår tilsagn” i konkurrencelovens § 12 d, stk. 1, 2. pkt., og stk. 3, ændres til ”afgiver tilsagn”. Virksomheder skal derfor for fremtiden ”afgive tilsagn” for at opnå fristforlængelse i henhold til § 12 d, stk. 1, 2. pkt., eller stk. 3. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at det med formuleringen understreges, at der skal være tale om tilsagn, som forpligter de deltagende virksomheder og ikke blot forslag. De afgivne tilsagn skal således enten være underskrevet af den tegningsberettigede personkreds for den virksomhed, der har afgivet tilsagnet, eller virksomheden skal på anden måde kunne dokumentere, at der foreligger et tilsagn, som forpligter virksomheden. Efter Advokatrådets opfattelse forekommer det unødvendigt, at tilsagnet for fremtiden skal være bindende, da de deltagende virksomheder i praksis fremlægger en række forskellige og reviderede forslag til tilsagn, før virksomheden, i dialog med styrelsen, når frem til ét eller flere tilsagn.

Det er desuden anbefalingen, at det bør fremgå tydeligt, hvorvidt tilsagn, der sendes via digital kommunikation, skal være kommet frem til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen inden for styrelsens kontortid eller senest kl. 24.00 på fristens sidste dag for, at fristen anses for overholdt. Det samme bør gælde for anden kommunikationsform.

Advokatrådet finder, at lovforslaget forekommer uklart i forhold til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fristforlængelsesmuligheder efter § 12 d. Det bør derfor præciseres nærmere i lovforslaget, at fristforlængelser efter lovforslagets § 12 d, stk. 3, og den nugældende § 12 d, stk. 4, kan ske hver for sig og samlet og i vilkårlig rækkefølge.

Endeligt indebærer forslaget, at der indsættes et nyt stk. 5 i § 12 d, hvorefter det ikke er muligt at afgive nye eller reviderede tilsagn efter udløbet af fristen på 90 dage, selvom fristen konkret er blevet forlænget efter § 12 d, stk. 3, eller stk. 4. Advokatrådet anbefaler, at § 12 d, stk. 5, ændres således, at virksomhederne kan afgive reviderede og/eller nye tilsagn, også efter 90 dage, så længe der blot er 20 hverdage tilbage til vurdering af fusionen.

Afbrydelse af fristerne i fusionssager

Advokatrådet er enig i, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bør have mulighed for at afbryde fristen for behandlingen af en fusion, hvis parterne ikke har indleveret absolut nødvendige oplysninger, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har krævet inden en bestemt frist. På denne måde undgås risikoen for, at anmeldte fusioner automatisk godkendes uden at have været underkastet en reel vurdering. Det er i bemærkningerne til forslaget forudsat, at fristen typisk vil blive fastsat til 2-5 hverdage, men fristen vil, afhængig af de konkrete omstændigheder, kunne være længere eller kortere.

Advokatrådet finder, at det, på linje med artikel 10, stk. 4, i forordning nr. 139/2004 (fusionskontrolforordningen), bør præciseres, at fristerne i § 12 d kun kan afbrydes ekstraordinært, såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, grundet omstændigheder der kan tilskrives en i fusionen deltagende virksomhed, har været nødsaget til at kræve oplysninger. Hvis dette ikke præciseres, vil ændringen kunne medføre en uhensigtsmæssig og vilkårlig afbrydelse af fristerne i fusionssager, hvilket vil svække retssikkerheden for virksomhederne samt være til stor gene.

Advokatrådet mener desuden, at det er retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan fastsætte en frist, som afhængig af de konkrete omstændigheder kan være på mindre end 2 hverdage, idet besvarelse af anmodninger om oplysninger oftest må forvente at tage længere tid. Advokatrådet foreslår derfor, at de angives i bemærkningerne, at fristen typisk vil være på 5-10 hverdage og kun, under særlige omstændigheder, vil blive fastsat kortere.

Præcisering af offentlighedslovens anvendelse

Advokatrådet har forståelse for, at retten til egenaces i undersøgelsessager kan være uhensigtsmæssig af hensyn til håndhævelsen af loven, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ressourcer samt hensynet til de undersøgte virksomheder. Samtidig finder Advokatrådet dog, at lovændringen forekommer særdeles indgribende over for virksomheder, hvis oplysninger indgår i konkurrencesager, idet

virksomhederne ikke længere vil have mulighed for at få indsigt i de oplysninger, der er på en given sag vedrørende virksomheden selv. Dette medfører tillige, at virksomhedernes mulighed for at få adgang til at korrigere oplysninger, der er fejlbehæftede, begrænses. Af denne grund finder Advokatrådet, at ændringen bør genovervejes.

