



18. februar 2024

Høringsnotat vedrørende forslag til lov om ændring af konkurrence- loven (Krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsk- lerne, indførelse af mulighed for markedsefterforskning og bødeud- måling m.v.)

I. Baggrund og hørte myndigheder og organisationer m.v.

Regeringen ønsker at skabe mere effektiv konkurrence. Markeder med effektiv konkurrence og aktive forbrugere bidrager til øget produktivitet og vækst. Samtidig er effektiv konkurrence en forudsætning for, at både forbrugere og virksomheder har adgang til et bredt udbud af varer og tjenesteydelser til så lave priser som muligt.

Analyser fra både De Økonomiske Råd og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har fundet, at der er indikationer på, at konkurrencen i Danmark er svækket siden årtusindeskiftet.

Samtidig skaber den digitale udvikling nye udfordringer for konkurrencen. Specifikke træk ved digitale markeder (bl.a. deres store brug af data, netværkseffekter, mv.) favoriserer indgroede markedspositioner og "winner-takes-all"-dynamikker. Tages der ikke højde for dette mindskes konkurrencepresset med skadelige virkninger på innovationsincitament, effektivitet og forbrugerrettigheder til følge.

Erhvervsministeriet vurderer på den baggrund, at der behov for at indføre nye værktøjer i konkurrenceloven, så konkurrencemyndighederne kan følge med markedsudviklingen og matche udfordringerne for konkurrencen, herunder særligt på de digitale markeder.

OECD har ligeledes i sin landerapport om Dansk økonomi fra januar 2024 anbefalet, at konkurrenceloven ændres, så den giver mulighed for kontrol af fusioner under tærsklerne og markedsefterforskning med mulighed for at udstede påbud.

Det vurderes, at de værktøjer, der foreslås indført med lovforslaget, bl.a. med inspiration fra andre sammenlignelige lande som Tyskland, Østrig, Norge og Sverige, kan bidrage til at styrke konkurrencen i Danmark, og dermed også bidrage til positive samfundsøkonomiske gevinster.

Konkret foreslås det med henblik på at sikre en mere effektiv fusionskontrol at indføre hjemmel til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve visse fusioner, som er under de fastsatte omsætningstærskler, anmeldt med henblik på at vurdere, om en fusion vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling.

Det foreslås endvidere at indføre mulighed for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan indlede en markedsefterforskning af adfærd eller

strukturer i en eller flere erhvervssektorer for at afgøre, om der er forhold, der tydeligt svækker den effektive konkurrence med skadevirkninger for forbrugere eller andre virksomheder. Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer og dokumenterer, at der foreligger forhold, som tydeligt svækker konkurrencen, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afslutte markedsefterforskningen med at udstede adfærdsmæssige påbud under forudsætning af, at påbuddet er proportionalt, og at påbuddet kan afhjælpe de identificerede skadevirkninger

Forslagene vedr. fusionskontrol og markedsefterforskning er inspireret af konkurrencelovgivningen i andre sammenlignelige lande, f.eks. Tyskland, Norge, Island og Storbritannien, samt Europa-Kommissionen. Erfaringerne fra Storbritannien, som har størst erfaring med et lignende markedsefterforskningsværktøj, viser, at værktøjet kan give væsentlige samfundsmæssige gevinster.

De store gevinster skyldes blandt andet, at det med værktøjet er muligt at forbedre konkurrencen i en hel sektor eller på tværs af sektorer på én gang. I konkurrencesager er fokus typisk mere snævert og omhandler f.eks. kun en del af et marked eller en enkelt virksomheds adfærd. Samtidig kan værktøjet også (ligesom i konkurrencesager m.v.) skabe incitamenter for virksomhederne til at undgå adfærd, der tydeligt svækker den effektive konkurrence.

Det foreslås endelig at ændre principperne for beregning af bøder til virksomheder m.v. samt til fysiske personer. Formålet er at sikre, at bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne i højere grad afspejler den økonomiske skadevirkning af sådanne overtrædelser og give større sikkerhed for, at bøder virker ensartede for små og store virksomheder. De foreslåede bødeberegningsprincipper vil afhængig af sagens karakter både kunne føre til højere og lavere bødepåstande end efter de nugældende beregningsprincipper. Det vil fortsat henhøre under domstolene at træffe afgørelse om bødeniveauet. Principperne for beregning af bøder vil herefter afspejle de principper, som anvendes af Europa-Kommissionen og andre EU-lande.

Et udkast til lovforslag har været sendt i høring i seks uger i perioden fra den 10. november til den 22. december 2023 hos følgende myndigheder og organisationer m.v.:

Advokatrådet, Amager Ressourcecenter, Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, Asfaltindustrien, Brancheforeningen Cirkulær, Bryggeriforeningen, Bygherreforeningen, CO-Industri, Danmarks Apotekerforening, Danmarks Fiskeriforening, Danmarks Nationalbank, Dansk Annoncørforening, Dansk Arbejdsgiverforening, Dansk Erhverv, Dansk Fjernvarme, Dansk Industri, Dansk IT, Dansk Skovforening, Danske Advokater, Danske Arkitektvirksomheder, Danske Forlag, Danske Malermestre, Danske Medier, Dansk Person Transport, Danske Vognmænd, Danske Rederier, Danske Regioner, Datatilsynet, De Samvirkende Købmænd, Den Danske

Dommerforening, Domstolsstyrelsen, Fagbevægelsens Hovedorganisation, Finans Danmark, Forbrugerrådet TÆNK, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Forsikring & Pension, FSR - Danske Revisorer, Green Power Denmark, Horesta, Ingeniørforeningen, ITD, Kommunernes Landsforening (KL), Kooperationen, Landbrug & Fødevarer, Lederne, Liberale Erhvervs Råd, Lokale Pengeinstitutter, Offentligt Ansattes Organisationer, Rigsrevisionen, SMV Danmark og TEKNIQ.

II. Høringssvarene

1. Indledning

Følgende myndigheder og organisationer m.v. har afgivet høringssvar:

Advokatrådet, Danmarks Apotekerforening, Dansk Arbejdsgiverforening, Danske Advokater, Danske Medier, Finans Danmark, Forbrugerrådet Tænk, Green Power Denmark, Kommunernes Landsforening og Rigsrevisionen. Dansk Industri, Dansk Erhverv, Danske Arkitektvirksomheder, Danske Rederier, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Forsikring og Pension, Landbrug og Fødevarer samt SMV Danmark ("Erhvervsorganisationerne") har afgivet et fælles høringssvar.

Kommunernes Landsforening (KL) har ingen bemærkninger til udkastet til lovforslag.

Dansk Arbejdsgiverforening har anført, at lovforslaget falder uden for foreningens virke. **Rigsrevisionen** har anført, at man har gennemgået lovforslaget og kan konstatere, at det ikke omhandler revisions- eller regnskabsforhold i staten eller andre offentlige virksomheder, der revideres af Rigsrevisionen. Rigsrevisionen har derfor ikke behandlet henvendelsen yderligere.

Nedenfor er gengivet de væsentligste punkter i de modtagne høringssvar. Erhvervsministeriets bemærkninger er angivet i *kursiv* under **kommentar**. Samtlige høringssvar er vedlagt.

2. Generelt til lovforslaget

Forbrugerrådet Tænk støtter lovforslaget og målet om at gøre konkurrencen mere effektiv ved at styrke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens håndhævelsesmuligheder, og man finder det nødvendigt. Forbrugerrådet Tænk bemærker, at muligheden for at kræve fusioner under omsætnings-tærsklerne anmeldt i høj grad er relevant, da virksomhedernes omsætning ikke altid er retvisende for deres konkurrencemæssige styrke eller potentiale, og at man støtter forslaget om et markedsefterforskningsværktøj, bl.a. fordi erfaringerne med en sådan mulighed i andre lande har været, at det har bidraget særdeles positivt til at forbedre konkurrencen til gavn for forbrugere og samfundet generelt.

Advokatrådet støtter ambitionen om at skabe en mere effektiv konkurrence, men Advokatrådet har en række retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved lovforslaget og bemærker, at flere af ændringerne hverken er nødvendige eller til gavn for konkurrencen i Danmark. De foreslåede redskaber beror efter Advokatrådets opfattelse på meget vide skøn og myndighedernes egne vurderinger, og virksomhederne har ingen reel chance for at gennemskue, hvordan eller hvornår de vil være genstand for myndighedsindgreb. Lovforslaget i sin helhed er efter Advokatrådets opfattelse en væsentlig forringelse af gennemsigtigheden af retsgrundlaget på det konkurrenceretlige område, og det resulterer både i en høj grad af transaktionsusikkerhed og en væsentlig forværring af den grundlæggende retssikkerhed for virksomheder i Danmark. Advokatrådet henviser i øvrigt til Danske Advokaters hørings svar, der fremlægger alternative modeller til imødekommelse af de betænkeligheder vedrørende retssikkerhed og transaktionsusikkerhed, som de foreslåede ændringer efter Advokatrådets opfattelse giver anledning til.

Danske Advokater bemærker, at ved indførelse af regler, som medfører væsentlige omkostninger og byrder for erhvervslivet, men som også indbefatter en række væsentlige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, må det afgørende være, om der er et dokumenteret behov for den pågældende regel i en dansk kontekst, som opvejer de forventelige negative virkninger heraf. Danske Advokater finder ikke, at et sådant dokumenteret behov er identificeret eller godtgjort for de foreslåede regelændringer, særligt ikke i relation til ”call-in”-bestemmelsen og markedsefterforskningsredskabet. Danske Advokater anfører bl.a. at der er betydelige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved den konkrete måde, reglerne foreslås gennemført på.

Erhvervsorganisationerne anfører, at erhvervslivet i Danmark støtter op om effektive konkurrenceregler og en effektiv håndhævelse af disse. Organisationerne finder, at den gældende konkurrencelov allerede indeholder effektive regler og tillige fuldt ud sikrer effektiv håndhævelse af disse. Erhvervsorganisationerne bemærker, at det ville have været helt naturligt, såfremt man fra regeringens side havde nedsat et lovforberedende udvalg med en bred inddragelse af erhvervslivet og andre eksterne interessenter samt afventet evalueringen af implementeringen af ECN+-direktivet. Det er efter organisationernes opfattelse for tidligt at overveje skærpelser af konkurrenceloven, når man på nuværende tidspunkt ikke kan overskue konsekvenserne af stramningerne ved den seneste ændring af konkurrenceloven. Organisationerne peger i den forbindelse på, at der mangler en dybdegående analyse af behovet for at indføre yderligere stramninger af konkurrenceloven.

Erhvervsorganisationerne vurderer, at lovforslaget vil medføre betydelige omkostninger for erhvervslivet, da en lang række fusioner fremover vil kunne blive omfattet af de nye regler, og at lovforslaget ville skabe usikkerhed i forhold til virksomhedstransaktioner og medvirke til at bremse

innovation og iværksætter, hvilket står i kontrast til regeringens iværksætterudspil. Lovforslaget vil efter organisationernes opfattelse også negativt påvirke incitamenterne til at opkøbe virksomheder i Danmark, herunder adgangen til at tiltrække udenlandske investeringer til danske virksomheder samt vanskeliggøre exitstrategi for sådanne investeringer.

Erhvervsorganisationerne bemærker endvidere, at der samlet set lægges op til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen får øgede skønsmæssige beføjelser, samtidig med at bødeniveauet i mange situationer hæves betragteligt, hvilket rejser retssikkerhedsmæssige udfordringer for virksomhederne. Erhvervsorganisationerne finder, at der er behov for at højne retssikkerheden både i det foreliggende lovforslag og generelt. Derfor peges der i høringssvaret på en række konkrete forbedringsforslag.

Danske Medier bemærker, at de er enige i vigtigheden af et godt og effektivt konkurrenceregime, som kan sikre fair og afbalancerede konkurrencevilkår, hvor håndhævelsen af reglerne til stadighed tager afsæt i de markedsudviklinger, som finder sted ikke mindst på mediemarkederne, hvor "Big Techs" stadig mere omfattende aktiviteter ikke er blevet modsvaret af tilpasset håndhævelse med afsæt i markedsrealiteterne i en digitaliseret verden, men snarere i mere fastgroede traditionelle markedsafgrænsninger.

Danske Medier finder, at indholdet af konkurrencelovens regler og "værktøjskasse" allerede i dag giver konkurrencemyndighederne en meget bred og indgribende reguleringsmulighed, ikke mindst på dette område hvor blandingen af økonomi og jura medfører et betydeligt myndighedsskøn, som kan være svært for virksomhederne at forudsige og gennemskue. På den baggrund er der efter foreningens opfattelse ikke behov for yderligere regler og værktøjer, og Danske Medier kan på den baggrund ikke bakke op om forslaget.

Det forhold, at visse dele af lovforslaget allerede findes i visse andre lande, er efter Danske Mediers opfattelse ikke afgørende. Det afgørende må være, om der konkret er noget relevant behov for den foreslåede, øgede myndighedsregulering af markederne, og det kan man efter Danske Mediers opfattelse ikke udlede af lovforslaget og dets forarbejder.

Finans Danmark bemærker, at foreningen i det daglige arbejde ønsker at medvirke til at fremme den frie konkurrence og en fortsat liberalisering af den finansielle sektor. Det foreliggende lovforslag rummer imidlertid en række principielle problemstillinger, hvorfor Finans Danmark kan være betænkelige ved lovforslaget. Det er særligt i forhold til retssikkerheden og øgede byrder for danske virksomheder, som potentielt vil skævvride konkurrencen med aktører i udlandet.

