JUSTITIA

DANMARKS UAFHÆNGIGE
JURIDISKE TÆNKETANK

Analyse:

KONKURRENCELOVENS TVANGSINDGREB

Af Henrik Rothe og Stine Brøsted Jensen

Konkurrencelovens tvangsindgreb

© Justitia og forfatterne, 2021

ISBN:

Justitia - Danmarks uafhængige juridiske tænketank
Fruebjergvej 3. 2100 København Ø
www.justitia-int.org
info@justitia-int.org

Justitia er Danmarks eneste juridiske tænketank, der alene har fokus på retssikkerhed og frihedsrettigheder. Justitias formål er gennem analyser af høj faglig kvalitet og fremsættelse af konkrete juridiske løsningsforslag at påvirke den offentlige og politiske dagsorden med henblik på at fremme en politisk kultur, hvor disse værdier nyder den nødvendige respekt.

Justitias publikationer kan frit citeres med tydelig kildeangivelse.

Publikationen er en del af projektet Retssikkerhed for Ervhervslivet.
Projektet støttes af:

Projektet støttes herudover af:

Om forfatteren:

Henrik Rothe
Henrik Rothe er ansvarlig for projektet om retssikkerhed for erhvervslivet. Henrik har tidligere være præsident for Sø- og Handelsretten og generalsekretær i Det Danske Advokatsamfund. Ved siden af Justitia er Henrik adjungeret professor i erhvervsret på Copenhagen Business School samt formand for Ankenævnet for Patenter og Varemærker.

Mail: henrik@justitia-int.org Tlf: +45 24 81 00 71

Indhold

1 Resumé 3

2 Indledning 4

2.1 Overblik 4

2.2 Baggrund 5

2.3 Gennemgang af analysens kapitler 7

3 Gennemførelse af kontrolundersøgelser 9

3.1 Kravene til gennemførelsen af konkurrencelovens kontrolundersøgelser 9

3.1.1 Kravene til beslutningen om gennemførelse af kontrolundersøgelse 12

3.1.2 Grundlaget for indhentelse af retskendelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 3 17

3.1.3 Kravene til retskendelsen 19

3.2 Den Europæiske Menneskerettighedskonventions krav 23

3.2.1 Kravene efter EMRK artikel 8 24

3.2.2 EMDs praksis vedrørende retskendelsens afgrænsning 28

3.2.3 EMDs praksis vedrørende rimelig begrundet mistanke 35

3.2.4 Opsummering af kravene til kontrolundersøgelser efter EMRK artikel 8 37

3.3 Konkurrencemyndighedernes og domstolenes praksis 39

3.4 Sammenfattende vedr. den gennemgåede praksis 47

3.5 Anbefalinger 50

4 Afvikling af kontrolundersøgelser 52

4.1 Indledning 52

4.2 Kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18, stk. 1 53

4.2.1 Kontrolundersøgelsens genstand 53

4.2.2 Retten til repræsentation under kontrolundersøgelsen 53

4.2.3 Virksomheders oplysningspligter under kontrolundersøgelsen 54

4.2.4 Fysiske personers oplysningspligt, når disse er under mistanke 73

4.2.5 Særligt om enkeltmandsvirksomheders retsstilling 77

4.3 Kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 a 79

4.4 Særligt om interviews 83

4.5 Vurderinger og anbefalinger 84

5 Anke og kære af afgørelser i forbindelse med kontrolundersøgelser 88

5.1 Styrelsens beslutning om at iværksætte en kontrolundersøgelse 88

5.2 Kære af Sø- og Handelsrettens kendelse om kontrolundersøgelse 88

5.3 Anke af afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege 90
5.4 Vurderinger og anbefalinger 94
6 Foreløbige påbud 96
6.1 Reglerne om foreløbige påbud 96
6.2 Anbefalinger 102
7 Oversigt over Justitias anbefalinger 103

1 Resumé

Formålet med denne analyse af konkurrencelovens tvangsindgreb er 1) at belyse de retssikkerhedsmæssige udfordringer, der knytter sig til den omfattende ændring af konkurrenceloven, som trådte i kraft den 4. marts 2021 som led i implementeringen af EU-direktiv 2019/1 i dansk ret, samt 2) at analysere, om de nye konkurrenceregler i nødvendigt omfang inddrager hensynet til retssikkerheden for de virksomheder og personer, som underkastes konkurrencelovens tvangsindgreb.

Lovændringen har medført meget vidtgående ændringer i den måde, overholdelse af konkurrencelovens regler håndhæves og kontrolleres på, hvilket overordnet set udvider myndighedernes beføjelser og rejser en række retssikkerhedsmæssige problemer. Analysen indeholder derfor adskillige anbefalinger til forbedringer af såvel regler som praksis på de områder, hvor Justitia ikke finder, at retssikkerheden for de involverede tilgodeses i tilstrækkelig høj grad.

De væsentlige udvidelser af konkurrencemyndighedernes beføjelser til at kontrollere og forfølge overtrædelser af konkurrenceloven, som fulgte med lovændringen, stiller nye og øgede krav til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens faglige kompetencer og grundighed og domstolenes prøvelse af styrelsens beslutninger om kontrolundersøgelser. I analysen gennemgås derfor de krav, der ifølge danske retsregler og EMD's retspraksis vedr. EMRK artikel 8 stilles til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutninger om kontrolundersøgelse, domstolsprøvelsen heraf og indholdet af den retskendelse, som tillader kontrolundersøgelsen. Herefter gennemgås forskellige eksempler på beslutninger og kendelser, som ifølge Justitias vurdering kun i meget ringe omfang lever op til de nævnte krav.

