

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Sendt til: [hhk@kfst.dk](mailto:hhk@kfst.dk) og [hc@kfst.dk](mailto:hc@kfst.dk)

20. december 2023

**Høringsvar over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (Krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne, indførelse af mulighed for markedsefterforskning og bødeudmåling m.v.)**

Danske Advokater takker for muligheden for at afgive høringssvar på lovforslagsudkastet af 10. november 2023 om ændring af konkurrenceloven, *Krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne, indførelse af mulighed for markedsefterforskning og bødeudmåling m.v.* Dette høringssvar er udarbejdet i samarbejde med Danske Advokaters fagudvalg for konkurrenceret.

**Overordnede bemærkninger**

Danske Advokaters bemærkninger i det følgende er fokuseret på de områder, hvor Danske Advokater har væsentlige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved lovforslagsudkastet. Det drejer sig om:

- 1) muligheden for at kræve anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne ("call-in"),
- 2) indførelsen af et såkaldt markedsefterforskningsværktøj og
- 3) ændringerne af principperne for bødeudmåling og den tidsmæssige virkning heraf

Danske Advokater har den grundlæggende opfattelse, at ændringer i konkurrenceloven alene bør ske, hvis der er et tilstrækkeligt og konkret påviseligt behov herfor. Det er efter Danske Advokaters opfattelse utilstrækkeligt til at begrunde ændringer af så vidtgående karakter, at man alene søger at udstyre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med de samme værktøjer som konkurrencemyndigheder i visse andre lande. Sådanne betragtninger synes imidlertid langt hen ad vejen at være de bærende hensyn bag indførelsen af muligheden for krav om anmeldelse af fusioner under omsætningstærsklerne,<sup>1</sup> muligheden for markedsefterforskning<sup>2</sup> og forhøjelsen af bødeniveauet.<sup>3</sup> Ved indførelse af regler, som medfører væsentlige omkostninger og byrder på

<sup>1</sup> Se således lovforslagsudkastet side 5.

<sup>2</sup> Se således lovforslagsudkastet side 14.

<sup>3</sup> Se således lovforslagsudkastet side 25.

Vesterbrogade 32  
1620 København V

Telefon 33 43 70 00  
mail@danskeadvokater.dk  
www.danskeadvokater.dk

Dok.nr.

erhvervslivet, men også indbefatter en række retssikkerhedsmæssige betæneligheder, 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, og ikke blot at tilsvarende regler findes i enkelte andre lande. Danske Advokater finder ikke, at et sådant dokumenteret behov er identificeret eller godtgjort for nogen af de omtalte foreslåede regelændringer, særligt ikke i relation til "call-in"-bestemmelsen og markedsefterforskningsredskabet.

Selv hvis der politisk alligevel måtte være et ønske om at indføre de foreslåede værktøjer, har Danske Advokater en række betydelige retssikkerhedsmæssige betæneligheder ved den konkrete måde, reglerne foreslås gennemført på.

### **Krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne (lovforslagsudkastets § 1, nr. 6 og 7 (konkurrencelovens § 12, stk. 5 og § 121 b, stk. 1))**

Danske Advokater bemærker indledningsvist, at det ikke er klart ud fra lovforslagsudkastet eller fra Danske Advokatens viden, at der er noget reelt behov for efter de danske regler at kunne kræve fusioner under omsætningstærsklerne anmeldt.

Det anføres da også blot i lovforslagsudkastet, at "*Senere erfaringer* [efter Udvalget om ændring af fusionskontrolreglernes afrapportering i december 2008] *har imidlertid vist, at en virksomheds omsætning ikke altid er retvisende for en virksomheds nuværende eller kommende markedstyrke og konkurrencemæssige potentiale.*" Heri er der intet nyt, og hvad de konkrete erfaringer siden 2008, har sin baggrund i, er ikke klart.

De eksisterende tærskelværdier for anmeldelse af fusioner i Danmark er ganske lave, og har været urørt i mere end 10 år, siden man sænkede de daværende omsætningstærskler, netop for at fange problematiske fusioner, som ikke omfattedes af de tidligere omsætningstærskler. De nuværende omsætningstærskler medfører, at der "fanges" fusioner, som for mere end 90 %'s vedkommende er uproblematisk,<sup>4</sup> men alligevel skal anmeldes, hvilket medfører væsentlige omkostninger for erhvervslivet. Dertil kommer, at der i nyere tid er åbnet mulighed for efter fusionskontrolforordningens artikel 22 på EU-plan at behandle fusioner under tærskelværdierne, ligesom der under særlige omstændigheder er mulighed for at gribe ind over for fusioner efter forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i TEUF artikel 102, jf. således EU-Domstolens dom i C-449/21 *Towercast*, der allerede fra belgisk side har været bragt i anvendelse.<sup>5</sup> På den baggrund vil en ordning som den foreslåede, som omfatter alle fusioner, hvor parterne har en samlet omsætning i Danmark på mere end et så lavt beløb som 50 mio. kr., medføre risiko for en markant udvidelse af omfanget af potentielle anmeldelser, men mere væsentligt skabe en betydelig grad af transaktionsusikkerhed og forøgede omkostninger til at afdække, minimere og (forsøge at) beskytte mod denne usikkerhed for mange virksomhedstransaktioner med danske virksomheder.

---

<sup>4</sup> Af de 72 fusionsager der blev afgjort i 2022 blev blot fem behandlet af Konkurrencerådet (lige under 7 % af fusionsagerne).

<sup>5</sup> Se den belgiske konkurrencemyndigheds pressemeddelelse no. 10/2023, af 22. marts 2023, no. 26/2023, af 22. juni 2023, no. 51/2023 af 6. november 2023, som medførte at Proximus frasolgte en opkøbt virksomhed.

Danske Advokater bemærker i den sammenhæng, at lovforslagsudkastet ikke indeholder nogen indikationer på, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har kendskab til eller har oplevet, at der har fundet fusioner sted, som har hæmmet den effektive konkurrence betydeligt, men som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke har kunne gribe ind over for, fordi den pågældende fusion ikke oversteg omsætningstærsklerne for at skulle anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter de eksisterende regler om fusionskontrol. Tværtimod har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prøvelsesintensitet i de senere år været særdeles intensiv og da også ført til, at flere anmeldte fusioner er blevet trukket tilbage.<sup>6</sup>

Indførelsen af "call-in"-muligheden står desuden i kontrast til tidligere ændringer af fusionskontrolreglerne, hvor der forud for ændringerne var gennemført dybdegående analyser, og peget på konkrete fusioner, som ikke havde kunne behandles under de eksisterende regler.<sup>7</sup>

Det var angivet i Regeringens tech-udspil fra august 2021, at der skulle gennemføres nærmere undersøgelser af behovet for en call-in-ordning, og om den skulle begrænses til konkrete sektorer.<sup>8</sup> Regeringen nedsatte i juni 2022 en ekspertgruppe,<sup>9</sup> og ekspertgruppen afgav sin første delrapport i juni 2023.<sup>10</sup> Danske Advokater er dog ikke bekendt med at ekspertgruppen (en sådan rapportering fremgår ikke af ekspertgruppens hjemmeside<sup>11</sup>), eller andre, har foretaget den i 2021 varslede undersøgelse af behovet for et værktøj til at håndtere fusioner, som ikke fanges af de eksisterende regler om fusionskontrol, og om et sådan værktøj skal begrænses til visse sektorer eller virksomheder, som ellers angivet skulle være en del af undersøgelsen.

Hvis den foreslåede ordning på trods af det umiddelbart manglende faktiske behov ønskes indført, er den foreslåede ordning på flere måder uegnet til at nå det efterstræbte formål og mere omfattende og indgribende end angivet i lovforslagsudkastet og retssikkerhedsmæssigt betænkelig.