Kommentar

En række organisationer, der har afgivet høringssvar, ser ikke behov for at indføre nye værktøjer og beføjelser til konkurrencemyndigheden i konkurrenceloven.

Regeringen ønsker at skabe mere effektiv konkurrence i Danmark. Derfor er det for regeringen vigtigt, at konkurrencereglerne til stadighed skaber nogle retlige rammer, som er med til at fremme konkurrencen og forebygge adfærd og strukturer, som kan hæmme konkurrencen i Danmark. Med lovforslaget foreslår regeringen at supplere de værktøjer, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i dag, med en mulighed for at kontrollere visse fusioner under omsætningstærsklerne og for at gennemføre markedsefterforskninger og evt. give påbud i situationer, som ikke er omfattet af de nuværende regler.

Mere velfungerende konkurrence mellem virksomheder bidrager således til vækst og innovation i Danmark og til, at varer og tjenester tilbydes til så lave priser som muligt til gavn for både virksomheder og forbrugere. Samtidig vil mere effektiv konkurrence understøtte en mere balanceret indkomst- og formuefordeling i samfundet og bidrage til en styrket konkurrenceevne.

Forslaget skal endvidere ses i lyset af, at konkurrencen i Danmark efter alt at dømme er blevet forringet de senere år. Det fremgår f.eks. af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse fra 2022 "Konkurrence øger velstanden og kan reducere formue- og indkomstforskelle", at koncentration af markedsandele og virksomhedernes markupper (målt som avance per enhed ift. marginale omkostninger) samlet set i et gennemsnit er forøget betydeligt efter år 2000. Begge indikatorer peger således på at, at konkurrencen kan være svækket. Det Økonomiske Råd konkluderer ligeledes i analysen "Produktivitet 2022", afsnit III.4, "[...] at markupperne er steget i perioden 2000-18, men at der er store forskelle på tværs af virksomheder. Det indikerer, at konkurrencen generelt set er forringet, hvilket kan være forbundet med samfundsøkonomiske omkostninger, jf. afsnit III.2".

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i dag forskellige værktøjer til at sikre effektiv konkurrence i Danmark, og de værktøjer, der er indeholdt i lovforslaget, er et supplement hertil for at styrke håndhævelsesmulighederne og for dermed at give konkurrencemyndigheden flere forudsætninger for at understøtte den effektive konkurrence i Danmark til gavn for virksomheder og forbrugere. De foreslåede nye værktøjer kan sætte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i stand til at forbedre konkurrencen på markeder, hvor konkurrencen ikke er velfungerende, og hvor der ikke kan gribes ind med de nuværende værktøjer.

Der er også på EU-niveau vedtaget ny regulering på tech-området – bl.a. Digital Markets Act (DMA). Denne regulering omfatter alene de allerstørste platforme (såkaldte gatekeepers) og løser ikke de konkurrenceproblemer, der kan opstå bl.a. på tech-området i Danmark. De instrumenter, som foreslås indført med lovforslaget, kan desuden anvendes på de største tech-virksomheders adfærd og opkøb i Danmark og supplerer således de europæiske regler.

På den baggrund er det samlet Erhvervsministeriets vurdering, at der behov for de foreslåede ændringer af konkurrenceloven, der giver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen flere forudsætninger for at understøtte mere effektiv konkurrence i Danmark til gavn for virksomheder og forbrugere, jf. nedenfor.

Virksomhedernes forudsigelighed og retssikkerhed foreslås sikret på flere måder, jf. nedenfor under pkt. 3 og 4.

Med hensyn til de økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet henvises til pkt. 7 nedenfor.

Erhvervsministeriet er opmærksom på bemærkningen fra Erhvervsorganisationerne om et lovforberedende udvalg, men regeringen har ikke fundet det nødvendigt. Folketinget vedtog den 9. februar 2021 en række ændringer af konkurrenceloven, der havde til formål at implementere det såkaldte ECN+-direktiv i dansk ret. Det er korrekt, at erhvervsministeren har udsendt den planlagte evaluering af lovændringen med to år, dvs. til primo 2026, da der på dette tidspunkt i højere grad vil være erfaringer med anvendelsen af de nye regler. Erhvervsministeriet bemærker, at de beføjelser, der blev indført med ECN+-direktivet, ikke har overlap til de beføjelser, der er indeholdt i nærværende lovforslag.

Fusionskontrol

Med lovforslaget vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen få mulighed for i særlige tilfælde at kontrollere fusioner, der er under de fastsatte omsætningstærskler, men som alligevel indebærer risiko for, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling. Forslaget skal bl.a. give mulighed for at modvirke situationer, hvor større etablerede virksomheder eksempelvis systematisk opkøber nye innovative virksomheder for at forhindre fremtidig konkurrence. Det kan f.eks. være på det digitale område eller i medicinalindustrien.

Markedsefterforskning

Erhvervsministeriet vurderer, at der er situationer, hvor der er forhold på markeder, som svækker konkurrencen tydeligt med væsentlige skadevirkninger for virksomheder og forbrugere, men hvor der ikke er mulighed for at gribe ind med de nuværende værktøjer. Det kan f.eks. være i situationer med såkaldt parallel adfærd, f.eks. når virksomheder på et oligopolistisk marked på grund af såkaldt stiltiende koordinering har indrettet sig med nogle handelsvilkår, som f.eks. ikke medfører effektivitetsgevinster og ikke er udtryk for almindelig konkurrence på f.eks. pris, kvalitet, service osv., men som svækker konkurrenters adgang til markedet eller reducerer kundemobiliteten væsentligt til skade for konkurrencen. Det kan også være situationer, hvor virksomheder og/eller forbrugere er afhængige af en udbyder – f.eks. en platform – som udnytter denne afhængighed til skade for konkurrencen og innovationen i markedet, eller hvor kunderne i kraft af

begrænset adgang til relevant information reelt forhindres i at kunne sammenligne priser m.v. mellem forskellige udbydere og derfor ikke kan træffe oplyste valg til skade for konkurrencen.

Erfaringerne fra andre lande, som har introduceret et markedsefterforskningsværktøj, herunder Storbritannien som har størst erfaring hermed, viser, at instrumentet kan give væsentlige samfundsmæssige gevinster, og at det er et godt supplement til de eksisterende værktøjer på konkurrenceområdet.

Det er også Erhvervsministeriets vurdering, at bl.a. den digitale udvikling har øget behovet for et sådant instrument. Det er f.eks. vigtigt, at konkurrencemyndighederne effektivt kan håndtere situationer, hvor udbydere af digitale tjenester kan udnytte, at virksomheder er afhængige af de digitale tjenester for at drive deres forretning, men hvor udbyderne af de digitale tjenester ikke er dominerende i konkurrenceretlig forstand.

Den øgede digitalisering har også betydet, at der genereres meget mere data, og data er samtidig blevet en vigtig konkurrenceparameter på mange markeder. Det betyder bl.a., at virksomheder med adgang til store mængder data af høj kvalitet har en konkurrencefordel, som nye, innovative markedsaktører kan have svært ved at udfordre.

Den omfattende adgang til data og automatiserede, herunder AI-baserede, analyseværktøjer betyder i andre tilfælde, at virksomheder i højere grad kan holde øje med og indrette sig efter deres konkurrenters adfærd, f.eks. ved at sætte højere priser eller på andre måder bruge konkurrencebegrænsende adfærd, uden at der er indgået en aftale i konkurrenceretlig forstand.

I nogle situationer kræves det, at der bliver handlet hurtigt for at stoppe konkurrencebegrænsende forhold. Det kan eksempelvis være i en situation, hvor én virksomhed er ved at vokse sig meget stor, og hvor det vil være en forbedring af konkurrencen at gøre det nemmere for virksomheder at komme ind på markedet eller at sikre, at forbrugere får information om og bedre mulighed for at skifte til alternative udbydere.

I alle tilfælde vil et evt. påbud i forbindelse med markedsefterforskning imidlertid stille væsentlige krav til konkurrencemyndighedernes dokumentation, herunder i forhold til at den pågældende adfærd har tydelige konkurrencebegrænsende virkninger til skade for forbrugere og/eller virksomheder, ligesom der som led i vurderingen vil blive taget hensyn til, om den pågældende adfærd medfører eventuelle effektivitetsgevinster.

Det bemærkes, at markedsefterforskningsværktøjet kan siges at bygge på et kontrolprincip, hvor forudgående indgreb i form af påbud er en betingelse for efterfølgende sanktionering. Et lignende princip er tidligere blevet anvendt i dansk konkurrenceret og anvendes også på andre retsområder.

3. Anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne

3.1. Mulighed for at gribe ind over for konkurrenceskadelige fusioner

Advokatrådet, Danske Advokater, Danske Medier og Erhvervsorganisationerne bemærker, at der ikke er behov – eller at der i hvert fald kan stilles spørgsmål ved behovet – for at indføre mulighed i den danske konkurrencelov for at kræve fusioner under omsætningstærsklerne anmeldt. Organisationerne henviser i den forbindelse bl.a. til muligheden for at henvise fusioner til Europa-Kommissionen i medfør af artikel 22 i fusionskontrolforordningen og forbuddet i TEUF artikel 102 om misbrug af dominerende stilling, jf. EU-Domstolens dom i C-449/21 (Towercast). Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har således mulighed for at få behandlet de fusioner, hvor der vurderes at være risiko for, at de kan være problematiske, ad andre veje.

Kommentar

Som anført ovenfor under punkt 2 vurderer Erhvervsministeriet, at der af hensyn til den effektive konkurrence er behov for at indføre en mulighed for at kræve fusioner under omsætningstærsklerne anmeldt. Flere andre EU-lande, f.eks. Norge og Tyskland, har indført lignende muligheder, ligesom Europa-Kommissionen har ændret sin praksis for henvisning af fusioner for at imødegå potentielt skadelige fusioner under omsætnings-tærsklerne.

Det bemærkes derudover, at muligheden for at henvise fusioner til behandling hos Europa-Kommissionen efter artikel 22 i fusionskontrolforordningen er betinget af, at den pågældende fusion påvirker samhandlen mellem medlemsstater mærkbart. Dermed kan sager, der alene påvirker nationale konkurrenceforhold, ikke henvises efter artikel 22, og artikel 22 omfatter således som det typiske ikke de fusioner, der kan falde ind under lovforslagets anvendelsesområde, herunder f.eks. store udenlandske virksomheders opkøb af mindre danske virksomheder, som primært har aktiviteter i Danmark. Den foreslåede mulighed for at kræve visse fusioner under de fastsatte omsætningstærskler anmeldt er således efter Erhvervsministeriets vurdering et naturligt supplement til artikel 22 i fusionskontrolforordningen og Europa-Kommissionens seneste praksis for accept af henvisninger efter fusionskontrolforordningens artikel 22. Den foreslåede mulighed for at kræve visse fusioner under omsætningstærsklerne anmeldt dækker således grundlæggende det samme behov i forhold til at sikre effektiv fusionskontrol som muligheden for henvisning efter artikel 22, idet mulighederne hver især vil dække forskellige typer af sager.

I forhold til bemærkningerne om forbuddet i TEUF artikel 102 om misbrug af dominerende stilling (jf. EU-Domstolens dom i C-449/21 (Towercast)) bemærkes, at reglerne om fusionskontrol grundlæggende har et andet formål og blev indført, fordi forbudsbestemmelserne i TEUF artikel 101 og artikel 102 ikke blev fundet tilstrækkelige til at kontrollere alle transaktioner. Reglerne om fusionskontrol i konkurrenceloven baserer sig således på

forudgående kontrol af fusioner, og fusionskontrollen har ikke alene til formål at hindre skabelsen eller styrkelsen af dominerende stilling men generelt at sikre, at den effektive konkurrence ikke hæmmes betydeligt, herunder også i form af koordinerede virkninger eller konglomerateffekter. Hertil kommer, at adfærden i Towercast-dommen blev anset for at udgøre et misbrug af dominerende stilling, som helt grundlæggende er en anden vurdering, end hvorvidt en fusion vurderes at hæmme den effektive konkurrence betydeligt, herunder om der skabes eller styrkes en dominerende stilling.

På den baggrund er det Erhvervsministeriets vurdering, at de nuværende fusionskontrolregler ikke er tilstrækkelige til at behandle de fusioner, hvor der vurderes at være risiko for, at fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt.

3.2. Kriterier for at kræve en fusion anmeldt

Advokatrådet og **Danske Advokater** peger på, at der er uklarhed om vurderingsgrundlaget, og at de kvantitative og kvalitative kriterier bør ændres eller kvalificeres af hensyn til virksomhedernes retssikkerhed.

Advokatrådet finder, at metoden i praksis skaber en uklarhed om den reelle tærskel for, hvornår en transaktion kan eller vil blive omfattet af fusionskontrol, henset til at grundlaget for en udtagelse til fusionskontrol udviskes og ændres til en konkret vurdering foretaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremfor de nuværende objektive kriterier for anmeldelsespligt.

Danske Advokater foreslår konkret, at kriteriet for at kalde fusioner ændres, så det minimum svarer til tærsklen for at udstede foreløbige påbud i konkurrencelovens § 16 b, hvorefter det kræves, at der på det foreliggende grundlag skønnes at være risiko for, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt som følge af fusionen. Danske Advokater anbefaler desuden, at det i en vejledning detaljeret beskrives, hvornår kriteriet kan tænkes opfyldt for at bibringe den fornødne klarhed, ligesom det klarlægges, i hvilke situationer, herunder sektorer, den foreslåede model kan tænkes anvendt.