Global koncernomsætning

Det følger af den gældende formulering af § 23, stk. 5, at der ved udmåling af bøder i forhold til juridiske personer skal tages hensyn til den juridiske persons omsætning. Ifølge bekendtgørelse nr. 808 af 14. august 2009 om beregning af omsætning i konkurrenceloven omfatter begrebet omsætning også omsætning i tilknyttede virksomheder, det vil sige koncernomsætning, samt omsætningen i joint ventures.

Med lovændringen ønskes den gældende retstilstand præciseret i loven, således at det fremgår eksplicit af loven, at der skal tages hensyn til virksomhedens globale koncernomsætning. Advokatrådet er ikke enig i, at lovforslaget svarer til den nugældende retstilstand, hvor omsætningen tværtimod må anses for begrænset til Danmark. Det fremgår ikke, efter Advokatrådets opfattelse, af bekendtgørelse nr. 808 af 14. august 2009 om beregning af omsætning i konkurrenceloven, at der ved beregning af omsætningen skal tages hensyn til den globale koncernomsætning.

Advokatrådet stiller sig tvivlende over for det konkrete behov for en sådan ændring. Der anføres intet om dette i forarbejderne. Advokatrådet finder det i øvrigt retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at hovedparten af bødeudmålingsreglerne i konkurrenceloven er indeholdt i diverse ændringsloves bemærkninger.

Foreløbig ansøgning om straflempelse

Der indføres med forslaget mulighed for at indlevere en foreløbig straflempelsesansøgning med overordnede oplysninger, men uden dokumentation. Ansøgningen anses for indgået på tidspunktet for den foreløbige ansøgning, hvis den fornødne dokumentation efterfølgende indleveres inden én af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastsat frist. Forslaget ligger herved på linje med EU-retten, hvor Kommissionen tillige kan acceptere en ansøgning om bødefritagelse på grundlag af mere begrænsede oplysninger.

Advokatrådet finder, at der kan være grund til at genoverveje den foreslåede § 23 a, stk. 6. Det bør i § 23 a, stk. 6, præciseres, hvilke oplysninger ansøgeren skal afgive i den foreløbige ansøgning. Bestemmelsen bør udformes på linje med pkt. 15 i Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager. Retstilstanden vil på denne måde være mere gennemsigtig for virksomhederne.

Ændring af begrebet ”værdipapirer”

Der lægges op til, at begrebet værdipapirer i § 12 a, stk. 4, nr. 1, erstattes af det overordnede begreb finansielle instrumenter, samt at begrebet værdipapirer i § 12 c, stk. 5, erstattes af begrebet omsættelige værdipapirer.

Fusionskontrolforordningen opererer, på samme måde som den gældende formulering af konkurrenceloven, med begrebet værdipapirer. Det vil derfor være uhensigtsmæssigt at ændre begrebet, da det i praksis kan skabe forvirring og usikkerhed for virksomhederne. Endvidere er det Advokatrådets holdning, at loven bør anvende samme begreb i både § 12 a, stk. 4, nr. 1, samt § 12 c, stk. 5.

Partsaktindsigt i korrespondance med Kommissionen mv.

Advokatrådet er enig i, at det bør fremgå direkte af loven, at § 14 a gælder for sager, der involverer anvendelsen af artikel 101 og 102 i EUF-traktaten. På denne måde vil retstilstanden være mere gennemsigtig for virksomhederne.

Det foreslås herudover, at begrænsningen af partsaktindsigten også skal gælde for sager, der vedrører anvendelsen af fusionskontrolforordningen. Advokatrådet finder, at begrænsningen af partsaktindsigten ikke bør udstrækkes til fusionssager, da der ikke er støtte til dette i forarbejderne til § 15 a, stk. 1 (Folketingstidende 2004-2005, 1. samling, tillæg A, p. 1651).

Endvidere er det uklart, hvad det er for korrespondance mv., der skal begrænses, idet der allerede er indeholdt en fortrolighedsforpligtelse i artikel 17 i fusionskontrolforordningen.

Med venlig hilsen


Torben Jensen