### Konsekvenserne af lovforslagsudkastets model er undervurderede

I de specielle bemærkninger til lovforslagsudkastets § 1, nr. 6, angives, at

*"Desuden skal kriteriet [om en samlet omsætning på 50 mio. kr.] sikre, at små fusioner med begrænset eller ingen betydning for konkurrencen på et marked ikke vil kunne kræves anmeldt. I 2020 havde ca. 97 pct. af alle virksomheder i Danmark en årlig omsætning på under 50 mio. kr., mens ca. 95 pct. havde en årlig omsætning på under 25 mio. kr. En stor del af virksomhederne i Danmark er således små eller mellemstore virksomheder, og tærsklen på 50 mio. kr. vil sikre, at f.eks. fusioner*

<sup>6</sup> Se f.eks. *HusCompagniet/eurodan-huse* (presmeddelelse af 8. juni 2020), *Royal Unibrew/Aqua d'Or* (presmeddelelse af 25. oktober 2022, opdateret den 27. oktober 2022), *NDI Group/Euromaster Danmark* (se presmeddelelse af 10. august 2023) og *Lyreco/Lomax* (se presmeddelelse af 1. november 2023).

<sup>7</sup> For så vidt angår indførelsen af fusionskontrol i 2000 var der i Konkurrencestyrelsens forudgående årlige konkurrenceredegørelser peget på fem konkrete fusioner, som var problematiske, men som ikke kunne behandles grundet manglende fusionskontrolregler og forud for ændringerne i 2010, var der bl.a. afgivet en omfattende *Rapport fra udvalget om ændring af fusionskontrolreglerne*.

<sup>8</sup> Regeringen, Erhvervsministeriet, "*Tech-giganter: mere retfærdig konkurrence og bedre forbrugerbeskyttelse*", august 2021, side 10.

<sup>9</sup> Erhvervsministeriets presmeddelelse af 29. juni 2022, *Ny ekspertgruppe skal støtte regeringens håndtering af tech-giganter*.

<sup>10</sup> Regeringens ekspertgruppe om tech-giganter, *Delrapportering om demokratisk kontrol med tech-giganter forretningsmodeller*, juni 2023.

<sup>11</sup> [Tech-giganter | Erhvervsministeriet \(em.dk\)](https://www.erm.dk/tech-giganter).

mellem små, lokale aktører ikke vil kunne kræves anmeldt.<sup>12</sup> (Vores understregninger)

Citatet forekommer misvisende.

*For det første* bemærkes, at den foreslåede model alene stiller krav om en *samlet* omsætning på mindst 50 mio. kr. Mange virksomhedstransaktioner finder sted mellem, eller med deltagelse af, større virksomheder, og mange fusioner vil derfor involvere mindst én virksomhed, som har en omsætning over 50 mio. kr. og allerede derfor omfattes af den foreslåede model. Det er derfor uden betydning, at den opkøbte virksomhed muligvis ikke selv har en omsætning over 50 mio. kr. En ren statistisk angivelse af danske virksomheders omsætning er således irrelevant - det afgørende er den omsætning, som de virksomheder som faktisk deltager i fusioner samlet har i Danmark.

*For det andet* er det relevante i relation til omsætningstærskler i konkurrenceloven, herunder den foreslåede model med krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne, den samlede *koncernomsætning*, og ikke den enkelte virksomheds omsætning.<sup>13</sup>

I tillæg til ovenstående indvending om, at lovforslagsudkastet reelt undervurderer antallet af omfattede virksomheder og fusioner, er det Danske Advokaters opfattelse, at lovforslagsudkastet også undervurderer de omkostninger, som er forbundet med lovforslagsudkastet. I afsnit 5 om de økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet m.v. angives det, at omkostningerne for virksomhederne estimeres til ca. 10-15 mio. kr. Det er Danske Advokaters, at det citerede væsentligt undervurderer både omkostningerne til eksterne rådgivere og interne omkostninger for virksomheder der er involveret i fusioner, der potentielt ville kunne påbydes anmeldt, herunder vedrørende vurderinger af risikoen for påbud om anmeldelsespligt, eventuel kontakt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og håndtering af risikoen for påbud om anmeldelsespligt og komplikation af transaktionsprocessen. Hertil kommer de negative virkninger af, at den forøgede transaktionsusikkerhed, som må antages at medføre, at nogle investeringer og fusioner ikke gennemføres, og at synergieffekter osv. dermed ikke opnås.

Foruden ovenstående bemærkninger skal Danske Advokater påpege, at den foreslåede model reelt favoriserer udenlandske opkøb af danske virksomheder, set i forhold til danske opkøb af danske virksomheder. Den forståede model kræver således, at "*de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 50 mio. kr.*" for at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion anmeldt. Hvis en dansk virksomhed, selv har en omsætning på over 50 mio. kr., er alle virksomhedens opkøb i risiko for at blive krævet anmeldt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og alle virksomhedens opkøb vil være ramt af transaktionsusikkerhed. En udenlandsk virksomhed, som ikke har nogen omsætning i Danmark, vil derimod, uden nogen transaktionsusikkerhed, kunne opkøbe danske virksomheder med en omsætning på op til 50 mio. kr., uden at fusionen kan kræves anmeldt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

På baggrund af ovenstående indvendinger om den foreslåede ordnings betydeligt mere vidtgående konsekvenser end indikeret i lovforslagsudkastet, skal Danske Advokater opfordre til, at modellen ikke vedtages.

---

<sup>12</sup> Lovforslagsudkastets side 35.

<sup>13</sup> § 2 i bekendtgørelse nr. 1286 af 26. november 2019 om beregning af omsætning i konkurrenceloven.

Danske Advokater anbefaler således, at der ikke indføres nogen danske særregler om call-in af fusioner, men at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen benytter adgangen til at henvise fusioner, også under nationale tærskelværdier, til behandling hos Europa-Kommissionen efter fusionskontrolforordningens artikel 22 - som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen allerede har gjort.<sup>14</sup>

### Alternative modeller

Danske Advokater skitserer nedenfor to alternative modeller, som ville give en betydeligt større grad af retssikkerhed, omfatte færre uproblematisk og dermed rent ekspeditions-mæssige fusioner, og dermed skabe mindre transaktionsusikkerhed, og som formentligt bedre vil være i stand til at "fange" de fusioner, som faktisk kan skade den effektive konkurrence.

Som en klar og mere begrænset alternativ model, foreslås en model, hvor følgende betingelser skal være opfyldt, for at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion som ikke opfylder de almindelige tærskelværdier anmeldt:

1. De deltagende virksomheder har tilsammen 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.

Andre tærskler kunne også overvejes, men Danske Advokater mener ikke, at de bør være væsentligt lavere.

Som en anden alternativ model, som vil være mindre vidtgående, men formentlig bedre egnet til at opnå målet om at fange fusioner, hvor parternes omsætning ikke er retvisende for betydningen for konkurrencen, kunne der fastlægges en alternativ tærskel, som går på transaktionsværdien, frem for omsætning. I tilfælde hvor en virksomhed har en begrænset omsætning, men alligevel en stor betydning for konkurrencen, vil den store konkurrencemæssige betydning afspejle sig i den pris, som der skal betales i forbindelse med fusionen. En alternativ model kunne således være at omformulere første punktum af den foreslåede bestemmelse i konkurrencelovens § 12, stk. 6 til følgende:

»Stk. 6. Selv om de deltagende virksomheders samlede omsætning er mindre end de omsætningstærskler, der er nævnt i stk. 1, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kræve en fusion anmeldt, hvis transaktionsværdien er mindst 900 mio. kr., og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at der er risiko for, at fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling.«

### Konkrete bemærkninger til den foreslåede model

Hvis Regeringen og Folketinget finder lovforslagsudkastets model hensigtsmæssig, skal Danske Advokater opfordre til, at virksomheders rettigheder styrkes i forhold til den skitserede model. Danske Advokater foreslår i den anledning tre konkrete

---

<sup>14</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var selv blandt de førsthenvisende medlemsstater i M.11241 *EEX/NASDAQ Power* og tilsluttede sig andre medlemsstaters henvisning i M.11212 *Qualcomm/Autotalks*.