I forhold til det kvantitative kriterie peger Danske Advokater på to alternative modeller, som efter foreningens opfattelse både vil give en betydelig større grad af sikkerhed, omfatte færre uproblematisk og dermed rent ekspeditions-mæssige fusioner og skabe mindre transaktionsusikkerhed, og som formentlig vil være i stand til at "fange" de fusioner, som faktisk kan skade den effektive konkurrence.

En alternativ model er, at 1) de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 100 mio. kr., og 2) mindst to af de deltagende virksomheder hver især har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 50 mio. kr., og 3) værdien af transaktionen er mindst 900 mio. kr. En anden alternativ model er alene at se på transaktionsværdien, f.eks. mindst 900 mio. kr., frem for omsætning.

Danske Advokater bemærker desuden, at den foreslåede model reelt favoriserer udenlandske opkøb af danske virksomheder set i forhold til danske opkøb af danske virksomheder.

Danske Medier peger på, den foreslåede fusionsregel vil være helt uigennemskuelig og skabe betydelig usikkerhed for transaktioner og dermed virke negativ for markedsudviklingen og markedsdynamikken.

Danske Medier bemærker, at hvis der er et behov for at kunne regulere særlige situationer, hvor omsætningen ikke er retvisende for, om der kan være et problem, bør man lave en objektiv regel baseret på, at en transaktion har en given og væsentlig værdi, sådan som det for eksempel er set i Tyskland. Kriteriet om, at parternes samlede danske omsætning kun overstiger 50 mio. kr., kombineret med, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ”skønner”, at der er en risiko for, at en sådan transaktion kan hæmme konkurrencen betydeligt, er dels alt for vidtgående, dels retssikkerhedsmæssigt uacceptabel.

Erhvervsorganisationerne peger på, at ingen virksomheder ønsker at leve med den risiko, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter en fusions gennemførelse udsteder et påbud om deling af virksomheden, og at denne usikkerhed forstærkes yderligere af, at der ikke i selve lovteksten fremgår et maksimalt tidsmæssigt loft over, hvor langt styrelsen kan gå tilbage.

Green Power Denmark bemærker, at på et ungt marked i hastig udvikling er opkøb og fusioner en naturlig del af udviklingen af markedet, og særligt på markeder med høj omsætning og små marginer kan den lavere omsætningstærskel risikere at bremse udviklingen i markedet og besværliggøre fusioner og opkøb til ugunst for forbrugerne og markedsudviklingen.

Kommentar

I relation til de alternative modeller til en kvantitativ tærskel fra Danske Advokater og Danske Medier bemærkes, at Erhvervsministeriet har overvejet forskellige modeller for en kvantitativ tærskel. Som anført i lovforslagets almindelige bemærkninger afsnit 2.1.2. har den kvantitative betingelse (de deltagende virksomheder har tilsammen en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 50 mio. kr.) til formål at gøre det mere forudsigeligt, hvilke fusioner der kan blive omfattet af den foreslåede bestemmelse. Desuden vil det sikre, at små fusioner med begrænset eller ingen betydning for konkurrencen på et marked ikke vil kunne kræves anmeldt.

De alternative modeller, som Danske Advokater foreslår, indeholder begge forslag om, at værdien af transaktionen skal indgå sammen med eller i stedet for omsætning. Hertil bemærkes, at værdien af transaktionen efter Erhvervsministeriets opfattelse ikke vil være særligt velegnet som kvantitativ tærskel for, hvilke fusioner der kan kræves anmeldt. Der henvises i den forbindelse særligt til en undersøgelse, Europa-Kommissionen tidligere har gennemført (Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control SWD(2021) 66 final), hvor betydningen af tærskler baseret på transaktionsværdi blev undersøgt. Her fandt Europa-

Kommissionen, at selvom transaktionsværdien kan indikere, at der er tale om en fusion med potentiel væsentlig betydning for konkurrencen, er transaktionsværdien i sig selv ikke afgørende for fusionens betydning for konkurrencen, og det blev omvendt også fundet, at transaktionsværdien i flere fusioner ikke kunne ses som en indikator for, om fusionen potentielt kunne have væsentlig betydning for konkurrencen. Det blev endvidere fremhævet, at en opgørelse af transaktionsværdi kan være meget vanskelig og vil modvirke den forudsigelighed, som tærsklerne skal bidrage til. Det blev derfor forudset, at både Europa-Kommissionen og virksomheder ville have uforholdsmæssige omkostninger forbundet med at opgøre transaktionsværdien til brug for en sådan tærskel. Dette hænger sammen med, at det i praksis kan være meget vanskeligt at opgøre transaktionsværdien, fordi den f.eks. kan være bundet op på aktieoptioner eller kriterier, hvis værdi først kan opgøres efter en vis tid, f.eks. væsentligt senere end fusionens gennemførelse.

I relation til Danske Advokaters bemærkning om, at den foreslåede model vil favorisere udenlandske opkøb af danske virksomheder, bemærkes, at det foreslåede kvantitative kriterie om, at de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 50 mio. kr., er i tråd med konkurrencelovens eksisterende fusionskontrolregler, der også knytter sig til omsætning i Danmark. Et alternativ, som ville imødekomme kritikken, ville være helt at fjerne det foreslåede kvantitative kriterie eller at fjerne kravet om omsætning i Danmark. Sådanne ændringer ville dog samtidig fjerne den forudsigelighed og sikkerhed for virksomheder og den begrænsning af ordningen, som det foreslåede kriterie på 50 mio. kr. i årlig omsætning i Danmark giver. Det skal endelig bemærkes, at forslaget samlet set vil øge muligheden for kontrol med udenlandske virksomheders opkøb af danske virksomheder. Erhvervsministeriet vurderer derfor ikke, at kravet om, at der skal være omsætning i Danmark, bør fjernes.

Med hensyn til bemærkningerne fra Advokatrådet og Danske Advokater om at klargøre den kvalitative betingelse i lovforslaget bemærkes, at det efter lovforslaget er en betingelse for at kræve en fusion anmeldt, at styrelsen vurderer, at der er risiko for, at fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling. Det vil være en konkret vurdering, om en sådan risiko foreligger. I de specielle bemærkninger til den foreslåede bestemmelse i konkurrencelovens § 12, stk. 6, (lovforslagets § 1, nr. 6) er der angivet nogle eksempler på situationer, hvor adgangen til at kræve fusioner anmeldt tænkes anvendt. Disse er ikke begrænset til specifikke sektorer, og de er ikke udtømmende. Det er præciseret i lovforslaget, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som udgangspunkt ikke vil anse fusioner for at være i risiko for at hæmme den effektive konkurrence betydeligt, hvis de umiddelbart opfylder betingelserne for forenklet anmeldelse, dvs. hvor de deltagende virksomheder ingen eller begrænsede horisontale overlap eller vertikale forbindelser har.

Som det fremgår af lovforslagets almindelige bemærkninger afsnit 2.1.2., vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forbindelse med reglernes ikrafttræden i en vejledning beskrive processen nærmere for fusioner, som vil blive krævet anmeldt i medfør af de foreslåede nye bestemmelser, samt løbende opdatere denne vejledning i lyset af erfaringer med anvendelsen af de foreslåede nye regler.

3.3. Frister

Advokatrådet, Danske Advokater, Danske Medier, Erhvervsorganisationerne og Finans Danmark bemærker, at de frister, der er indeholdt i lovforslaget, medfører transaktionsusikkerhed og skader retssikkerheden.

Advokatrådet og Danske Advokater bemærker, at der som minimum bør fastsættes en lovbestemt absolut frist for, hvornår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest kan kræve en fusion anmeldt. Ifølge Advokatrådet bør denne frist ikke overstige tre måneder fra fusionens gennemførelse og ifølge Danske Advokater tre måneder fra fusionsaftalens indgåelse.

Ifølge **Advokatrådet og Danske Advokater** bør den foreslåede 15-dages frist, inden for hvilken Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal vurdere, om fusionen skal kræves anmeldt, bero på en gennemsigtig og håndfast fristberegning, som virksomhederne kan støtte ret på, hvorfor begge anbefaler at lade 15-dages fristen løbe fra fusionens offentliggørelse (hvilket ifølge Advokatrådet skal forstås som offentliggørelsen af en sædvanlig pressemeddelelse, der lægges på virksomhedens hjemmeside og/eller indrykkes i et landsdækkende dagblad).

Danske Advokater finder, at lovforslagets forståelse og virkning af 15-dages fristen er ganske utilfredsstillende, henset til at virksomheder i stort omfang for blot at opnå en vis transaktionssikkerhed fremsender omfattende oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. En frist, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen egenhændigt bestemmer starttidspunktet for, vil reelt ikke bibringe fusionsparterne nogen retssikkerhed eller mindske transaktionsusikkerheden.

Finans Danmark bemærker, der er en række uklarheder i forbindelse med, hvornår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil være tilstrækkelig bekendt med fusionen, og 15 dages fristen starter. Det fremgår ikke tydeligt, hvor meget information, materiale og øvrige oplysninger der skal sendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, før 15 dages fristen begynder at løbe.

Kommentar

Advokatrådet, Danske Advokater, Danske Medier, Erhvervsorganisationerne og Finans Danmark peger på, at der ikke er en klar tidmæssig grænse for, hvornår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion anmeldt. Hertil bemærker Erhvervsministeriet, at det i det udkast til

lovforslag, der var i høring, var anført, at det ikke vil være hensigtsmæssigt, hvis der går for lang tid, fra en fusion er gennemført, til fusionen kræves anmeldt, og at styrelsen derfor som udgangspunkt ikke vil påbyde deltagende virksomheder en anmeldelsespligt, hvis det er mere end seks måneder siden, at fusionen blev gennemført. Det fremgik, at der kan være særlige omstændigheder, hvor det vil være hensigtsmæssigt at træffe afgørelse om påbud om anmeldelsespligt senere end seks måneder efter fusionens gennemførelse, f.eks. på grund af omfanget af potentielle konkurrenceproblemer på de berørte markeder. Dette svarer til det, der gælder for Europa-Kommissionens behandling af fusioner.

For at imødekomme erhvervsorganisationernes bekymring og virksomhedernes usikkerhed i forhold til, i hvor lang en periode Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen potentielt kan kræve en fusion anmeldt, og for dermed reducere transaktionsusikkerhed og andre omkostninger for virksomhederne, er lovforslaget på baggrund af høringsbemærkningerne blevet justeret på en række punkter. Konkret foreslås det, at der i konkurrencelovens § 12, stk. 6, (lovforslagets § 1, nr. 6) fastsættes en lovbestemt tidsmæssig grænse, der indebærer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kun i helt særlige tilfælde kan kræve en fusion anmeldt senere end tre måneder efter at fusionsaftalen er indgået, et overtagelsestilbud er offentliggjort, eller en kontrollerende andel er erhvervet, medmindre der foreligger særlige omstændigheder (dog maksimalt op til seks måneder efter fusionens gennemførelse), jf. mere herom nedenfor. Fristen regnes fra det tidligste af disse tidspunkter. Det betyder, at hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen f.eks. bliver orienteret om fusionen samtidig med fusionsaftalens indgåelse (f.eks. pr. mail), så vil fusionen ikke kunne kræves anmeldt, når der herefter er gået tre måneder, og styrelsen i øvrigt ikke har henvendt sig om fusionen for at bede om mere information.

Der kan under særlige omstændigheder være tilfælde, hvor en fusion kræves anmeldt efter 3-måneders fristen. I disse særlige tilfælde vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest kunne kræve fusionen anmeldt seks måneder efter fusionens gennemførelse.

Virningen af den foreslåede lovbestemte tidsmæssige grænse vil således være, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som det klare udgangspunkt ikke kan kræve en fusion anmeldt senere end tre måneder efter, at fusionsaftalen er indgået, et overtagelsestilbud er offentliggjort, eller en kontrollerende andel er erhvervet. Dette skal sikre, at de deltagende virksomheder inden for tre måneder fra fusionsaftalens indgåelse m.v. kan opnå sikkerhed i forhold til risikoen for, at en fusion kan kræves anmeldt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i medfør af den foreslåede bestemmelse. Erhvervsministeriet vurderer, at denne justering i høj grad vil kunne reducere den transaktionsusikkerhed og byrder i form af andre omkostninger, som flere organisationer har peget på i forbindelse med den offentlige høring.

Hertil kommer, at sandsynligheden for, at en fusion under tærskelværdierne kræves anmeldt, i udgangspunktet er lille, da disse fusioner som en hovedregel ikke vil give anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder. I tvivlstilfælde, eller hvis der er et ønske om hurtigt at få sikkerhed for, at en fusion ikke skal anmeldes, giver forslaget mulighed for at sende en evt. fortrolig orientering til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, at en fusionsaftale m.v. er indgået, hvorved man senest efter tre måneder efter indgåelsen af aftalen kan få sikkerhed for, om fusionen kræves anmeldt eller ej.

Hvis der foreligger særlige omstændigheder, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undtagelsesvis kunne kræve fusionen anmeldt på et senere tidspunkt. Sådanne særlige omstændigheder kan f.eks. foreligge i en situation, hvor fusionsparterne har fortroligholdt fusionsaftalen, herunder for at undgå at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle blive opmærksomme på fusionsaftalen. Der vil f.eks. også kunne foreligge særlige omstændigheder i tilfælde, hvor styrelsen har anmodet en deltagende virksomhed om oplysninger, som skal sætte styrelsen i stand til at vurdere, om fusionen skal kræves anmeldt, og hvor virksomhederne ikke inden for den fastsatte frist har besvaret denne anmodning.

Fusionsparterne vil kunne undgå, at der vil kunne opstå en situation, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at der foreligger "særlige omstændigheder", ved af egen drift og tilpas tidligt i tre-måneders perioden (og evt. fortroligt) at orientere Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, at fusionsaftalen er indgået, at et overtagelsestilbud er offentliggjort, eller en kontrollerende andel er erhvervet. Hvis en sådan orientering fra virksomhederne omvendt bliver sendt til styrelsen lige før udløbet af tre-måneders fristen, og styrelsen af den grund ikke vil være i stand til inden for tre-måneders fristen at tage stilling til, om fusionen skal kræves anmeldt, vil der kunne foreligge særlige omstændigheder, og perioden kan forlænges.

Dette betyder derfor som udgangspunkt, at hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen får orientering fra en deltagende virksomhed om, at der er indgået en fusionsaftale, så vil det være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der skal tage initiativ til at bede om yderligere oplysninger, hvis styrelsen ønsker at foretage en vurdering af, om fusionen skal kræves anmeldt. Sker dette ikke inden for tre måneders-perioden, kan styrelsen ikke længere kræve fusionen anmeldt.

Efter den foreslåede bestemmelse i konkurrencelovens § 12, stk. 6 (lovforslagets § 1, nr. 6), skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse om, at en fusion skal anmeldes, træffes senest 15 dage efter, at styrelsen er blevet "gjort bekendt" med fusionen. At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal være gjort bekendt med fusionen betyder, at styrelsen har modtaget relevante og tilstrækkelige oplysninger til at kunne foretage en vurdering af, om betingelserne for at kræve fusionen anmeldt er opfyldt.

Denne korte tidsfrist skal ifølge de almindelige bemærkninger afsnit 2.1.2. sikre, at de deltagende virksomheder opnår en hurtig afklaring af, om en fusion vil blive krævet anmeldt.

De oplysninger, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil have brug for til at kunne vurdere, om betingelserne for at kræve en fusion anmeldt er opfyldt, vil afhænge af den konkrete fusion og en konkret vurdering af oplysningerne i det enkelte tilfælde.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal på baggrund af oplysningerne alene tage stilling til, om fusionen skal anmeldes efter de almindelige regler. Det vil således kræve færre oplysninger end ved en almindelig anmeldelse. Der er lavet en tilpasning i lovforslagets specielle bemærkninger i beskrivelsen af eksempler på de oplysninger, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har brug for til at kunne foretage vurderingen med henblik på bl.a. at tydeliggøre, at der ikke gælder faste formkrav til, hvilke oplysninger der skal indsendes. Det vurderes ikke hensigtsmæssigt at ændre bestemmelsen, således at 15-dages fristen igangsættes med en pressemeddelelse som foreslået af Advokatrådet, da en sædvanlig pressemeddelelse typisk ikke indeholder tilstrækkeligt med oplysninger til at sætte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i stand til at vurdere, om betingelserne for at kræve en fusion anmeldt er opfyldt.

Samlet set indebærer den foreslåede ordning – med den ovenfor angivne ændring i form af en lovbestemt tidsmæssig grænse for at kunne kalde en fusion – at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som det klare udgangspunkt ikke kan kræve en fusion anmeldt senere end tre måneder efter, at fusionsaftale er indgået, et overtagelsestilbud er offentliggjort, eller en kontrollerende andel er erhvervet. Hvis der undtagelsesvis foreligger særlige omstændigheder, kan en fusion kræves anmeldt på et senere tidspunkt end de angivne tre måneder, dog senest seks måneder efter fusionens gennemførelse. Som anført ovenfor indebærer denne indskrænkning af den foreslåede ordning efter Erhvervsministeriets vurdering en væsentlig forbedring af virksomhedernes forudsigelighed og transaktionssikkerhed samt retsstilling, ligesom evt. byrder i form af andre omkostninger vurderes i høj grad at kunne reduceres.

Herudover vil der være en lovbestemt frist på 15 dage, der indebærer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse om at kræve en fusion anmeldt skal træffes senest 15 hverdage efter, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er blevet gjort bekendt med fusionen – dvs. at styrelsen har modtaget relevante og tilstrækkelige oplysninger til at kunne foretage en vurdering af, om betingelserne for at kræve en fusion anmeldt er opfyldt.

3.4. Andre bemærkninger

Herudover bemærker **Danske Advokater**, at det for at sikre de mest overskuelige regler bør overvejes, om bestemmelsen i telelovens § 51 a skal ophæves.

Kommentar

Erhvervsministeriet har noteret sig dette forslag.

4. Markedsefterforskning

4.1. Mulighed for at udstede påbud, uden at der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens forbudsbestemmelser

Advokatrådet, Danmarks Apotekerforening, Danske Advokater, Danske Medier, Erhvervsorganisationerne, Finans Danmark, og Green Power Denmark udtrykker generelt væsentlige betænkeligheder ved forslaget om at indføre et markedsefterforskningsværktøj med mulighed for at udstede påbud til virksomheder, uden at der er konstateret en overtrædelse af konkurrencelovens forbudsbestemmelser.

Advokatrådet anbefaler, at man ikke indfører muligheden for markedsefterforskning og de tilhørende påbuds- og tilsagnsmuligheder, da det vil skabe usikkerhed om retsgrundlaget og en betydelig forværring af gennemsigtigheden. Advokatrådet er i stærk opposition til muligheden for at indføre et værktøj, der i praksis vil pålægge virksomheder sanktioner, uden at der foreligger dokumenterede lovovertrædelser, da det efter Advokatrådets opfattelse medfører en væsentlig svækkelse af retssikkerheden for det danske erhvervsliv på det konkurrenceretlige område og ikke er i overensstemmelse med den måde, hvorpå et retssamfund burde regulere en fri markedsøkonomi.

Advokatrådet peger på, at det vil være genstand for mangel på grundlæggende retssikkerhed, idet legalitetsprincippet i praksis fraviges, da det udelukkende påhviler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at vurdere og træffe afgørelse om påbud og tilsagn, og at en rolle for styrelsen som både lovgiver og udøver af loven ikke stemmer overens med det grundlag, som den danske model er indrettet efter. Virksomheder kan således drive virksomhed i fuld overensstemmelse med konkurrencelovgivningen men stadig risikere pålæggelse af påbud eller tilsagn.

Danske Advokaters retssikkerhedsmæssige betænkeligheder knytter sig til, at forslaget om markedsefterforskning grundlæggende vil omkalfatre selv formålet med konkurrenceloven. Konkrete virksomheder vil kunne "straffes" for, at der efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse er adfærd eller strukturer, der tydeligt svækker konkurrencen, selv om de konkrete virksomheder ikke har overtrådt nogen regler. En sådan regulering indebærer efter Danske Advokaters opfattelse en alvorlig forskydning i det grundlæggende forhold mellem virksomheders adgang til at agere i en fri markedsøkonomi over for myndighedernes indgrebsbeføjelser, som må være underlagt et klart legalitetsprincip, som den foreslåede ordning ikke opfylder.

Danske Advokater bemærker, at med den foreslåede model vil virksomhederne ingen mulighed have for at søge rådgivning om, hvornår de risi-

kerer at blive pålagt et individuelt indgreb i form af et påbud, og det opfylder efter Danske Advokaters opfattelse ikke det skærpede hjemmelskrav, der må kræves for at pålægge individuelle virksomheder påbud om at ændre adfærd på en specifik måde. De peger også på, at lovforslaget begrundes i manglende konkurrence i den digitale sektor, men alligevel skal omfatte alle sektorer. Det forhold, at der findes lignende værktøjer i visse andre lande, kan efter Danske Advokaters opfattelse ikke være en selvstændig begrundelse for at indføre tilsvarende regler i Danmark. På den baggrund opfordrer Danske Advokater til, at muligheden for markedsefterforskning ikke vedtages.

Danske Advokater foreslår, at en markedsefterforskning alene skal kunne munde ud i afgivelse af frivillige tilsagn. Hvis en virksomhed ikke er indstillet på at afgive frivillige tilsagn, må styrelsen efter Danske Advokaters opfattelse ”nøjes” med at afrapportere og anbefale regelændringer eller åbne en håndhævelsessag. Som alternativ bør det alene være erhvervsministeren, der i givet fald kan udstede påbud efter inddragelse af relevante sektormyndigheder/ressortministerier.

Danske Medier gør gældende, at der allerede i dag er mulighed for, at virksomheder, som ellers må imødesee en sag om en overtrædelse af konkurrencereglerne, kan vælge at give tilsagn og ”tilpasse sig”, uden at der statueres nogen overtrædelse. Dette redskab, som i sig selv er ganske vidtgående, er efter Danske Mediers opfattelse fuldt ud tilstrækkeligt, såfremt myndighederne mener, at der udvises adfærd fra en virksomheds side, som kan være et problem.

Erhvervsorganisationerne peger på, at der allerede i dag efter bestemmelsen i konkurrencelovens § 16 b er adgang til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i hastetilfælde kan træffe afgørelse om at pålægge en virksomhed m.v. et foreløbigt påbud, og Erhvervsorganisationerne finder, at der ikke er dokumenteret et behov for indførelse af et nyt håndhævelsesværktøj, der går videre end konkurrencelovens § 16 b.

Kommentar

Formålet med lovforslaget er som anført at sikre mere effektiv konkurrence med en styrket håndhævelse i tilfælde, hvor konkurrencen kan være begrænset, men hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter de gældende regler ikke har mulighed for at gribe effektivt ind.

Det kan f.eks. være i situationer med såkaldt parallel adfærd, f.eks. når virksomheder på et oligopolistisk marked på grund af såkaldt stiltiende koordinering har indrettet sig med nogle handelsvilkår, som f.eks. ikke medfører effektivitetsgevinster og ikke er udtryk for almindelig konkurrence på f.eks. pris, kvalitet, service osv., men som svækker konkurrenters adgang til markedet eller reducerer kundemobiliteten væsentligt til skade for konkurrencen.

Det kan også være situationer, hvor virksomheder og/eller forbrugere er afhængige af en udbyder – f.eks. en platform – som udnytter denne afhængighed til skade for konkurrencen og innovationen i markedet, eller hvor kunderne i kraft af begrænset adgang til relevant information reelt forhindres i at kunne sammenligne priser m.v. mellem forskellige udbydere og derfor ikke kan træffe oplyste valg til skade for konkurrencen.

Med det foreslåede markedsefterforskningsværktøj vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen få mulighed for at gennemføre en markedsefterforskning, som er en undersøgelse af adfærd eller strukturer i en eller flere erhvervssektorer. Iværksættelsen af en markedsefterforskning vil forudsætte forudgående godkendelse fra Konkurrencerådet og vil ske efter en grundig og transparent proces med inddragelse af og dialog med interessenter.

Såfremt det ved en markedsefterforskning vurderes og kan dokumenteres, at et markeds struktur eller virksomheders adfærd tydeligt svækker konkurrencen til skade for forbrugere og/eller virksomheder, vil Konkurrencerådet få mulighed for at gribe ind ved at udstede et adfærdsmæssigt påbud til en eller flere virksomheder på det pågældende marked. Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at der er adfærd eller strukturer, som svækker konkurrencen, kan styrelsen gøre tilsagn, som virksomhederne har afgivet, bindende. Et tilsagn betyder, at styrelsen indgår aftale med de pågældende virksomheder om at ændre adfærd.

Et adfærdsmæssigt påbud som led i en markedsefterforskning udstedes af Konkurrencerådet, hvis det efter Konkurrencerådets vurdering i det fornødne omfang kan dokumenteres, at et påbud er nødvendigt, rimeligt og proportionalt i forhold til at afhjælpe den identificerede konkurrencesvækkelse og fremme effektive konkurrenceforhold i den eller de pågældende sektorer. Et adfærdsmæssigt påbud vil f.eks. kunne bestå i, at en eller flere virksomheder skal stille bestemte typer af oplysninger til rådighed eller præsentere dem på en bestemt måde for sine kunder, så det er nemmere for kunden at sammenligne tilbud. Det vil i modsætning til, hvad der gælder i en række andre lande, ikke være muligt for styrelsen at udstede et strukturelt påbud som led i en markedsefterforskning. F.eks. vil det ikke være muligt at påbyde frasalg af dele af virksomheden.

Endvidere kan der ikke udstedes civile bøder i tilknytning til et påbud, da der netop ikke foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens forbudsbestemmelser. Derimod foreslås det, at der skal være mulighed for at pålægge en virksomhed en civil bøde, hvis virksomheden forsætligt eller groft uagtsomt undlader at efterkomme et adfærdsmæssigt påbud eller et tilsagn, der er gjort bindende.

Som anført i lovforslagets bemærkninger lægges der op til at sikre virksomhedernes forudsigelighed og retssikkerhed på flere måder, jf. også nedenfor. Et adfærdsmæssigt påbud skal for det første være nødvendigt, rimeligt og proportionalt. Det er ikke muligt at anvende strukturelle påbud, sådan som det er tilfældet i andre lande, f.eks. Island og Storbritannien.

For det andet indføres der en lang række procesregler om orientering og høring af virksomheder, som kan blive pålagt et påbud, ligesom virksomhederne for det tredje vil have mulighed for at indbringe et påbud for Konkurrenceankenævnet med automatisk opsættende virkning, hvorved forstås, at påbuddet ikke skal efterleves, før Konkurrenceankenævnet har haft lejlighed til at tage stilling til sagen. Der foreslås for det fjerde en stor grad af offentlighed omkring processen og inddragelse af interessenter og ressortmyndigheder samt for det femte tidsfrister, så en markedsefterforskning afsluttes inden for en afgrænset tidshorisont. Hvis der er givet et påbud ift. en konkret adfærd, er det desuden ikke muligt efterfølgende at starte en konkurrencesag, som vedrører den samme konkrete adfærd.