ændringer, som vil medvirke til at øge virksomhedernes rettigheder og transaktionssikkerheden:

- *For det første* bør Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens frist på 15 hverdage regnes fra offentliggørelse af fusionen
- *For det andet* bør der fastsættes en lovbestemt frist for, hvor længe efter fusionsaftalens indgåelse en fusion kan kræves anmeldt
- *For det tredje* bør det klargøres væsentligt, hvornår det kvalitative kriterie for at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion anmeldt, er opfyldt

*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens frist på 15 hverdage bør regnes fra offentliggørelse af fusionen*

Af sidste punktum i den foreslåede bestemmelse i konkurrencelovens § 12, stk. 6 (lovforslagsudkastets § 1, nr. 6) fremgår, at

*"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse om, at en fusion omfattet af 1. pkt. skal anmeldes, skal træffes senest 15 hverdage efter, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er blevet gjort bekendt med fusionen." (Vores understregning)*

Det bliver således afgørende for både parterne og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvornår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anses for at være "*gjort bekendt med fusionen*", da det først er fra dette tidspunkt, at der løber en fast frist, hvorefter parterne har sikkerhed for, om fusionen kan kræves anmeldt (medmindre Danske Advokaters forslag om en fast lovbestemt frist indføres, jf. afsnittet ovenfor).

Af lovforslagsudkastets specielle bemærkninger om de 15 hverdage fremgår, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen *ikke* kan anses for at være bekendt med en fusion, hvis der er udsendt en pressemeddelelse om den, og at det er op til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i hvert enkelt tilfælde at vurdere om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget relevante og tilstrækkelige oplysninger.<sup>15</sup> Det fremgår, at parterne for at gøre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bekendt med en fusion kan fremsende "*relevante og tilstrækkelige oplysninger*", og at det eksempelvis kan være oplysninger om "*om de deltagende virksomheder, deres omsætning og aktiviteter, en beskrivelse af berørte markeder, estimat af de deltagende virksomheders og markedsaktørernes markedsandele på berørte markeder, oplysning om eventuelle horisontale eller vertikale overlappende aktiviteter*".<sup>16</sup>

Danske Advokater finder, at den foreslåede virkning og forståelse af 15-dagesfristen er ganske utilfredsstillende. Det vil reelt føre til at virksomheder i stort omfang, for blot at opnå en vis transaktionssikkerhed, fremsender omfattende oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Det vil desuden suverænt være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som egenhændigt afgør om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget tilstrækkelige oplysninger, til at være blevet "*gjort bekendt*" med fusionen, og dermed hvornår de 15 hverdage begynder at løbe. En frist, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen egenhændigt bestemmer starttidspunktet

---

<sup>15</sup> Lovforslagsudkastets side 37.

<sup>16</sup> Lovforslagsudkastets side 37.

for, vil reelt ikke bibringe fusionsparterne nogen retssikkerhed eller mindske transaktionsusikkerheden.

Danske Advokater foreslår derfor, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal anses for at være gjort bekendt med en fusion, hvis parterne har offentliggjort fusionen. Herefter vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen selv, i kraft af sin overvågning af omtaler af fusioner, blive bekendt med fusionen, og desuden vil andre interessenter, efter at være blevet bekendt med fusioner, kunne henlede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opmærksomhed på fusionen.

*Der bør fastsættes en lovbestemt frist for muligheden for at kræve en fusion anmeldt regnet fra fusionsaftalens indgåelse*

Det følger af lovforslagsudkastets § 1, nr. 6 og 7, at der *ikke* foreslås nogen grænser for, hvornår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion anmeldt.

Det anerkendes dog i lovforslagsudkastets bemærkninger til § 1, nr. 7, at det vil være uhensigtsmæssigt, hvis en fusion kræves anmeldt meget lang tid efter, at den er gennemført. Det kan Danske Advokater fuldt ud tilslutte sig.

Det bemærkes, at call-in-adgangen eksempelvis i Norge er underlagt en lovbestemt frist på tre måneder, jf. § 18, 3. led, 2. punktum i konkurranseloven. Denne frist løber endda allerede fra indgåelse af fusionsaftalen (signing). En sådan frist på tre måneder, som løber fra aftaleindgåelsen skaber efter Danske Advokaters opfattelse en betydelig grad af retssikkerhed og transaktionssikkerhed i forhold til den foreslåede model i lovforslagsudkastet, hvor der ikke gælder nogen bestemt frist.

På den baggrund foreslår Danske Advokater, at den frist på seks måneder fra en fusions gennemførelse, som angives som udgangspunktet i bemærkningerne, optages direkte i lovforslaget som en fast, ufravigelig lovbestemt frist i loven regnet fra fusionsaftalens indgåelse, og at fristen ændres til tre måneder.

Som et nyt sidste punktum i lovforslagsudkastets § 1, nr. 6 (konkurrencelovens § 12, stk. 6) kunne således tilføjes "*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan ikke kræve en fusion anmeldt, hvis fusionsaftalen er indgået for mere end tre måneder siden.*"

Det bemærkes, at hvis ændringsforslaget ovenfor, hvorefter de 15 hverdage løber fra parternes offentliggørelse af fusionen imødekommes, vil dette ændringsforslag være stort set overflødigt, da der så i princippet er en fast frist på 15 hverdage, hvis parterne vælger at offentliggøre deres fusion.

Det er Danske Advokaters overbevisning, at såfremt omfattende konkurrenceproblemer måtte være resultatet af en fusion, ville berørte interessenter, herunder brancheorganisationer, leverandører, kunder, konkurrenter mv., allerede i perioden tre måneder efter fusionsaftalens indgåelse (signing) have haft den fornødne tid til at gøre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bekendt hermed.

Herudover skal bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen også efter udløbet af en lovbestemt frist, fortsat vil have mulighed for at undersøge en fusion efter TEUF artikel 102's forbud mod misbrug af dominerende stilling, jf. EU-Domstolens dom i C-449/21 *Towercast*. Hvis en allerede dominerende virksomhed således har gennemført en fusion, og dette udgør misbrug af dominerende stilling, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne sanktionere dette efter TEUF artikel 102.

Hvis *ikke* der indføres nogen lovbestemt frist, vil en situation med meget sene krav om at anmelde allerede gennemførte fusioner medføre betydelige vanskeligheder i aftaler om virksomhedsoverdragelser (f.eks. såkaldte Share Purchase Agreements (aktiekøbsaftaler), SPA), da risikoen for at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senere, eventuelt efter fusions gennemførelse, kræver fusionen anmeldt, ikke vil kunne håndteres hensigtsmæssigt i SPA'en.

Det skal bemærkes, at selv uden fastsættelse af nogen fast lovbestemt frist direkte i loven - som foreslået af Danske Advokater ovenfor - vil der i praksis gælde en ulovbestemt frist efter almindelige forvaltningsretlige principper om god forvaltningsskik (herunder sagsbehandlingstid) og EU-retten.<sup>17</sup>

*Det bør klargøres væsentligt, hvornår det kvalitative kriterie for at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion anmeldt er opfyldt*

Om betingelsen for at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion, som opfylder det kvantitative kriterie, anmeldt efter den foreslåede ordning, anføres i lovforslagsudkastet, at det er muligt, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen "*vurderer, at der er risiko for, at fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling*" og at det alene vil være en "*betingelse for at kunne kræve fusionen anmeldt, at styrelsen vurderer, at der er en risiko for, at fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt i Danmark.*"<sup>18</sup>

Danske Advokater finder det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at det er så uklart, og direkte angives, at der alene er tale om eksempler, og at der alene kræves en "*umiddelbar vurdering*" af om der er en "*risiko*" for at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve en fusion anmeldt. Det pågældende kriterie er grundlæggende indholdsløst, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen aldrig ville have grund til at kræve en fusion anmeldt, hvis de kunne udelukke, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt som følge af fusionen. Det pågældende kriterie bør derfor ændres til mindst at svare til tærsklen for at udstede foreløbige påbud efter konkurrencelovens § 16 b, således at kriteriet kunne formuleres, så det kræves, at det 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 beskrives detaljeret i den varslede vejledning, hvornår kriteriet kan tænkes opfyldt for at bibringe den fornødne klarhed.

Danske Advokater opfordrer derfor til at det klarlægges i hvilke situationer, herunder sektorer, den foreslåede model kan tænkes anvendt, og opfordrer til at den i Regeringens tech-udspil fra 2021 nævnte undersøgelse af om modellen skal "*begrænses til visse sektorer eller virksomheder*" gennemføres.

*Øvrige bemærkninger i anledning af den foreslåede model*

---

<sup>17</sup> T-227/21 *Illumina mod Kommissionen*, præmis 221-247.

<sup>18</sup> Lovforslagsudkastet side 35-37.