4.2. Forholdet til sektorregulering m.v.

Danske Advokater og **Danske Medier** anfører, at substansen i forslaget reelt er en overførsel af bredere lovgivningsmæssig reguleringskompetence til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som bør være undergivet politisk kontrol.

Advokatrådet anfører tilsvarende, at såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at der er adfærd eller strukturer, der tydeligt svækker den effektive konkurrence, eller der er risiko herfor, må det være en politisk beslutning, hvorvidt disse sektorer skal underlægges regulering.

Danske Medier bemærker, at ser man på den lange række af analyser af markedsforhold, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gennem årene har udarbejdet i forskellige brancher, kan man konstatere, at der sjældent er stor enighed om, hvordan disse undersøgelser og deres resultater skal læses og forstås, og at der i høj grad kan være tale om politiske prioriteringer, hvor konkurrencemyndighederne - f.eks. med deres gentagne undersøgelser af apotekervæsenet - vedholdende har ageret i modsætning til de politiske prioriteringer.

Green Power Denmark bemærker, at et markedsefterforskningsværktøj vil give en betydelig usikkerhed hos markedsaktørerne, særligt på nye markeder eller markeder i hastig udviklingen eller forandring, og den usikkerhed risikerer i sig selv at give svækket konkurrence. Foreningen er også betænkelig ved, om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har det fulde overblik over sammenhængene i en branche i forhold til andre samfundshensyn end de konkurrencemæssige. Green Power Denmark bemærker i den forbindelse, at man f.eks. har oplevet, at styrelsen anerkender de samfundsmæssige hensyn i forbindelse med balancering af elnettet og opladning af elbiler, men efter foreningens opfattelse ikke tillægger dette tilstrækkelig værdi i den samlede vurdering af effekterne af en vurderet konkurrencesituation på markedet.

Danske Advokater bemærker, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter lovforslaget blot skal høre relevante sektormyndigheder, men at styrelsen herefter selv foretager afvejningen af interesserne og kan udstede påbud på trods af, at sektormyndigheden har udtalt sig imod en udstedelse af

påbud. Danske Advokater finder, at en sådan model, hvor der ses stort på sektormyndighedernes detail-kendskab, er ganske uegnet. Efter de gældende regler har den relevante sektormyndighed det sidste ord, mens det efter lovforslaget vil være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der får det sidste ord. Der henvises i den forbindelse til bestemmelserne i konkurrencelovens § 2, stk. 2, 4 og 5. Med den foreslåede markedsefterforskningsmodel, som indføres i konkurrencelovens kapitel 6, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter Danske Advokaters opfattelse ikke være bundet af bestemmelserne i konkurrencelovens § 2, og Danske Advokater kan ikke bakke op om, at en enkelt myndighed kan sætte sig ud over sektormyndigheder og den offentlige regulering.

Erhvervsorganisationerne peger ligeledes på, at det foreslåede markedsefterforskningsværktøj ikke bør kunne anvendes, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering og dermed undtaget fra konkurrencelovens anvendelsesområde, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2.

Danske Medier bemærker, at lovforslaget udhuler de eksisterende regler i konkurrencelovens § 2, hvorefter konkurrencebegrænsninger, som er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, godt kan bringes til diskussion af konkurrencemyndighederne, men i sidste ende er et spørgsmål, som den ansvarlige ressortmyndighed og minister må vurdere. Forslaget vil således på det punkt være udtryk for en udemokratisk udvikling, som foreningen vender sig imod.

Danmarks Apotekerforening lægger omvendt til grund, at der ikke med lovforslaget gives mulighed for at udstede påbud vedrørende adfærd, som er en følge af sektorspecifik lovgivning.

Kommentar

I den foreslåede proces for en markedsefterforskning er der i lighed med, hvad der allerede i dag gælder i forhold til konkurrenceanalyser, indbygget en stor grad af offentlighed omkring processen med inddragelse af eksterne interessenter og ressortmyndigheder. Det foreslås bl.a., at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forud for udstedelsen af et adfærdsmæssigt påbud skal høre relevante markedsdeltagere og ressortmyndigheder over det påtænkte påbud, så Konkurrencerådet ved vurderingen af, om påbudet er egnet og proportionalt, kan inddrage sektorspecifikke forhold og markedsdeltagernes synspunkter, jf. den foreslåede bestemmelse i konkurrencelovens § 15 f, stk. 4, (lovforslagets § 1, nr. 8) med specielle bemærkninger.

Det fremgår endvidere af de specielle bemærkninger, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sammen med relevante ressortmyndigheder vil skulle afklare, om der er modstående hensyn. Hvis ressortmyndigheden tilkendegiver, at der er vægtige hensyn, som taler imod, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen griber ind, skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til-

lægge dette væsentlig betydning, når styrelsen vurderer, om det er nødvendigt og proportionalt at træffe afgørelse om et påbud, hvilket nu er præciseret i lovforslagets bemærkninger.

Det skal i den forbindelse også nævnes, at det ikke på noget tidspunkt har været hensigten, at der skal være mulighed for at udstede påbud til virksomheder om at ændre en bestemt adfærd, hvis en sådan adfærd er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Dette er nu præciseret i lovforslagets bemærkninger. Der er efter Erhvervsministeriets opfattelse ikke tale om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med markedsefterforskningsværktøjet tillægges en generel kompetence til at regulere en sektor.

Det skal også nævnes, at et adfærdsmæssigt påbud ifm. en markedsefterforskning vil kræve omfattende analyse og dialog med interessenter, og arbejdet med at udforme et påbud vil typisk være ganske omfattende. Forslaget er tænkt sådan, at der som udgangspunkt, efter der f.eks. er udarbejdet en sektoranalyse, som udgangspunkt vil være op til to år, hvor der blandt andet skal arbejdes med at udforme og markedsteste et evt. påbud efter dialog med interessenter. Samtidig stilles betydelige krav til dokumentation for, at den konkurrencebegrænsende adfærd er skadelig, og at påbuddet er egnet og proportionalt, før et påbud kan udstedes.

4.3. Betingelserne for at udstede et adfærdsmæssige påbud m.v.

Advokatrådet og Danske Advokater bemærker, at det er uklart, hvilke krav der er til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens belæg for, at der findes adfærd eller strukturer, som tydeligt svækker konkurrencen, eller at der er risiko herfor.

Danske Advokater kritiserer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke behøver at vurdere, at der faktisk findes adfærd eller struktur, der tydeligt svækker konkurrencen, da man kan nøjes med at vurdere, at der er en risiko for, at en sådan adfærd eller struktur vil opstå i fremtiden.

Erhvervsorganisationerne bemærker endvidere, at det ikke fremgår klart af lovforslagets bemærkninger, hvad Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i praksis vil bruge markedsefterforskningsværktøjet til. Skillelinjen mellem strukturelle og adfærdsmæssige påbud er efter erhvervsorganisationernes opfattelse ikke fuldstændig klar. Set fra virksomhedernes perspektiv er ejerskab af data typisk en konsekvens af målrettede investeringer, og et påbud om at give konkurrenter adgang til data vil fratage dem en legitim konkurrencefordel, og lovgiver skal derfor sikre, at den virksomhed, der ejer data, modtager en rimelig kompensation fra de konkurrenter, der får adgang. Påbud om adgang til f.eks. særligt følsomme og kritiske data rejser efter organisationernes opfattelse også en potentiel problemstilling i forhold til den nationale sikkerhed. Det er endvidere vigtigt, at der ikke anlægges en meget svæver markedsafgrænsning, og at det sikres, at værktøjet ikke anvendes på nystartede virksomheder, der høster fordele ved at være først på markedet.

Erhvervsorganisationerne bemærker, at en eventuel introduktion af markedsefterforskning på nationalt niveau vil bidrage til markedssegmentering med risiko for at isolere dansk økonomi, danske virksomheder og forbrugere i EU. Der er ingen europæiske standarder for sådanne undersøgelser og for de markedsmæssige indgreb, der lægges op til, og en national tilgang vil uundgåeligt føre til fragmentering og overlap med andre værktøjer på EU-niveau under Digital Markets Act.

Kommentar

Advokatrådet og Danske Advokater har bemærkninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens skønsbeføjelse i forhold til, hvornår der efter den foreslåede bestemmelse i konkurrencelovens § 15 f, stk. 4, vurderes at være adfærd eller strukturer, der tydeligt svækker den effektive konkurrence, eller der er risiko herfor. Hertil bemærkes, at det i de specielle bemærkninger til bestemmelsen i det udkast til lovforslag, som har været i høring, var angivet, at det vil være en forudsætning, at styrelsen både vurderer og dokumenterer, at der er – eller er risiko for – forhold, der tydeligt svækker den effektive konkurrence i den eller de erhvervssektorer, der er omfattet af markedsefterforskningen, i en sådan grad, at Konkurrencerådet vurderer, at det er nødvendigt at gribe ind.

Der er tale om et indgribende værktøj, og derfor stilles der bl.a. krav om, at det skal kunne dokumenteres, at svækkelsen af konkurrencen er tydelig, herunder at den har medført skadevirkninger for andre virksomheder eller forbrugere, eller at det sandsynliggøres, at sådanne skadevirkninger vil indtræffe som følge af svækkelsen af konkurrencen. Skadevirkninger kan f.eks. være, at der er konkrete vilkår eller en særlig adfærd i den undersøgte erhvervssektor, som svækker konkurrencen i så væsentlig grad, at den medfører negative virkninger på konkurrenceparametrene på markedet, såsom pris, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation. Denne vurdering tager således afsæt i en analyse og vurdering af adfærdens konkrete effekter i markedet og kan i den forstand ses som en parallel til den analyse, der gennemføres som led i vurderingen af, om en konkurrencebegrænsende aftale m.v. har til følge af begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6 og EUF-Traktatens artikel 101, hvor der også foretages en analyse af de konkurrencebegrænsende virkninger af en aftale m.v.

De skadevirkninger, som en adfærd eller strukturer medfører, skal være så væsentlige, at de kan begrunde et indgreb med det påtænkte adfærdsmæssigt påbud, som begrænser virksomhedernes frihed i forhold til at bestemme deres kommercielle adfærd. Konkurrencerådets mulighed for at gribe ind er derfor begrænset til at gælde for konkurrenceproblemer af en vis betydning, således at der ikke kan gribes ind over for forhold, der alene indebærer mindre negative virkninger på konkurrencen.

I lovforslaget er det præciseret, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal vurdere og kunne dokumentere, at svækkelsen af konkurrencen er tydelig, herunder at den har skadevirkninger for andre virksomheder eller forbrugere, eller sandsynliggøre, at sådanne skadevirkninger vil indtræffe som følge af den svækkende konkurrence. Endvidere skal de identificerede konkurrenceproblemer være af en vis betydning.

Det bemærkes i øvrigt, at der som anført af erhvervsorganisationerne i visse tilfælde vil kunne opstå spørgsmål om, hvorvidt et konkret påbud er adfærdsmæssigt eller strukturelt, og at dette vil være en konkret vurdering fra gang til gang, idet Konkurrencerådet efter det foreslåede dog alene gives hjemmel til at udstede adfærdsmæssige påbud. Virksomhederne vil kunne få prøvet dette spørgsmål ved Konkurrenceankenævnet og domstolene.

4.4. Sagsoplysning

Danske Advokater foreslår, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som led i en markedsefterforskning ikke skal have adgang til at afkræve oplysninger efter konkurrencelovens § 17 eller gennemføre kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18. Der henvises bl.a. til, at det synes uproportionalt at tillade tvangsindgreb over for virksomheder, når det ikke sker som led i en undersøgelse af en mulig lovovertrædelse.

Erhvervsorganisationerne peger tillige på, under hvilke præmisser brugen af oplysninger, der er indhentet under markedsefterforskningen, vil kunne anvendes som bevis i en potentiel senere overtrædelsessag.

Kommentar

Muligheden for at afkræve oplysninger efter konkurrencelovens § 17 og muligheden for at gennemføre kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 kan efter de gældende regler også anvendes ved sektorundersøgelser og analyser. Det er derfor efter Erhvervsministeriets vurdering helt naturligt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen også i forbindelse med en markedsefterforskning skal kunne anvende de muligheder for sagsoplysning, som fremgår af konkurrencelovens § 17 og 18, jf. lovforslagets § 1, nr. (8). Oplysningerne vil bidrage til en korrekt sagsoplysning, herunder ikke mindst at undgå at indføre påbud, som der ikke er grundlag eller behov for.

Det indebærer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som led i en markedsefterforskning i henhold til konkurrencelovens § 17 vil kunne kræve alle oplysninger, som styrelsen skønner nødvendige for, at styrelsen kan gennemføre markedsefterforskningen, og som står i et rimeligt forhold til formålet. Forslaget indebærer endvidere, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i henhold til konkurrencelovens § 18 vil kunne gennemføre uanmeldte kontrolundersøgelser i virksomheder og virksomhedssammenslutninger med henblik på at indsamle oplysninger til brug for markedsefterforskningen.