I 2015 blev der indført en særlig tærskel for anmeldelse af fusioner i telelovens § 51 a. Danske Advokater har alene kendskab til to fusioner,<sup>19</sup> som er blevet anmeldt til Erhvervsstyrelsen og henvist til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter reglen i telelovens § 51 a. For at sikre de mest overskuelige regler, bør det overvejes om telelovens § 51 a skal ophæves.

I lovforslagsudkastet henvises direkte til en specifik dom, T-227/21 *Illumina mod Kommissionen*.<sup>20</sup> Som også angivet i lovforslagsudkastet er dommen anket til EU-Domstolen. Danske Advokater opfordrer i det lys til at direkte henvisninger til konkrete domme undlades, og at det blot, som også allerede angivet i forarbejderne, angives, at de danske regler skal fortolkes i overensstemmelse med "*fusionskontrolforordningen, og fortolkningen heraf sker på baggrund af Europa-Kommissionen og Den Europæiske Unions Domstols praksis.*"

### **Markedsefterforskning (Lovforslagsudkastets § 1, nr. 8 (konkurrencelovens § 15 f))**

Danske Advokater finder, at forslaget om at indføre mulighed for såkaldt markedsefterforskning, bør genovervejes. Substansen i forslaget er reelt en overførsel af bredere lovgivningsmæssig reguleringskompetence til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, alene afhængig af, om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin egen markedsefterforskning når til, at konkurrencen kunne forbedres, men uden at kunne konstatere nogen overtrædelse af konkurrencereglerne. Et sådant redskab, hvor den udøvende specialmyndighed får kompetencer til at lave markedsreguleringer, uden at der er konstateret overtrædelser, er stærkt betænkelig.

Det klare udgangspunkt må være, at der skal foreligge en overtrædelse, før myndigheden kan gribe ind, og at anden form for indgreb er et politisk spørgsmål, som ligger uden for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kompetencer.

I lovforslagsudkastet begrundes behovet for muligheden for markedsefterforskning særligt med nye teknologier, digital tjenester og digitalisering.<sup>21</sup> Hvis det således primært er i relation til konkrete aktører og markeder, at der skulle bestå et behov for yderligere værktøjer for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bør sådanne værktøjer alene indføres for de markeder og aktører, hvor et sådant behov eksisterer. Det er f.eks. også tilfældet med den særregulering som er indført for telesektoren eller som er indført på betalingsmarkedet. Herudover skal det bemærkes, at der for ganske nyligt både på EU-plan<sup>22</sup> og på dansk plan<sup>23</sup> er vedtaget særregler for at regulere den effektive konkurrence netop på de digitale markeder, og at virkningen af denne

---

<sup>19</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 25. maj 2022, *Norlys' køb af Verdo Tele*, se punkt 1 og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 10. januar 2017, *Godkendelse på baggrund af en forenklet sagsbehandling af Eniig Fiber A/S' erhvervelse af en mindre del af Verdo Tele A/S* (se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens forudgående pressemeddelelse af 2. december 2016, *Forenklet anmeldelse af fusion mellem Eniig Fiber A/S og Verdo Tele A/S*).

<sup>20</sup> Lovforslagsudkastets side 38.

<sup>21</sup> Lovforslagsudkastets side 13.

<sup>22</sup> Digital Markets Act (DMA), *Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/1925 af 14. september 2022 om åbne og fair markeder i den digitale sektor og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937 og (EU) 2020/1828 (forordningen om digitale markeder)* og Digital Services Act (DSA), *Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/2065 af 19. oktober 2022 om et indre marked for digitale tjenester og om ændring af direktiv 2000/31/EF (forordning om digitale tjenester)*.

<sup>23</sup> Lov nr. 1533 af 12. december 2023 om supplerende bestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om digitale markeder.

<sup>24</sup> Lov nr. 1533 af 12. december 2023 om supplerende bestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om digitale markeder.

regulering bør afventes før der indføres yderligere regulering. Herudover har Regeringens ekspertgruppe om tech-giganter endnu ikke afsluttet sit arbejde.

Danske Advokater finder det derfor præmaturligt at foreslå et omfattende instrument som markedsefterforskning, som skal omfatte alle sektorer, men som primært begrundes i den manglede konkurrence i forhold til digitale markeder.

Herudover anføres det i lovforslagsudkastet, at "*I nogle situationer kræves det desuden, at der bliver handlet hurtigt for at stoppe konkurrencebegrænsende forhold.*"<sup>24</sup> Det er imidlertid årsagen til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har adgang til at gribe hurtigt ind i "*hastetilfælde*" ved at udstede foreløbige påbud, hvis blot det "*umiddelbart skønnes*", at der er risiko for alvorlig skade på konkurrencen jf. konkurrencelovens § 16 b. Danske Advokater skal dog bemærke, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke har anvendt denne mulighed for at gribe ind i hastetilfælde.

Herudover anføres det i lovforslagsudkastet, at der findes lignede værktøjer i Storbritannien, Island og Grækenland.<sup>25</sup> Som anført i indledningen af dette høringssvar finder Danske Advokater, at sådanne kendsgerninger om mulige regler i et begrænset antal lande, hvoraf flere er ikke-EU lande, som ikke er omfattet af EU's særregler for bestemte markeder, ikke kan være nogen selvstændig begrundelse for at tilsvarende regler skal indføres i Danmark.

Herudover bemærker Danske Advokater, at indgreb over for individer og virksomheder må kræve et klart hjemmelsgrundlag, således at individer har mulighed for at indrette sig efter ikke at blive mødt af et indgreb. Et sådant klart hjemmelsgrundlag udgør den foreslåede model for markedsefterforskning ikke. Virksomheder kan i dag søge rådgivning om grænserne for deres adfærd i forhold til konkurrencelovens § 6's forbud mod konkurrencebegrænsede aftaler m.v. og konkurrencelovens § 11's forbud mod misbrug af dominerende stilling. Virksomhederne kan herefter indrette sig efter at overholde reglerne, og risikerer dermed ikke at blive pålagt bøder eller blive pålagt påbud. Med den foreslåede markedsefterforskningsmodel vil virksomhederne ingen mulighed have for at søge rådgivning om, hvornår de risikerer at blive pålagt et individuelt indgreb i form af et påbud. En sådan model mener Danske Advokater ikke opfylder det skærpede hjemmelskrav, som må kræves for at kunne pålægge individuelle virksomheder påbud om at ændre deres adfærd på en specifik måde.

På baggrund af ovenstående indvendinger, skal Danske Advokater opfordre til at muligheden for markedsefterforskning ikke vedtages.

Hvis den foreslåede ordning på trods af ovenstående indvendinger fortsat ønskes indført, har Danske Advokater store retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved ordningen, som i sig selv medfører at markedsefterforskning ikke bør indføres i den foreslåede form. Disse betænkeligheder gennemgås nedenfor.

#### *Den foreslåede model giver mulighed for at udstede påbud til virksomheder, som ikke har overtrådt konkurrencereglerne*

Konkurrencelovens formål er i lovens § 1 angivet til "*at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere.*", og i forarbejderne til den oprindelige konkurrencelov

---

<sup>24</sup> Lovforslagsudkastets side 13.

<sup>25</sup> Lovforslagsudkastets side 14.

angives, at en forudsætning for virksom konkurrence, er "uafhængige beslutninger taget af virksomheder, som er aktive på markedet. Konkurrencen kan kun fungere effektivt eller virksomt, hvis virksomhederne har en grundlæggende frihed til at indgå aftaler og til selv at disponere i økonomiske forhold" og at erhvervsfrihed er et væsentligt hensyn.<sup>26</sup>

Danske Advokater er forundrede over, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen uden noget forudgående arbejde i en arbejdsgruppe, kommission eller lignende, sender et lovforslagsudkast i høring, som så grundlæggende vil omkalfatre selve formålet med konkurrenceloven.

Med den foreslåede model for markedsefterforskning ønsker Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen adgang til at udstede bindende, og bødebelagte, påbud til virksomheder, som ikke har overtrådt nogen regler, og som indebærer, at virksomhederne skal ændre deres adfærd på markedet. Det kan f.eks. være påbud om ophævelse af aftaler, påbud om konkrete priser, påbud om tilladelige avancer, opsætning af en brugerflade osv.<sup>27</sup> Det følger ellers af konkurrenceretlig praksis,<sup>28</sup> som også underbygges af dansk empiri,<sup>29</sup> at sådanne indgreb er forbundet med en betydelig risiko for afgørende skadevirkninger på markedet - i strid med intentionerne.

At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med lovforslagsudkastet gives adgang til at udstede meget vidtgående detailpåbud, om f.eks. konkrete priser eller avancer, uden at nogen virksomhed har overtrådt konkurrencereglerne, og med en betydelig risiko for skadevirkninger på markedet, forekommer forhastet, når ikke der er dokumenteret noget behov for et sådant værktøj.

Det mest betænkelige er dog, at den foreslåede model for markedsefterforskning medfører, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan udstede påbud til virksomheder om at de skal følge en bestemt adfærd, uden at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som betingelse for at udstede et sådant påbud skal konstatere, at den pågældende virksomhed har overtrådt konkurrencereglerne. Det anføres i lovforslagsudkastet, at

*"En markedsefterforskning vil være et supplement til de håndhævelses- og indgrebsmuligheder, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efter gældende ret. Med forslaget vil styrelsen kunne gribe ind i de tilfælde, hvor konkurrencen er tydeligt svækket til skade for andre virksomheder eller forbrugere, men hvor der ikke er truffet afgørelse om en overtrædelse af konkurrencereglerne. Virksomheder vil derfor heller ikke kunne pålægges sanktioner. Forslaget har således til formål at sikre den effektive konkurrence uden for de tilfælde, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter gældende ret kan gribe ind, fordi der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne."<sup>30</sup> (Vores understregning)*

<sup>26</sup> L 172, Forslag til konkurrencelov, som fremsat den 20. februar 1997, FT 1997-97, Till. A, side 3652, v.sp.-h.sp.

<sup>27</sup> Lovforslagsudkastets side 42.

<sup>28</sup> Konkurrenceankenævnets kendelse af 14. november 2006, *Elsam A/S mod Konkurrencerådet*, side 299-300. Se også Konkurrenceankenævnets kendelse af 27. januar 2006, *Elsam A/S ctr. Konkurrencerådet (delkendelse)*, side 17.

<sup>29</sup> Se således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Velfungerende markeder - Prissignalering og prisgennemsigtighed*, nr. 30, side 3, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen omtaler Konkurrencerådets påbud fra oktober 1993 om at offentliggøre oplysninger om priser på beton, som - stik mod intentionen - medførte forøgede priser med 15-20 pct. på et år. Sagen er gennemgået af Albæk, S., Møllgaard, P., and Overgaard, P., *Government-Assisted Oligopoly Coordination - A Concrete Case*, *The Journal of Industrial Economics*, 1997, Vol. 45, nr. 4, side 429-443.

<sup>30</sup> Lovforslagsudkastets side 16.

og

*"En markedsefterforskning vil kunne føre til, at en virksomhed, en virksomhedssammenslutning eller enhver anden juridisk person pålægges et påbud, jf. forslaget til § 15 f, stk. 4, eller til at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gør tilsagn, som en virksomhed m.v. har afgivet, bindende. Der vil imidlertid ikke være tale om en afgørelse om overtrædelse af konkurrencereglerne, og derfor vil virksomhederne m.v. heller ikke kunne sanktioneres for den adfærd, som et påbud angår. Hvis en virksomhed m.v. undlader at efterkomme et adfærdsmæssigt påbud eller et tilsagn, som er gjort bindende, vil en sådan manglende efterlevelse dog kunne sanktioneres med en civil bøde."*<sup>31</sup> (Vores understregning)

Værktøjet skal således medføre, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opnår adgang til at udstede påbud, i de tilfælde hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke er i stand til at løfte bevisbyrden under en almindelig håndhævelsessag for at en virksomhed har overtrådt reglerne. Det anføres dog, som et opblødende element, at der, fordi virksomhederne ikke har overtrådt reglerne, ikke vil kunne pålægges "sanktioner". Det er ganske enkelt ikke retvisende. Det er sandt, at virksomhederne ikke vil blive pålagt bøder, netop fordi de ikke har overtrådt konkurrencereglerne, men virksomhederne vil kunne blive pålagt adfærdsmæssige påbud, f.eks. om at anvende bestemte priser eller om hvilken avance de må tjene. Dermed skabes en regulering, som indebærer en alvorlig forskydning i det grundlæggende forhold mellem virksomheders adgang til at agere i en fri markedsøkonomi over for myndighedernes indgrebsbeføjelser, som i en sådan markedsøkonomi må være underlagt et klart legalitetsprincip. Det opfylder den foreslåede ordning ikke. De påbud, som virksomhederne kan pålægges vil kunne have langt større økonomisk betydning for virksomhederne end en bøde, og vil i realiteten opleves som ganske indgribende sanktioner. Desuden vil virksomhederne, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efterfølgende konstaterer, at de ikke efterlever udstedte påbud, kunne sanktioneres med bøder; bøder som virksomheden pålægges for ikke at efterkomme et påbud, som er udstedt uden at virksomheden har overtrådt nogen regler.

Det forslås med lovforslagsudkastet, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan udstede adfærdsmæssige påbud når blot følgende er opfyldt:

*"Virkingen af den foreslåede bestemmelse vil være, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil kunne udstede adfærdsmæssige påbud til konkrete virksomheder m.v., hvis styrelsen vurderer, at der i en eller flere erhvervssektorer er adfærd eller strukturer, der tydeligt svækker den effektive konkurrence, eller der er risiko herfor."*<sup>32</sup> (Vores understregning og fremhævning).

og

*"Det vil være en forudsætning for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan udstede påbud til virksomheder m.v., at styrelsen 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 styrelsen vurderer, at det er nødvendigt at gribe ind."*<sup>33</sup> (Vores understregning og fremhævning).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal således blot vurdere, at der i en sektor findes adfærd eller strukturer, som tydeligt svækker konkurrencen eller at der er

---

<sup>31</sup> Lovforslagsudkastets side 39.

<sup>32</sup> Lovforslagsudkastets side 42.

<sup>33</sup> Lovforslagsudkastets side 41.

*risiko* herfor. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen behøver således end ikke at finde, at der faktisk findes adfærd eller strukturer, som tydeligt svækker konkurrencen, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan nøjes med at vurdere, at der er en *risiko* for at sådan adfærd eller strukturer vil opstå i fremtiden. Det forekommer ganske uklart, hvilke krav, om nogen, der er til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens belæg for at der findes adfærd eller strukturer, som tydeligt svækker konkurrencen eller at der er risiko herfor.

Foruden uklarheden om kravet til at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal vurdere, at der adfærd eller strukturer, som tydeligt svækker konkurrencen, er det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at sådan adfærd eller strukturer, i det omfang de måtte være identificeret, kan munde ud i påbud til konkrete virksomheder, som ikke selv har overtrådt nogen regler. Det vil således være enkelte virksomheder, som skal "straffes" for at der efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse i en bestemt sektor findes adfærd eller strukturer, som tydeligt svækker konkurrencen, selvom de konkrete virksomheder ikke har overtrådt nogen regler.

Hvis der i sektorer findes sådanne uhensigtsmæssigheder må det være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opgave at påpege disse gennem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analysearbejde, herunder gennem sektorundersøgelser efter konkurrencelovens § 15 d, og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen må herefter oplyse om de identificerede uhensigtsmæssigheder og udarbejde anbefalinger, eventuelt ved at rette henvendelse til den relevante ressortminister og erhvervsministeren jf. konkurrencelovens § 2, stk. 5. Men, netop fordi ingen virksomhed konkret overtræder nogen regler, kan løsningen på de identificerede uhensigtsmæssigheder ikke være et spørgsmål om at udstede påbud til konkrete virksomheder, men må i stedet være et politisk spørgsmål om, at der skal vedtages regler for at imødegå uhensigtsmæssighederne.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyser af konkurrencen i bestemte sektorer er et velegnet redskab til at identificere uhensigtsmæssigheder i konkrete sektorer, som der så herefter kan ageres på baggrund af politisk. At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anbefalinger så ikke følges i alle tilfælde er blot naturligt, da der netop ikke er tale om et håndhævelsesspørgsmål, men om et politisk spørgsmål om hvordan konkurrencemæssige uhensigtsmæssigheder skal afvejes i forhold til andre vigtige samfundsmæssige hensyn.