Det bemærkes, at der i forbindelse med en kontrolundersøgelse som led i en markedsefterforskning ikke vil være krav om, at styrelsen har en formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven. Det svarer til, hvad der gælder i forbindelse med kontrolundersøgelser, som foretages som led i sektorundersøgelser og analyser. Dette er præciseret i lovforslagets specielle bemærkninger til den foreslåede bestemmelse.

Erhvervsorganisationerne stiller spørgsmål ved, under hvilke præmisser brugen af oplysninger, der er indhentet under markedsefterforskningen, vil kunne anvendes som bevis i en potentiel senere overtrædelsessag. Hertil bemærkes, at en markedsefterforskning som anført i lovforslagets bemærkninger ikke er til hinder for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samtidig behandler eller indleder behandling af andre sager vedrørende en eller flere af de virksomheder, der er part i en markedsefterforskning. Det kan f.eks. være en sag eller undersøgelse om en mulig overtrædelse af konkurrenceloven. Når styrelsen har indhentet oplysninger, f.eks. ved en kontrolundersøgelse, er styrelsen som udgangspunkt berettiget til også at anvende oplysningerne i en anden sag.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan dog ikke, samtidig med at en markedsefterforskning pågår, behandle eller indlede behandling af andre sager vedrørende et muligt påbud til en eller flere af de virksomheder m.v., der er part i en markedsefterforskning, som vedrører præcis de samme forhold, som er omfattet af en verserende markedsefterforskning.

Hvis en markedsefterforskning afsluttes med, at Konkurrencerådet træffer afgørelse om påbud eller om at gøre tilsagn bindende inden for fristen i den foreslåede bestemmelse i konkurrencelovens § 15 f, stk. 8, vil styrelsen ikke efterfølgende kunne indlede en sag mod en virksomhed om en mulig overtrædelse af konkurrenceloven vedrørende præcis samme forhold, som er omfattet af påbud eller tilsagn afgivet af virksomheden m.v. i forbindelse med markedsefterforskningen. Hvis en virksomhed får et påbud i forbindelse med en markedsefterforskning, vil virksomheden således ikke efterfølgende kunne få en civil bøde for den samme adfærd, som påbuddet angår, og der vil ikke efterfølgende kunne rejses en konkurrencesag om det forhold, som adresseres i et påbud i en markedsefterforskning.

Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen derimod beslutter at afslutte en markedsefterforskning uden at træffe en afgørelse om påbud eller om at gøre tilsagn bindende, så vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efterfølgende have mulighed for at indlede en sag om en mulig overtrædelse af konkurrenceloven, hvis der vurderes at være grundlag herfor.

4.5. Indbringelse for Konkurrenceankenævnet eller domstolene

Danske Advokater bemærker, at den eneste reelle beskyttelse, virksomheder, der bliver mødt med et påbud efter en markedsefterforskning, har, er at bestride, at indholdet og omfanget af det konkrete påbud er for vidtgående og dermed uproportionalt. Muligheden for at indbringe et påbud

for Konkurrenceankenævnet eller domstolene bliver dermed nærmest indholdsløst. De forhold, som normalt er genstand for en prøvelse ved indbringelse af håndhævelsessager for Konkurrenceankenævnet og domstolene, vil således ikke indgå i sagen.

Herudover bemærker **Danske Advokater**, at der synes at være uoverensstemmelse mellem forskellige dele af lovforslaget for så vidt angår automatisk opsættende virkning, hvis et påbud udstedt efter en markedsefterforskning indbringes for Konkurrenceankenævnet eller domstolene. Danske Advokater opfordrer til, at indbringelse af påbud, hvad enten det sker for Konkurrenceankenævnet eller domstolene, sker med opsættende virkning.

Kommentar

Vedrørende bemærkningerne fra Danske Advokater om den prøvelse af påbud, der i praksis vil kunne ske ved Konkurrenceankenævnet eller domstolene, bemærkes, at det foreslås, at det skal være muligt at klage til Konkurrenceankenævnet over et påbud med opsættende virkning og efter en fremskyndet procedure. Virkningen vil være, at der er adgang til administrativ prøvelse ved Konkurrenceankenævnet af sådanne afgørelser, og at påbuddet ikke skal efterleves, før den administrative prøvelse er tilendebragt. Der vil også være mulighed for at indbringe afgørelsen for domstolene uden først at klage til Konkurrenceankenævnet. Forslaget skal ses i sammenhæng med, at en klage til Konkurrenceankenævnet normalt ikke har opsættende virkning. Det samme er tilfældet ved indbringelse af Konkurrencerådets eller Konkurrenceankenævnets afgørelser for domstolene.

Spørgsmålet om eventuel opsættende virkning ved indbringelse af et adfærdsmæssigt påbud for domstolene i medfør af konkurrencelovens § 20, stk. 3, vil skulle afgøres af domstolene efter retsplejelovens almindelige regler. Denne forskel er præciseret i lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 1.

Prøvelsen af påbud vil kunne omfatte, om betingelserne i de foreslåede bestemmelser i konkurrencelovens § 15 f, stk. 4 og 5, er opfyldt, herunder om Konkurrencerådet har dokumenteret, at der er adfærd eller strukturer, der tydeligt svækker den effektive konkurrence, og om påbuddet er egnet til at afhjælpe den identificerede svækkelse og fremme effektive konkurrenceforhold i den eller de pågældende sektorer, samt om påbuddet er nødvendigt, rimeligt og proportionalt.

5. Bødeudmåling

5.1. Bødernes størrelse og eksempler

Danske Advokater støtter, at bøderne med forslaget i højere grad vil afspejle den enkelte virksomheds gevinst ved en overtrædelse, og at bøderne tager højde for den enkelte virksomheds individuelle situation.

Danske Advokater mener, at det bør overvejes at ændre ordlyden i konkurrencelovens § 23 b, stk. 1 og 7, således at det ikke kun fremgår, at der

skal tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed, idet det fremgår af lovforslagets bemærkninger, at der også skal tages hensyn til den relevante omsætning samt skærpene og formildende omstændigheder.

Danske Medier ser ikke noget større behov for de foreslåede ændrede principper for bødeudmåling, men har ikke særlige bemærkninger hertil.

Erhvervsorganisationerne anfører, at der er tale om overimplementering, idet der lægges op til, at Europa-Kommissionens retningslinjer for bødeberegning også skal gælde på rent nationale sager, dvs. sager uden samhandelspåvirkning. Organisationerne mener samtidig, at stramning af bødeniveauerne i forhold til overtrædelse af den danske konkurrencelov ikke harmonerer med den gængse tradition for udmåling af bøder i rent danske sager.

Erhvervsorganisationerne finder det positivt, at de foreslåede bødeberegningsprincipper i nogle tilfælde vil kunne føre til lavere bøder. Organisationerne anfører dog samtidig, at de foreslåede bødeberegningsprincipper indebærer, at bødeniveauet samlet set vil kunne øges, og organisationerne finder behovet for højere bøder unødvendigt og udokumenteret.

Erhvervsorganisationerne finder behov for en række illustrative eksempler, der tydeliggør konsekvenserne af de foreslåede ændringer af bødeberegningsprincipperne, ligesom organisationerne finder det nyttigt med et bødeskema.

Finans Danmark anfører, at det ved flere lejligheder, senest i 2021, har været overvejet – og fravalgt – at ændre bødeberegningsprincipperne. Finans Danmark mener ikke, at det fremgår, hvad der er afgørende nyt i forhold til tidligere overvejelser. Finans Danmark peger på, at ved at anvende virksomhedernes omsætning som grundlag for bødeudmålingen, vil der være situationer, hvor store virksomheder pålægges høje bøder, der er uproportionale set i lyset af ønsket om en præventiv effekt samt sagens samlede karakter.

Forbrugerrådet Tænk støtter forslaget om at ændre bødeberegningsprincipperne, så civile bøder til virksomheder i højere grad end tidligere afspejler den konkrete økonomiske skade og den enkelte virksomheds involvering i overtrædelsen af konkurrenceloven.

Kommentar

I relation til bemærkningerne fra Danske Advokater bemærkes, at konkurrencelovens § 23 b omhandler principperne for udmåling af bøder for overtrædelse af konkurrenceloven.

Af den gældende bestemmelse i § 23 b, stk. 1, (som ikke foreslås ændret på dette punkt) er følgende anført:

”... ved udmåling af bøder tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed. Ved udmåling af bøder til virksomheder, virksomheds-

sammenslutninger eller enhver anden juridisk person skal der desuden tages hensyn til den pågældendes samlede koncernomsætning på verdensplan....”

Af den gældende § 23 b, stk. 2 og 3, – som ikke foreslås ændret med lovforslaget – følger, at der ved udmåling af bøder til virksomheder m.v. skal tages hensyn til eventuelle skærpende og formildende omstændigheder ved overtrædelsen.

Med lovforslaget foreslås det at indsætte et nyt stk. 7 i § 23 b, som vil omhandle udmåling af bøder til fysiske personer. Sanktionering af fysiske personer sker inden for strafferetsplejens rammer. Bøder til fysiske personer er derfor i modsætning til bøder til virksomheder ikke civile, men strafferetlige. Da omsætning kun er relevant i relation til virksomheder, vil der ikke skulle tages hensyn til omsætning i forbindelse med udmåling af bøder til fysiske personer. For så vidt angår skærpende og formildende omstændigheder i relation til sanktionering af fysiske personer, følger det af straffelovens kapitel 10, at der ved straffens fastsættelse vil skulle tages hensyn hertil.

For så vidt angår virksomheder m.v. følger det således allerede af konkurrencelovens § 23 b, stk. 1-3, at der ved bødeudmålingen – foruden hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed – også vil skulle tages hensyn til virksomhedens m.v. omsætning samt til skærpende og formildende omstændigheder. For fysiske personer følger det af straffelovens kapitel 10, at der ved strafudmålingen også skal tages hensyn til skærpende og formildende omstændigheder.

For så vidt angår bemærkningerne fra Erhvervsorganisationerne bemærkes, at forslaget om ændring af bødeberegningsprincipperne ikke er udtryk for implementering af EU-regler, og at der derfor ikke kan være tale om overimplementering. Ligesom det gør sig gældende for de nugældende bødeberegningsprincipper foreslås det, at de nye principper vil skulle finde anvendelse for både rent nationale overtrædelser af konkurrenceloven og for overtrædelser med samhandelspåvirkning. En sag vil ofte kunne angå overtrædelse af f.eks. både konkurrencelovens § 6 og den helt tilsvarende bestemmelse i EUF-traktatens artikel 101. Der bør derfor ikke gælde forskellige bødeberegningsprincipper afhængigt af, om der er tale om en national sag eller en sag med samhandelspåvirkning, idet det vil være særdeles uhensigtsmæssigt at skulle anvende forskellige bødeberegningsprincipper for overtrædelser, som reelt er identiske. Det bemærkes, at det ved ændringen af konkurrenceloven ved lov nr. 207 af 15. februar 2021, hvorved ECN+-direktivet blev implementeret, også blev fastsat (jf. konkurrencelovens § 2, stk. 6), at der for langt størstedelen af konkurrencelovens område skulle gælde ens regler, uafhængigt af om en sag har samhandelspåvirkning eller ej.

For så vidt angår bemærkningen om, at forslaget ikke skulle harmonere med den gængse tradition for udmåling af bøder i rent nationale sager

bemærkes, at det fortsat – ligesom efter gældende ret – vil være domstolene, der fastsætter bødeniveauet – både i rent nationale sager og i sager med samhandelspåvirkning.

I relation til bemærkningen om, at bødeniveauet samlet set vil kunne øges, og at behovet for højere bøder findes unødvendigt og udokumenteret, bemærkes, at de foreslåede bødeberegningsprincipper både vil kunne føre til højere og til lavere bøder end efter de nugældende beregningsprincipper. Formålet med ændringen er således ikke i sig selv at skærpe sanktionsniveauet i forhold til i dag men derimod at indføre nogle principper for udmåling af bøder, der i højere grad end i dag sikrer sammenhæng mellem bøden og den økonomiske skadevirkning samt virksomhedens involvering i overtrædelsen. Det vil også medføre en større sikkerhed for, at bøderne virker proportionale i forhold til, om det er en lille eller stor virksomhed, som overtræder loven. Samtidig vil ændringen indebære, at de danske bødeberegningsprincipper kommer til at afspejle Kommissionens bøderetningslinjer, hvilket også gør sig gældende for størstedelen af de europæiske lande, som Danmark normalt sammenlignes med.

Det bemærkes, at de nugældende og de foreslåede bødeberegningsprincipper ikke direkte kan sammenlignes, idet beregningsmodellerne grundlæggende ikke er ens. Der kan dog som udgangspunkt blive tale om højere bøder i sager, der f.eks. involverer store virksomheder med en høj relevant omsætning, og hvor der er tale om en grov og længerevarende overtrædelse. Omvendt kan en mindre grov overtrædelse, som involverer virksomheder med en begrænset relevant omsætning, føre til en lavere bøde end i dag.

Erhvervsorganisationerne har efterspurgt eksempler på beregning af bøder efter de foreslåede bødeberegningsprincipper, ligesom man finder det nyttigt med et bødeskema. Hertil bemærkes, at det – ligesom efter gældende ret – vil være domstolene, der fastsætter bøderne på baggrund af en vurdering af både bødeberegningsprincipperne og sagens konkrete omstændigheder. Da der altid vil være tale om en konkret vurdering af overtrædelsen og sagens omstændigheder, findes det hverken hensigtsmæssigt eller muligt at udarbejde et bødekatalog. Med forbehold for, at det som nævnt er domstolene, der har kompetencen til at fastlægge bødeniveauet, og med forbehold for at en sags konkrete omstændigheder kan føre til et andet resultat, kan der dog til illustration gives et par tænkte eksempler på bødeberegning efter de foreslåede principper:

Eksempel 1:

En virksomhed har begået en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 ved at indgå en kartelaftale om markedsdeling med en konkurrent. I det tænkte eksempel udgør virksomhedens relevante omsætning 100

mio. kr., og overtrædelsen stod på i to år. Virksomhedens samlede globale omsætning udgør i det tænkte eksempel 1 mia. kr.