### Forslaget indeholder ingen retssikkerhedsgarantier for virksomheder, som bliver mål for en markedsefterforskning

Det anføres i lovforslagsudkastet, at

*"Virksomhederne retssikkerhed og forudsigelighed foreslås sikret på flere måder. Et adfærdsmæssigt påbud skal være nødvendigt, rimeligt og proportionalt med tilhørende procesregler om orientering og høring af virksomheder, som kan blive pålagt et påbud, ligesom virksomhederne vil have mulighed for at indbringe et påbud for Konkurrenceankenævnet og domstolene. Der foreslås også en stor grad af offentlighed omkring processen og inddragelse af interessenter og ressortmyndigheder samt tidsfrister, så en markedsefterforskning afsluttes inden for en afgrænset tidshorisont."*<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Lovforslagsudkastets side 16.

Det er Danske Advokaters opfattelse, at de angivne forhold end ikke tilnærmelsesvist sikrer virksomhedernes retssikkerhed.

*For det første* er det, jf. ovenfor, ganske uklart, hvornår der kan pålægges et påbud, og det forekommer ikke rimeligt at enkelte virksomheder, som ikke har overtrådt reglerne, kan pålægges påbud.

*For det andet* er den eneste reelle beskyttelse, som virksomheder, som bliver mødt af et påbud efter en markedsefterforskning, har at bestride, at det konkrete påbud er proportionalt. Når pålæggelsen af påbuddet ikke kræver, at virksomheden har overtrådt nogen regler, vil virksomheden således ikke reelt have nogen mulighed for at bestride pålæggelsen af påbuddet, men alene at bestride, at *indholdet og omfanget* af påbuddet er for vidtgående, og dermed i strid med proportionalitetsprincippet.

Det medfører *for det tredje*, at muligheden for at "*indbringe et påbud for Konkurrenceankenævnet og domstolene*" bliver nærmest indholdsløst, da det som virksomhederne vil kunne bestride, og som Konkurrenceankenævnet og domstolene kan prøve, vil være det konkrete påbud og om det er i strid med proportionalitetsprincippet. Det skal igen erindres, at markedsefterforskningen ikke munder ud i en konklusion om, at konkrete virksomheder har overtrådt konkurrencereglerne, og en sådan konklusion kan derfor ikke være genstand for en prøvelse, f.eks. effekterne af adfærden, markedsafgræsningen, mulige effektivitetsgevinster osv. Sådanne forhold, som normalt er genstand for prøvelse ved indbringelse af håndhævelsessager for Konkurrenceankenævnet og domstolene, vil således ikke indgå i sagen. Heller ikke spørgsmål om juridisk fortolkning, f.eks. forståelsen af hvornår noget udgør en såkaldt formålsovertrædelse af konkurrencelovens § 6, vil være genstand for prøvelse, hvis et påbud efter en markedsefterforskning indbringes for Konkurrenceankenævnet eller domstolene.

Den i lovforslagsudkastets foreslåede model for markedsefterforskning indeholder derfor, efter Danske Advokaters opfattelse, ikke nogen reelle retssikkerhedsgarantier for virksomhederne.

Danske Advokater har dog forslag til hvordan retssikkerheden for virksomhederne kan styrkes i en model for markedsefterforskning, såfremt en sådan ønskes indført på trods af indvendingerne herimod ovenfor.

*For det første*, skal markedsefterforskningsværktøjet ændres så det ikke bliver muligt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at udstede påbud til virksomhederne. Markedsefterforskningen skal alene kunne resultere i, at virksomheder afgiver frivillige tilsagn jf. konkurrencelovens § 16. Lovforslagsudkastets stk. 4 og 5 i § 15 f bør derfor udgå, således at alene stk. 6 i § 15 f, angiver, hvordan en markedsefterforskning kan afsluttes, nemlig med afgivelse af frivillige tilsagn. Hvis ikke en virksomhed er indstillet på at afgive frivillige tilsagn, må Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen enten "nøjes" med at afrapportere og anbefale regelændringer, som det i dag kendes efter sektorundersøgelser, eller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen må åbne en håndhævelsessag mod konkrete virksomheder, hvorved virksomhederne vil opnå reelle retssikkerhedsgarantier. Som alternativ, såfremt det ønskes, at muligheden for at udstede påbud indføres, bør det alene være erhvervsministeren som kan udstede påbud efter at have inddraget relevante sektormyndigheder/ressortministerier, jf. også bemærkningerne nedenfor om at der reelt er tale om, at de udstedte påbud kan overtrumfe anden lovgivning, som varetager andre hensyn end hensynet til konkurrence.

For det andet, bør Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke have adgang til at afkræve oplysninger efter konkurrencelovens § 17 eller at gennemføre kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18, som led i en markedsefterforskning.<sup>35</sup> Lovforslagsudkastets stk. 9 i § 15 f bør derfor udgå. Det synes uproportionalt, at tillade Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at anvende tvangsindgreb over for virksomhederne, når *ikke* det sker som led i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens undersøgelse af en mulig overtrædelse af reglerne. Kravet om forudgående retskendelse ved gennemførelse af kontrolundersøgelser, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3, synes desuden også at blive indholdsløst, hvis det tillades, at der gennemføres kontrolundersøgelser, som led i en markedsefterforskning, da det er uklart, hvad dommeren skal kontrollere i forbindelse med afgørelsen af om kontrolundersøgelsen kan tillades. Det skal erindres, at kontrolundersøgelser er et tvangsindgreb omfattet af retssikkerhedsloven,<sup>36</sup> og at det følger af retssikkerhedslovens § 2, at tvangsindgreb kun må anvendes, hvis "*indgrebet står i rimeligt forhold til formålet med indgrebet.*" Ifølge praksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol lægges der ved proportionalitetsvurderingen blandt andet vægt på, om der foreligger en rimeligt begrundet mistanke om strafbart forhold. Det kan efter Danske Advokaters opfattelse *ikke* være tilfældet, når ikke tvangsindgrebet foretages som led i en undersøgelse af om konkurrencereglerne er overtrådt.

#### Sektormyndighedernes indsigt bliver tilsidesat, til fordel for en omnipotent Konkurrence- og Forbrugerstyrelse

Af lovforslagsudkastets bemærkninger til det foreslåede stk. 5 i konkurrencelovens § 15 f, angives følgende om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens inddragelse af sektormyndigheder inden Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udsteder påbud som afslutning af en markedsefterforskning:

*"Hvis der er en relevant ressortmyndighed på det pågældende område, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved høringen 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 foretage en afvejning af på den ene side de hensyn, som ressortmyndigheden anfører, og på den anden side hensynet til at sikre en effektiv konkurrence, når styrelsen vurderer, om det er nødvendigt og proportionalt at pålægge påbuddet. Hvis en ressortmyndighed ikke besvarer en høring inden høringsfristen, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne lægge til grund, at ressortmyndigheden ikke mener, at der er modstående hensyn."<sup>37</sup>*  
(Vores understregning)

Lovforslagsudkastets model er således, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blot skal høre relevante sektormyndigheder, men at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen herefter selv foretager afvejningen af interesserne, og kan udstede påbud, på trods af at sektormyndigheden har udtalt sig imod udstedelse af påbud.

Danske Advokater finder, at en sådan model, hvor der ses stort på sektormyndighedernes detaillkendskab til de sektorer, som de har ansvar for, er ganske uegnet. Den foreslåede model vil således medføre, at Konkurrence- og

<sup>35</sup> Se lovforslagsudkastets side 49.

<sup>36</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1121 af 12. november 2019 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter.

<sup>37</sup> Lovforslagsudkastets side 43.

Forbrugerstyrelsen bliver en "overmyndighed", som formodes at have bedre indsigt i alle sektorer end de relevante sektormyndigheder. Danske Advokater skal desuden bemærke, at hensynet til konkurrence ikke kan være et alt overtrumpende hensyn. Sektormyndighederne har en særlig indsigt i sektorerne, og de særlige hensyn, som gør sig gældende inden for konkrete sektorer; f.eks. sundhedsmyndighedernes (Sundhedsstyrelsen, Lægemiddelsstyrelsen og Sundhedsministeriet) indsigt i hensyn som forsyningssikkerhed i sundhedssektoren, Trafikstyrelsens særlige indsigt i flysikkerhedsmæssige hensyn i flybranchen og Justitsministeriets særlige indsigt i retssikkerhedsmæssige hensyn i advokatbranchen.