Beregning af bøde efter de nugældende bødeberegningsprincipper:

En overtrædelse, som angår markedsdeling, er en såkaldt horisontal overtrædelse og vil kunne kategoriseres som enten en "alvorlig" overtrædelse eller som en "meget alvorlig" overtrædelse.

Hvis overtrædelsen vurderes til at være "alvorlig", vil bødens grundbeløb skulle fastsættes til mellem 4 og 20 mio. kr. Hvis overtrædelsen bedømmes som "meget alvorlig", vil bødens grundbeløb udgøre 20 mio. kr. eller mere.

Overtrædelsens varighed på to år indebærer, at der vil skulle lægges 20 % til bødens grundbeløb. Herudover må der forventes tillagt et ganske betydeligt beløb til bøden som følge af virksomhedens globale omsætning på 1 mia. kr.

Endelig vil bøden kunne reguleres i opad- eller nedadgående retning, afhængigt om der foreligger skærpende og/eller formildende omstændigheder i sagen.

Som følge af bødeloftet på 10 % kan bøden maksimalt udgøre 100 mio. kr.

Beregning af bøde efter de foreslåede bødeberegningsprincipper:

I det konkrete tilfælde vurderes det, at den andel af den relevante omsætning, som skal inddrages i bødens grundbeløb, udgør 18 % af den relevante omsætning, svarende til 18 mio. kr. Da overtrædelsen har stået på i to år, udgør bødens grundbeløb 2 x 18 mio. kr., dvs. 36 mio. kr.

Da der er tale om en overtrædelse, der angår markedsdeling, bør bødens grundløb forhøjes med et ekstrabeløb på 15-25 % af den relevante omsætning. Ekstrabeløbet vurderes i det konkrete tilfælde at skulle udgøre 18 % af den relevante omsætning (svarende til 18 mio. kr.), og bøden udgør herefter 54 mio. kr. svarende til 5 pct. af den årlige, globale omsætning.

Herudover vil bøden kunne reguleres i opad- eller nedadgående retning, afhængigt af om der foreligger skærpende og/eller formildende

omstændigheder i sagen, ligesom der eventuelt vil kunne ske forhøjelse af bøden i præventivt øjemed som følge af omsætningens størrelse.

Som følge af bødeloftet på 10 % kan bøden maksimalt udgøre 100 mio. kr.

I det illustrerede eksempel vil bøden, der beregnes efter de foreslåede bødeberegningsprincipper, sandsynligvis være højere end bøden, der beregnes efter de nuværende bødeberegningsprincipper.

Eksempel 2:

Overtrædelsen angår ligesom i eksempel 1 en kartelaftale om markedsdeling. I dette tænkte eksempel udgør virksomhedens relevante omsætning imidlertid kun 1 mio. kr., og virksomhedens samlede globale omsætning udgør 50 mio. kr. Ligesom i eksempel 1 stod overtrædelsen på i to år.

Beregning af bøde efter de nugældende bødeberegningsprincipper:

En overtrædelse, som angår markedsdeling, er en såkaldt horisontal overtrædelse og vil kunne kategoriseres som enten en "alvorlig" overtrædelse eller som en "meget alvorlig" overtrædelse.

Hvis overtrædelsen vurderes til at være "alvorlig", vil bødens grundbeløb skulle fastsættes til mellem 4 og 20 mio. kr. Hvis overtrædelsen bedømmes som "meget alvorlig", vil bødens grundbeløb udgøre fra 20 mio. kr.

Overtrædelsens varighed på to år indebærer, at der vil skulle lægges 20 % til bødens grundbeløb. Virksomhedens globale omsætning på 50 mio. kr. vil formentlig ikke føre til, at der tillægges et yderligere beløb til bøden.

Bøden vil dog kunne reguleres i opad- eller nedadgående retning, afhængigt om der foreligger skærpende og/eller formildende omstændigheder i sagen.

Som følge af bødeloftet på 10 % kan bøden maksimalt udgøre 5 mio. kr.

Beregning af bøde efter de foreslåede bødeberegningsprincipper:

Ligesom i eksempel 1 vurderes det i det konkrete tilfælde, at den andel af den relevante omsætning, som skal inddrages i bødens grundbeløb, udgør 18 % af den relevante omsætning, svarende til 180.000

kr. Da overtrædelsen har stået på i to år, udgør bødens grundbeløb 2 x 180.000 kr., dvs. 360.000 kr.

Bødens grundbeløb forhøjes ligesom i eksempel 1 med et ekstrabeløb på 18 % af den relevante omsætning, dvs. 180.000 kr. Bøden udgør herefter 540.000 kr.

Som anført i eksempel 1 vil bøden herefter kunne reguleres i opad- eller nedadgående retning, afhængigt af om der foreligger skærpende og/eller formildende omstændigheder i sagen, ligesom der eventuelt vil kunne ske forhøjelse af bøden i præventivt øjemed som følge af omsætningens størrelse.

Som følge af bødeloftet på 10 % kan bøden maksimalt udgøre 5 mio. kr.

I det illustrerede eksempel vil bøden, der beregnes efter de foreslåede bødeberegningsprincipper, sandsynligvis være lavere end bøden, der beregnes efter de nuværende bødeberegningsprincipper.

I relation til Finans Danmarks høringssvar bemærkes, at det er korrekt, at det tidligere har været overvejet at ændre bødeberegningsprincipperne. Som anført i lovforslagets bemærkninger, jf. afsnit 2.3.4. i de almindelige bemærkninger, overvejede Konkurrencelovsudvalget i 2012, om principperne skulle ændres, men så nogle ulemper herved, herunder at modellen kunne virke meget mekanisk, og hvis en virksomhed ikke var samarbejdsvillig, så ville princippet om forbud mod selvinkriminering kunne forhindre myndighederne i at tvinge virksomheden til at fremlægge nødvendige data. Som anført i lovforslaget finder Erhvervsministeriet ikke, at den foreslåede model er mere mekanisk end de bødeberegningsprincipper, der gælder i dag. For så vidt angår selvinkriminering, så er der i 2021 gennemført en ændring af konkurrenceloven, som medførte, at virksomheder har pligt til at afgive oplysninger, i det omfang det er foreneligt med forbuddet mod selvinkriminering efter EU-retten. En eventuel ulempe i forhold til selvinkriminering gør sig derfor ikke længere gældende.

5.2. Ikrafttræden af de ændrede bødeberegningsprincipper

Danske Advokater mener, at lovforslaget indebærer, at der lovgives med tilbagevirkende kraft, idet der lægges op til, at bøder for overtrædelser, som har fundet sted før lovens ikrafttræden, og som fortsat finder sted efter dette tidspunkt, vil skulle beregnes efter de principper, som foreslås indført med lovforslaget. Danske Advokater mener, at for overtrædelser, som både omfatter tiden før og efter lovforslagets vedtagelse, bør den mest lempelige bødeudmåling finde anvendelse. De bødeudmålingsprincipper, som skal anvendes i et sådant tilfælde, vil således enten kunne være de nugældende principper eller de principper, som foreslås indført med lovforslaget; afhængigt af hvad der i det konkrete tilfælde vil føre til den laveste bøde. Dette vil være i overensstemmelse med straffelovens § 3, EMRK artikel 7,

stk. 1, 2. pkt., EU's Charter om grundlæggende rettigheder artikel 49, stk. 1, samt almindelige retssikkerhedsprincipper.

Kommentar

Af det udkast til lovforslag, som var i høring, fremgik det, at det med lovforslaget foreslås, at overtrædelser, der er indgået eller har fundet sted før lovens ikrafttræden, og som også er ophørt før lovens ikrafttræden, for så vidt angår udmåling af bøder skal bedømmes efter den tidligere lov. Er der derimod tale om en overtrædelse, der har fundet sted før lovforslagets ikrafttræden, og som fortsat pågår efter denne dato, vil der være tale om en såkaldt fortsat overtrædelse. En sådan fortsat overtrædelse vil ikke skulle bedømmes efter den tidligere lovgivning, selvom en del af overtrædelserne har fundet sted, mens den tidligere lovgivning var i kraft. I stedet vil den nye lovgivning finde anvendelse på det samlede forhold.

Med henblik på at sikre, at lovforslaget er i overensstemmelse med EMRK, er der i den foreslåede ikrafttrædelsesbestemmelse i lovforslagets § 2 indsat et nyt stk. 3, hvor det fastsættes, at for overtrædelser, der har fundet sted før den 1. juli 2024, og som fortsat finder sted efter denne dato, finder de nye regler anvendelse, dog således at afgørelsen ikke derved må blive strengere end efter de hidtil gældende regler.

Overtrædelser, der er indgået eller har fundet sted før lovens ikrafttræden, og som også er ophørt før lovens ikrafttræden, skal for så vidt angår udmåling af bøder bedømmes efter den tidligere lov. Er der tale om en overtrædelse, der har fundet sted før den 1. juli 2024, og som fortsat finder sted efter denne dato, vil der være tale om en fortsat overtrædelse.

Virningen af den foreslåede bestemmelse i lovforslagets § 2, stk. 3, vil være, at de nye, foreslåede bødeberegningsprincipper finder anvendelse for sådanne fortsatte overtrædelser, dog således at sanktionen ikke kan blive strengere end efter de hidtil gældende bødeberegningsprincipper.

6. Afbrydelse af forældelsen for pålæggelse af civile bøder

Danske Medier bemærker, at den foreslåede ændring vedrørende afbrydelse af forældelsesfristen er unødvendig og skaber en ubalance i forholdet mellem myndighederne og virksomhederne og retsikkerhed for virksomhederne. Foreningen kan således ikke støtte forslaget om, at forældelsesfristerne for de civile sager afbrydes, mens disse sager verserer for retten. Hermed forældes bødeansvaret ikke, mens en sag om overtrædelse af det civile bødeansvar verserer ved Konkurrenceankenævnet eller domstolene. Dette skaber usikkerhed og betyder, at virksomhederne trods udnyttelsen af deres ret til en retlig prøvelse - hvilket i sig selv kan være en ganske langstrakt affære - ikke ved, hvor og hvornår de eventuelt skulle kunne blive ramt af et efterfølgende bødekrav.

Kommentar

Med henblik på at sikre den effektive håndhævelse af konkurrencereglerne indeholder lovforslaget forslag om ændring af reglerne om afbrydelse af forældelsen for virksomheders civile bødeansvar for overtrædelse af konkurrencereglerne. Formålet er at sikre, at bødeansvaret ikke forældes, mens en sag om overtrædelsen af konkurrencereglerne eller det civile bødeansvar verserer ved Konkurrenceankenævnet eller domstolene, og at virksomheder ikke kan opnå, at et bødeansvar forældes, fordi domstolsbehandlingen tager lang tid.

Hvis en virksomhed ikke inden for 10 år regnet fra den dag, hvor overtrædelsen eller undladelsen er ophørt, har vedtaget en civil bøde i en endelig afgørelse, eller en sag om pålæggelse af en civil bøde eller en sag om afgørelsen om overtrædelse af konkurrencereglerne er indbragt for retten eller Konkurrenceankenævnet efter konkurrencelovens § 20 eller 24 a, vil virksomhedens civile bødeansvar efter konkurrenceloven være forældet efter konkurrencelovens § 23 c.

7. Økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet m.v.

Advokatrådet, Danske Advokater, Erhvervsorganisationerne og Finans Danmark bemærker, at en gennemførelse af den del af lovforslaget, som omhandler muligheden for at kræve fusioner anmeldt, i betydelig grad vil medføre større transaktionsusikkerhed for virksomhederne i forhold til fusionskontrol og forøgede omkostninger for virksomhederne (evt. til eksternt rådgivning) samt en tungere proces og forsinkelser. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil herudover selv blive pålagt en yderligere ikke-ubetydelig arbejdsbyrde på behandling af uproblematiske fusioner, der skader styrelsens ressourceanvendelse, og forslaget vil medføre risiko for en markant udvidelse af omfanget af potentielle anmeldelser. De negative virkninger af den forøgede transaktionsusikkerhed må efter organisationernes opfattelse antages at medføre, at nogle investeringer og ellers konkurrencevenlige og værdiskabende fusioner ikke gennemføres, og at synergiefekter osv. dermed ikke opnås.

Erhvervsorganisationerne bemærker, at byrderne, der rammer det samlede erhvervsliv, er uproportionalt høje ikke mindst ud fra, at det forventes, at der årligt maksimalt vil være en til to fusioner, som vil blive krævet anmeldt i medfør af den foreslåede nye bestemmelse.

Erhvervsorganisationerne bemærker også, at mange virksomheder netop har det som strategi at udvikle noget, hvorefter virksomheden sælges. Dette udgør således finansieringsstrategien, når virksomheden starter op, og lovforslaget vil derfor kunne spænde ben for denne udvikling.

Advokatrådet og Danske Advokater bemærker, at estimatet for de omkostninger, som lovforslaget medfører for erhvervslivet, er stærkt under vurderet, især henset til yderligere og mere omfattende proces ved fusionsanmeldelser samt udgifter til eksterne rådgivere i forbindelse hermed.