Den foreslåede model vil indebære en omkalfatring af den gældende model. Efter de nugældende konkurrenceregler har den relevante sektormyndighed således det sidste ord, mens det med lovforslagsudkastets model for markedsefterforskning vil være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som får det sidste ord.

Det følger af konkurrencelovens § 2, stk. 2, at reglerne i konkurrencelovens kapitel 2 og 3 ikke gælder, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, og af § 2, stk. 4 følger, at det er den pågældende ressortminister, som afgør om en konkurrencebegrænsning er omfattet af § 2, stk. 2.

Der er flere eksempler på, at ressortmyndigheder har tilkendegivet over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen derfor har måtte opgive at forfølge mulige konkurrencebegrænsninger efter konkurrencelovens kapitel 2 og 3.<sup>38</sup>

Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder, at den offentlige regulering udgør et problem, må Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afgive en begrundet udtalelse, som påpeger mulige skadelige virkninger for konkurrencen, samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på området efter konkurrencelovens § 2, stk. 5. Det er herefter op til den relevante minister, og Folketinget, om man ønsker at imødekomme den begrundede udtalelse.<sup>39</sup>

Med den foreslåede markedsefterforskningsmodel, som indføres i konkurrencelovens kapitel 6, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke være bundet af konkurrencelovens § 2, som alene medfører at konkurrencelovens kapitel 2 og 3 ikke kan anvendes.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil således kunne udstede påbud til konkrete virksomheder om en konkret adfærd, selvom den relevante ressortminister måtte mene, at den pågældende adfærd er en direkte følge af offentlig regulering. Som eksempel kan nævnes sagen med Terminal A. I den sag fandt Trafikstyrelsen, på vegne af Transport-, Bygnings- og Boligministeriet, at den manglende mulighed for at pålægge Københavns Lufthavn at give adgang til opførelse af Terminal A var en direkte følge af luftfartslovgivningen, da myndighederne ikke efter luftfartslovgivningen kunne påbyde Terminal A at sikre, at der blev foretaget eftersyn af passagerer, bagage, gods og forsyninger. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil efter den foreslåede markedsefterforskningsmodel kunne have indledt en markedsefterforskning, som kunne resultere i at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

---

<sup>38</sup> Se f.eks. Sundheds- og Ældreministeriets brev til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 24. oktober 2016 og Trafikstyrelsens brev til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 12. december 2011.

<sup>39</sup> Se eksempelvis Transport-, Bygnings- og Bygningsministeriets brev til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 26. marts 2018, hvor det afvises at foretage de foreslåede ændringer ift. luftfartslovgivningen.



påbød Københavns Lufthavn at give Terminal A adgang til at opføre en konkurrerende terminal. Herefter ville myndighederne og Folketinget reelt blive tvunget til at ændre luftfartslovgivningen for at sikre muligheden for at påbyde Terminal A at sikre, at der blev foretaget eftersyn af passagerer, bagage, gods og forsyninger. Hvis en sådan regelændring ikke foretoges, vil den opførte Terminal A ellers ikke skulle opfylde reglerne til at sikre luftfartssikkerhed. Hermed vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke blot have det sidste ord i forhold til sektormyndighederne, men reelt også kunne påbyde adfærd, som tvinger ressortmyndighederne og i sidste ende lovgivningsmagten til at ændre gældende lovgivning.

Det skal desuden bemærkes, at det følger af EU-Domstolens seneste praksis, at konkurrencemyndigheder ved håndhævelse af EU-rettens konkurrenceregler netop er forpligtede til at inddrage og tage hensyn til sektormyndigheders vurderinger jf. C-721/10 *DB Station & Service AG* og C-252/21 *Meta*.

Danske Advokater kan ikke bakke op om den foreslåede model, hvor en enkelt myndighed kan sætte sig ud over sektormyndigheder og den offentlige regulering, som er vedtaget af lovgivningsmagten.

#### Øvrige bemærkninger

Danske Advokater skal desuden bemærke, at der synes at være uoverensstemmelse mellem forskellige dele af lovforslagsudkastet for så vidt angår automatisk opsættende virkning, hvis påbud udstedt efter en markedsefterforskning indbringes for Konkurrenceankenævnet eller domstolene. På lovforslagsudkastets side 7 er anført, at "*Et eventuelt påbud vil kunne ankes til Konkurrenceankenævnet eller domstolene med opsættende virkning.*" Heraf synes således, at følge at den opsættende virkning vil gælde uanset om påbuddet indbringes for Konkurrenceankenævnet eller domstolene. Det konkrete ændringsforslag, lovforslagsudkastes § 1, nr. 1 (konkurrencelovens § 19, stk. 4), angår dog kun indbringelse af påbuddet for Konkurrenceankenævnet, og nævner ikke automatisk opsættende virkning ved indbringelse for domstolene.

Med ændringen af konkurrenceloven i 2021,<sup>40</sup> blev det muligt for virksomhederne selv at vælge om de ville indbringe materielle afgørelser for Konkurrenceankenævnet eller direkte for domstolene jf. konkurrencelovens § 20, stk. 3.

For at denne valgmulighed også i fremtiden er reel, opfordrer Danske Advokater til at lovforslagsudkastet ændres således, at det som er angivet på lovforslagsudkastets side 7 også faktisk gennemføres, således at indbringelse af påbud, hvad enten det sker for Konkurrenceankenævnet eller domstolene, sker med opsættende virkning. Dette vil kunne sikres ved en tilføjelse om automatisk opsættende virkning i konkurrencelovens § 20, stk. 3 eller ved at indsætte et stykke om opsættende virkning direkte i lovforslagsudkastets § 15 f.

#### **Bødeudmåling (lovforslagsudkastets § 1, nr. 21 (konkurrencelovens § 23 b, stk. 6) og § 2, stk. 1)**

---

<sup>40</sup> L 116, FT 2020-21 *Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og straffeloven*, vedtaget som lov nr. 207 af 15. februar 2021.

Lovforslagsudkastets § 1, nr. 21 (konkurrencelovens § 23 b, stk. 6) indebærer, at principperne for udmåling af civile bøder til virksomheder for materielle overtrædelser af konkurrenceloven ændres. Danske Advokater støtter som udgangspunkt op om, at bøderne i højere grad afspejler den enkelte virksomheds reelle gevinst ved en overtrædelse, og at det i bedre omfang sikres, at bøderne tager højde for den enkelte virksomheds individuelle situation, således at bøderne har samme afskrækkende og pønale effekt over for forskellige overtrædere.

Danske Advokater bemærker dog, at det bør overvejes om ikke de ændrede bødeberegningsprincipper også bør give anledning til ændringer i ordlyden af konkurrencelovens § 23 b, stk. 1 og 7, således, at det ikke kun fremgår, at der tages hensyn til "*tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed*", når også den relevante omsætning, formildende og skærpende omstændigheder mv. skal inddrages jf. angivelserne i forarbejderne i lovforslagsudkastet.

Danske Advokater mener dog *ikke*, at de nye bødeudmålingsprincipper kan tillægges tilbagevirkende kraft, da en sådan ordning både er uhensigtsmæssig og i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (EUC).

Det anføres i lovforslagsudkastets forarbejder til § 2, stk. 1, at

*"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 derimod 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. En sådan fortsat overtrædelse vil ikke skulle bedømmes efter den tidligere lovgivning, selvom en del af overtrædelsen har fundet sted, mens den tidligere lovgivning var i kraft. I stedet vil den nye lovgivning finde anvendelse på det samlede forhold."<sup>41</sup> (Vores understregning)*

Det foreslås således alene, at overtrædelser, som er ophørt før lovforslagsudkastets forventede ikrafttræden underlægges de eksisterende bødeudmålingsprincipper, mens overtrædelser, som er påbegyndt før lovforslagsudkastets forventede ikrafttræden, men først ophører efterfølgende, i det hele foreslås underlagt lovforslagsudkastets bødeudmålingsprincipper.