Erhvervsorganisationerne finder, at det er helt afgørende for en saglig behandling af lovforslaget i Folketinget, at der foretages en reel og retvisende analyse af de økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet i forbindelse med de påtænkte stramninger. Lovforslagets estimater undervurderer efter Erhvervsorganisationernes opfattelse langt de eksterne rådgiveromkostninger, som erhvervslivet må forventes at blive påført, særligt fordi parterne i de fleste virksomhedstransaktioner må forventes at gøre brug af advokater til at håndtere den foreslåede fusionsbestemmelse. Endvidere bemærker Erhvervsorganisationerne, at beføjelsen med markedsefterforskningsværktøjet til at udstede påbud over virksomheder er en temmelig vidtgående beføjelse, og at vurderingen i lovforslaget af, at det vil have ”begrænsede omkostninger for erhvervslivet som helhed”, er en underdrivelse.

Kommentar

Lovforslagets almindelige bemærkninger indeholder i afsnit 4 i overensstemmelse med Lovkvalitetsvejledningen og Vejledningen om erhvervsøkonomiske konsekvensvurderinger et afsnit om de økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet.

Erhvervsstyrelsen (OBR) har vurderet, at lovforslaget samlet vil medføre administrative konsekvenser for erhvervslivet over 4 mio. kr., primært på grund af eksterne udgifter til advokatbistand i forbindelse med anmeldelsespligtige fusioner. Der er derfor gennemført en nærmere vurdering af de administrative konsekvenser i samarbejde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor flere virksomheder, der tidligere har gennemgået en anmeldelsespligtig fusion, har bidraget med oplysninger, der har gjort det muligt at kvantificere byrderne nærmere og komme med et retvisende omkostningsskøn. Resultaterne af vurderingen fremgår af lovforslagets samlede erhvervsøkonomiske konsekvensvurdering, jf. afsnit 5, og er skønnet til at være ca. 10-15 mio. kr. årligt.

Erhvervsministeriet er herudover opmærksom på, at der kan være andre omkostninger for virksomhederne i form af adfærdsvirkninger forbundet med, at virksomheder i praksis vil skulle håndtere en potentiel men ret begrænset risiko for at blive pålagt en anmeldelsespligt, men dette er ikke en direkte konsekvens af den foreslåede lovgivning, jf. vejledning om erhvervsøkonomisk konsekvensvurdering. Sådanne omkostninger vil f.eks. kunne bestå i interne omkostninger og omkostninger til ekstern rådgivning.

Det bemærkes i den forbindelse, at den foreslåede justering af lovforslaget i form af lovbestemt tidsmæssig grænse for, hvor lang en periode Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen potentielt vil kunne kræve en fusion anmeldt, vurderes i høj grad at kunne reducere den transaktionsusikkerhed og de andre omkostninger, som der er peget på af flere organisationer.

Med hensyn til den del af lovforslaget, som omhandler markedsefterforskning, bemærkes, at det fremgår af lovforslagets almindelige bemærkning

ger, afsnit 5, at det i sagens natur ikke er muligt at opgøre disse omkostninger på nuværende tidspunkt, da det afhænger af de konkrete påbud eller tilsagn, som skal være proportionale i forhold til den konkurrencebegrænsning, som markedsefterforskningen identificerer. Det betyder, at der i de konkrete markedsefterforskninger tages højde for de omkostninger, som et eventuelt påbud eller tilsagn måtte medføre for erhvervslivet.

Afslutningsvis bemærker Erhvervsministeriet, at det forventes lovforslaget også vil have positive samfundsøkonomiske konsekvenser, idet forslaget vil styrke den effektive konkurrence.

8. Øvrige bemærkninger, der ikke knytter sig til lovforslaget

Erhvervsorganisationerne opfordrer med inspiration fra Europa-Kommissionen til som minimum at indføre en tilsvarende uafhængig høringsofficer ("Hearing Officer-funktion"), der kan beskytte virksomhedernes proceduremæssige rettigheder og sikre, at alt går rigtigt og retfærdigt til under forløbet af en konkurrencesag. Den udpegede høringskonsulent bør være forpligtet til en gang årligt at sende en redegørelse til Folketinget.

Kommentar

I forbindelse med behandlingen af den ændring af konkurrenceloven, der havde til formål at implementere det såkaldte ECN+-direktiv i dansk ret, blev der bl.a. fra Erhvervsorganisationerne også peget på muligheden for at indføre en såkaldt høringskonsulent.

En høringskonsulents rolle er bl.a. at fungere som en uafhængig mægler i proceduremæssige tvister mellem Europa-Kommissionen og en part. Sådanne funktioner varetages allerede i vidt omfang af Konkurrenceankenævnet og Folketingets Ombudsmand. Hvis virksomheder f.eks. er utilfredse med adgang til aktindsigt, fortroligholdelse af oplysninger i afgørelser eller andre formalia, kan det således i langt de fleste tilfælde indklages for Konkurrenceankenævnet, hvor formanden er højesteretsdommer. Endvidere påser Folketingets Ombudsmand, at tilsynsmyndigheder som f.eks. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen iagttager de forvaltningsretlige krav til god forvaltningsskik i forbindelse med sagsbehandlingen. Der indbringes løbende klager over formelle forhold til Konkurrenceankenævnet, ligesom der også har været klaget til Folketingets Ombudsmand. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har fået medhold i langt de fleste af de formelle sager ved Konkurrenceankenævnet, og Folketingets Ombudsmand har ikke fundet anledning til at fremsætte kritik i de sager, som Folketingets Ombudsmand har behandlet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er blot en blandt mange tilsynsmyndigheder her i landet.

Der er ikke i Danmark tradition for, at myndigheder underlægges kontrol af en særlig høringskonsulent med de foreslåede beføjelser. Den danske konkurrencelovs § 15 a indeholder særlige bestemmelser om specifikke og ganske lange høringsfrister. Derudover er den danske konkurrencemyndighed – ligesom alle andre danske myndigheder – underlagt de regler og

principper, der følger af forvaltningsloven, herunder ikke mindst official-princippet (dvs. krav om at oplyse en sag tilstrækkeligt, der understøtter, at der træffes materielt lovlige og rigtige afgørelser). Det forhold, at det er Konkurrencerådet, der afgør sagen, indebærer, at det er en anden personkreds, der træffer afgørelse, end den, der har undersøgt og oplyst konkurrencesagen. Med hensyn til retten til at blive hørt har parterne i en sag også ret til – udover at afgive hørings svar, som også tilgår Konkurrencerådet – at give fremmøde for Konkurrencerådet. Desuden kan sagerne efterfølgende ankes til Konkurrenceankenævnet, Sø- og Handelsretten og herefter enten Landsretten eller direkte til Højesteret. Der sker således en omfattende prøvelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser og vurderinger.

Hertil kommer i øvrigt, at der i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen systematisk gennemføres såkaldt peer-review (kvalitetssikring) af konkurrence- og fusionssager, hvor erfarne medarbejdere, som ikke har været involveret i sagen, efterprøver beviser og argumentation m.v., før der træffes beslutning om, hvorvidt sagen kan gå videre til Konkurrencerådet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har også oprettet en funktion som retssikkerhedschef, bl.a. med henblik på sikre høj faglighed i forvaltningsretlige spørgsmål, herunder at indklagede virksomheder behandles korrekt.

Erhvervsorganisationerne bemærker, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilgang til konsortier skaber retlig usikkerhed og bekymring blandt virksomhederne, da konsortier risikerer at blive ligestillet med karteller. Konsekvensen er, at mange virksomheder afholder sig fra at indgå i konsortiesamarbejder, hvilket kan lede til mindre effektiv konkurrence og hæmme innovation i forhold til at løse konkrete udbudte offentlige opgaver. Der er efter organisationernes opfattelse behov for mere operationel vejledning, der tager højde for bl.a. kompleksiteten forbundet med kapacitetsberegninger, og organisationerne ser frem til, at styrelsen offentliggør en række vejledende udtalelser af generel interesse på hjemmesiden.

Kommentar

Konkurrencerådet (og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i øvrigt) overvejer løbende behovet for at udarbejde eller opdatere vejledninger, herunder i lyset af ønsker og bemærkninger fra bl.a. det rådgivende udvalg.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i 2020 udgivet vejledningen "Når virksomheder afgiver fælles bud - en vejledning om konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven". Vejledningen er i 2021 suppleret med guiden "Hvad skal din virksomhed overveje ved fælles bud med andre virksomheder?"

Erhvervsorganisationerne peger også på, at der er et aktuelt behov for, at Konkurrencerådet følger op på sin analyserapport omkring offentlige aktiviteter på kommercielle markeder, da erhvervslivet fortsat oplever store udfordringer på dette felt.

Kommentar

Konkurrencerådets analyse "Offentlige aktiviteter på kommercielle markeder" fra 2016 indeholder anbefalinger til at undgå, at statens eller kommunernes erhvervsaktiviteter er konkurrenceforvridende i forhold til private virksomheder.

Konkurrencerådet overvejer løbende, hvilke analytiske aktiviteter der skal igangsættes, herunder følger Konkurrencerådet to gange årligt op på status for anbefalinger i tidligere gennemførte analyser.

Erhvervsorganisationerne henstiller endvidere til, at der indsættes en undergrænse for aktivitet/omsætning i Danmark i forhold til tærskelværdien i konkurrencelovens § 12, stk. 1, nr. 2. Det danske krav medfører unødvendige byrder på både myndigheds- og selskabssiden.

Kommentar

Det følger af bestemmelsen i konkurrencelovens § 12, stk. 1, nr. 2, at konkurrencelovens kapitel 14 om fusionskontrol bl.a. finder anvendelse på fusioner, hvor mindst én af de deltagende virksomheder har en samlet omsætning i Danmark på mindst 3,8 mia. kr., og mindst én af de øvrige deltagende virksomheder har en samlet årlig omsætning på verdensplan på mindst 3,8 mia. kr.

Bestemmelsen tager sigte på den situation, hvor en stor dansk virksomhed fusionerer med en anden stor virksomhed på verdensmarkedet. Det følger af forarbejderne fra bestemmelsens indførelse, at disse fusioner potentielt kan påvirke den potentielle konkurrence, hvor eksempelvis en dominerende virksomhed i Danmark overtager en udenlandsk konkurrent, der er på vej ind på det danske marked. En undergrænse for aktivitet eller omsætning i Danmark ville medføre, at bestemmelsens formål ikke længere kunne opfyldes fuldt ud, da en potentiel konkurrent netop ikke ville have aktivitet eller omsætning i Danmark.

Erhvervsorganisationerne, Advokatrådet og Danske Advokater foreslår herudover bl.a. med henvisning til nye og udvidede skønsmæssige beføjelser for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og at højne retssikkerheden, at strukturen for Konkurrencerådet ændres, så den udpegede formand fremover enten er lands- eller højesteretsdommer.

Kommentar

Konkurrenceloven indeholder i kapitel 6 bestemmelser om konkurrencemyndighedens organisation og beføjelser. Konkurrencemyndigheden udgøres af Konkurrencerådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Konkurrencerådet kan betragtes som en bestyrelse, der har det overordnede ansvar for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens administration af konkurrenceloven, herunder anvendelsen af EUF-Traktatens artikel 101 og 102. Konkurrencerådets sammensætning sikrer konkurrencejuridisk og -økonomisk ekspertise.

Efter konkurrencelovens § 21 består Konkurrenceankenævnet af en formand, der skal være højesteretsdommer, og fire andre medlemmer, hvoraf

to medlemmer skal have juridisk sagkundskab og to medlemmer skal have økonomisk sagkundskab. Konkurrenceankenævnet behandler klager over afgørelser truffet af Konkurrencerådet i det omfang, det er fastsat i konkurrenceloven. Konkurrenceankenævnet er som andre ankenævn af domstolslignende karakter.

Som anført ovenfor er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som tilsynsmyndighed underlagt de sagsbehandlingsregler, der følger af konkurrenceloven og de almindelige regler og principper, som følger af forvaltningsloven.

Erhvervsministeriet finder ikke anledning til at ændre sammensætningen af Konkurrencerådet.

III. Lovforslaget

I forhold til det udkast til lovforslag, der har været i offentlig høring, er der i forhold til det fremsatte lovforslag foretaget følgende indholdsmæssige ændringer:

- I den foreslåede nye bestemmelse i konkurrencelovens § 12, stk. 6, (lovforslagets § 1, nr. 6), er det indsat, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke kan kræve en fusion anmeldt senere end tre måneder efter, at fusionsaftale er indgået, et overtagelsestilbud er offentliggjort, eller en kontrollerende andel er erhvervet, medmindre der foreligger særlige omstændigheder. Tre-måneders fristen regnes fra det tidligste af disse tidspunkter. Fusionen kan senest kræves anmeldt seks måneder efter fusionens gennemførelse.
- I den foreslåede ikrafttrædelsesbestemmelse er der i lovforslagets § 2 indsat et nyt stk. 3, hvor det fastsættes, at for overtrædelser, der har fundet sted før den 1. juli 2024, og som fortsat finder sted efter denne dato, finder denne lov anvendelse, dog således at afgørelsen ikke derved må blive strengere end efter de hidtil gældende regler.

Herudover er der foretaget en række præciseringer og tydeliggørelser, bl.a. i forhold til hvornår konkurrencen i medfør af de foreslåede nye regler om markedsefterforskning vurderes at være tydeligt svækket, samt foretaget ændringer af lovteknisk, sproglig og korrekturmæssig karakter.