Dette vil reelt betyde, at lovforslagsudkastets bødeudmålingsprincipper får tilbagevirkende kraft, da f.eks. en overtrædelse, som varer fra 1. januar 2010 til 1. august 2024, i det hele vil være underlagt bødeudmålingsprincipper, som først trådte i kraft - hvis lovforslagsudkastet vedtages - den 1. juli 2024. Dermed vil adfærd, som er foregået i perioden 1. januar 2010 til 1. juli 2024 være underlagt regler, som ikke var gældende, da adfærden fandt sted, hvilket er udtryk for lovgivning med tilbagevirkende kraft.

For overtrædelser som har en varighed, der både omfatter tiden før og efter lovforslagsudkastets vedtagelse, mener Danske Advokater, at den for den konkrete virksomhed mest lempelige bødeudmåling skal finde anvendelse. Det vil formentligt for små virksomheder betyde, at de nye bødeudmålingsprincipper som indføres med lovforslagsudkastet skal anvendes, mens det for større virksomheder, formentligt vil betyde, at de nugældende bødeudmålingsprincipper skal anvendes.

---

<sup>41</sup> Lovforslagsudkastets side 61.

At der alene skal straffes efter den lempeligste lovgivning, hvis der inden påkendelse af forholdet er vedtaget ny lovgivning, er et almindeligt anerkendt retsprincip, som blandt andet er kommet til udtryk i straffelovens § 3, hvoraf fremgår at

*"Er den ved en handling påkendelse gældende straffelovgivning forskellig fra den, der gjaldt ved handlingens foretagelse, afgøres spørgsmålet om strafbarhed og straf efter den senere lov, dog at afgørelsen ikke derved må blive strengere end efter den ældre lov."*

Princippet er også kommet til udtryk i artikel 7, stk. 1, 2. punktum i EMRK. Det bemærkes, at EMRK er inkorporeret i dansk ret, jf. lovbekendtgørelse nr. 138 af 26. januar 2022.

For forhold som omfattes af EU-retten, f.eks. bøder, hvor også en overtrædelse af TEUF artikel 101 eller 102 sanktioneres, vil den tilsvarende bestemmelse i artikel 49, stk. 1, 2. punktum i EUC, desuden også finde anvendelse.

Civile bøder for overtrædelse af konkurrenceloven, ligesom Europa-Kommissionens administrative bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne i TEUF, anses efter EMRK for en "straf", og de omfattes derfor af EMRK artikel 7.<sup>42</sup>

Om behandlingen af "fortsatte forbrydelser" i forhold til EMRK artikel 7, stk. 1, har EMD's tidligere vicepræsident Jon Fridrik Kjølbro skrevet følgende:

*"Spørgsmål om tilbagevirkende kraft kan give anledning til vanskeligheder ved tilstandsforbrydelser og fortsatte forbrydelser, idet forbrydelsen kan være påbegyndt inden og fortsætte efter vedtagelsen af nye og skærpede straffebestemmelser. Der kan være tale om en tilstand (tilstandsforbrydelse) eller en flerhed af enkeltstående handlinger eller unkladelser, der udgør en samlet forbrydelse (fortsat forbrydelse). Det et krav, at de handlinger eller unkladelser, klager straffes for under de nye regler, også var strafbare, inden de nye regler trådte i kraft, altså i hele perioden, og at anvendelse af den nye straffebestemmelse ikke medfører strengere straf for de handlinger, der er begået inden ikrafttrædelsen."<sup>43</sup> (Vores understregning)*

Da bøder efter konkurrenceloven efter både EMRK og EUC anses for en "straf", er det Danske Advokaters opfattelse, at den foreslåede ordning, hvor også overtrædelser, som er påbegyndt før vedtagelsen af lovforslagsudkastet, omfattes af de nye skræppende regler, vil være i strid med EMRK artikel 7, stk. 1 og EUC artikel 49, stk. 1.

Herudover er det Danske Advokaters opfattelse, at også almindelige retssikkerhedsprincipper taler klart imod, at strengere sanktioner gives tilbagevirkende kraft. Det angives f.eks. også i Justitsministeriets vejledning om lov kvalitet (vejledning nr. 9964 af 23. november 2023), at

*"Det må herudover fremhæves, at det ud fra almindelige retssikkerhedsmæssige betragtninger kan give anledning til væsentlige principielle betænkeligheder at gennemføre bebyrdende love med tilbagevirkende kraft. En sådan fremgangsmåde bør derfor kun benyttes, når afgørende hensyn gør det påkrævet, og således at det*

<sup>42</sup> Se f.eks. den Europæiske Menneskerettighedsdomstol dom af 28. maj 2020, *Georgouleas og Nestoras mod Grækenland* (sag 44612/13 og 45831/13), præmis 42-43, dom af 27. september 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. mod Italien* (sag 43509/08), præmis 44 og dom af 14. oktober 2003, *Lilly France mod Frankrig* (sag 53892/00 og ift. EU-Domstolen generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i C-272/09 P *KME Germany*, punkt 64.

<sup>43</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (6. udg.), DJØF Forlag, 2023, side 814.

*tidsrum, hvori loven har tilbagevirkende kraft, bliver så kort som muligt.*"<sup>44</sup> (Vores understregning)

Det skal bemærkes, at lovforslagsudkastet reelt ikke indeholder nogen begrænsning af det tidspunkt, hvor lovforslagsudkastet kan have tilbagevirkende kraft tilbage til. Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter lovforslagsudkastets vedtagelse måtte blive bekendt med en overtrædelse, som har fundet sted f.eks. fra 1. januar 2000 til 1. oktober 2024, vil lovforslagsudkastet reelt have tilbagevirkende kraft helt tilbage til 1. januar 2000, og det uden at der er angivet nogen "*afgørende hensyn [der] gør det påkrævet*" i lovforslagsudkastet.

Danske Advokater skal derfor opfordre til, at lovforslagsudkastet ændres således, at alene forhold påbegyndt efter lovforslagsudkastets vedtagelse omfattes af de nye bødeudmålingsprincipper - medmindre de nye principper vil føre til en lavere bøde. Hvorvidt "fortsatte overtrædelser", som omfatter en periode på begge sider af lovforslagsudkastets vedtagelse alene skal undergives de bødeudmålingsprincipper, som er mest lempelige i den givne sag, eller om den del af overtrædelsen, som er begået før lovforslagsudkastets vedtagelse, skal undergives de tidligere bødeudmålingsprincipper, mens den del, som er begået efter lovforslagsudkastets vedtagelse, skal undergives de nye bødeudmålingsprincipper, er et politisk valg, som må afgøres af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Folketinget og Regeringen.

Danske Advokaters indvending er blot, at den i lovforslagsudkastet foreslåede model ikke er i overensstemmelse med EMRK artikel 7, stk. 1 og EUC artikel 49, stk. 1 og under alle omstændigheder urimeligt byrdefuld

### **Konkurrencerådets sammensætning**

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har inden for de seneste år fået tillagt en række væsentlige nye og udvidede skønsmæssige beføjelser, herunder mulighed for anlæggelse af sager om civile bøder, mulighed for udstedelse af strukturelle påbud, nye og udvidede efterforskningsmuligheder (udvidede muligheder for kontrolundersøgelser, udvidet pligt til fremlæggelse af oplysninger, indførelse af pligt til deltagelse i interviews og begrænsning af forbuddet mod selvinkriminering) samt ansvar for håndhævelse af de nye EU-regler om digitale platforme (Digital Services Act). Lovforslagsudkastet lægger op til en væsentlig yderligere forøgelse af styrelsens skønsmæssige beføjelser. I lyset heraf bør det overvejes, om der ikke er behov for i højere grad at sikre, at Konkurrencerådet til stadighed har det nødvendige fokus på og de nødvendige faglige kompetencer til at sikre, at såvel rådets egne afgørelser som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser i øvrigt i tilstrækkeligt omfang tager hensyn til de involverede virksomhedernes retssikkerhed. Én måde at gøre det kunne

---

<sup>44</sup> Vejledning nr. 9964 af 23. november 2023 om lov kvalitet, afsnit 6.2.

være at udpege en landsdommer som formand for Konkurrencerådet

**Afsluttende bemærkninger**

Danske Advokater står til rådighed for uddybende spørgsmål eller dialog.

Med venlig hilsen

Benedikte Havskov Hansen  
Vicedirektør  
bhh@danskeadvokater.dk