Analysen indeholder på denne baggrund en anbefaling om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretager en gennemgang af praksis i forbindelse med beslutninger om kontrolundersøgelser og undersøger, i hvilket omfang beslutningerne lever op til de krav, der stilles. Analysen indeholder ligeledes anbefalinger til, hvilke elementer både styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse og den efterfølgende retskendelse bør indeholde for fuldt ud at være i overensstemmelse med de krav, der kan udledes af danske retsregler og EMD's praksis vedrørende EMRK artikel 8.

Analysen indeholder desuden anbefalinger til, hvordan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sikrer, at den oplysningspligt, der pålægges virksomheder og fysiske personer ikke går videre end lovgivning og retspraksis tillader, men også hvordan virksomheder og fysiske personer bedst sikrer, at grænserne for deres oplysningspligt respekteres. Analysen indeholder også anbefalinger til retssikkerhedsmæssige forbedringer af reglerne om kære af kendelser om kontrolundersøgelser og afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege, da reglerne medfører en række problemer, der tilsyneladende ikke er blevet overvejet ved ændringen af konkurrenceloven.

En samlet oversigt over Justitias væsentligste anbefalinger kan findes i kapitel 7. Der henvises til de enkelte kapitler for baggrunden for Justitias anbefalinger.

2 Indledning

2.1 Overblik

Den 4. marts 2021 trådte den mest omfattende ændring af konkurrenceloven i nyere tid i kraft. Baggrunden for den omfattende reform af konkurrencereglerne var pligten til at implementere EU direktiv 2019/1 - det såkaldte effektiviseringsdirektiv - i dansk ret.

Lovændringen har medført meget vidtgående ændringer i den måde overholdelse af konkurrencelovens regler håndhæves og kontrolleres på, hvilket overordnet set udvider myndighedernes beføjelser og rejser en række retssikkerhedsmæssige problemer.

Før lovændringen var virksomheders overtrædelser af konkurrenceloven strafbare. Dette indebar, at tiltale skulle rejses af anklagemyndigheden (SØIK), som i overensstemmelse med dansk retspleje skulle foretage en selvstændig og uvildig vurdering af, om virksomheden ved grov uagtsomhed eller fortsæt havde overtrådt loven, således at tiltale skulle rejses. Ofte ville der forud for spørgsmålet om tiltalerejsning på SØIKs anmodning have været gennemført en ransagning hos virksomheden i strafferetsplejens former, hvis SØIK fandt grundlag for at anmode retten om en ransagningskendelse. Dette system indebar for virksomhederne den retssikkerhedsgaranti, at der ikke blev indledt sager ved domstolene om straf eller ransagning, som anklagemyndigheden ikke vurderede ville føre til domfældelse eller en kendelse om ransagning.

Efter lovændringen er det alene Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som forfølger virksomheders overtrædelse af konkurrenceloven ved at kræve dem idømt civile bøder i civile retssager ikke alene for groft uagtsomme og forsætlige overtrædelser af loven, men også for simpelt uagtsomme overtrædelser. Samtidig er det også styrelsen, som nu anmoder retten om kendelser om kontrolundersøgelser hos virksomheder.

Også virksomhederne oplysningspligt både i og uden relation til kontrolundersøgelser er blevet udvidet, og deres muligheder for at nægte at besvare spørgsmål, for ikke at inkriminere sig selv, er blevet indskrænket.

Disse væsentlige udvidelser af konkurrencemyndighedernes beføjelser til at kontrollere og forfølge overtrædelser af konkurrenceloven stiller nye og øgede krav til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens faglige kompetencer og grundighed. Bortfaldet af anklagemyndighedens uvildige screening af styrelsens indstillinger om ransagning og tiltalerejsning stiller nye krav til domstolene, som nu bliver den eneste eksterne garant for, at hensynet til virksomhedernes retssikkerhed tilgodeses.

Selv om *virksomheder* efter lovændringen ikke længere sanktioneres med en egentlig straf for at overtræde konkurrenceloven, har man i Danmark valgt at opretholde muligheden for at straffe *fysiske personer* (i praksis ledende medarbejdere i virksomheden) for medvirken til virksomheders

overtrædelser af konkurrenceloven. Disse sager behandles forsat af SØIK efter stort set uændrede regler.

I Danmark eksisterer derfor efter lovændringen to parallelle straf- og kontrolsystemer, som samtidig skal anvendes på de samme faktiske forhold. Dette giver anledning til betydelige afgrænsningsproblemer af betydning for såvel virksomheders som de berørte personers retssikkerhed.

Formålet med denne analyse er således både at belyse de retssikkerhedsmæssige udfordringer, der knytter sig til de nye regler, som blev indført med ændringen af konkurrenceloven i marts 2021, og at analysere, om de i nødvendigt omfang inddrager hensynet til retssikkerheden for de virksomheder og personer, som underkastes konkurrencelovens tvangsindgreb. I det omfang Justitia ikke finder, at praksis og regler i tilstrækkeligt omfang varetager retssikkerheden for de involverede, fremsættes forslag til forbedring af såvel praksis som regulering.

I analysens kapitel 3 foretages en gennemgang af de krav, der såvel før som efter lovændringen stilles efter både danske retsregler og Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8 til gennemførelsen af kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens §§ 18 og 18 a rettet mod en enkelt virksomhed og personer med tilknytning til denne. I kapitlet gennemgås også en række eksempler på beslutninger om kontrolundersøgelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og tilhørende retskendelser for at belyse, i hvilket omfang disse umiddelbart lever op til de nævnte krav.

Lovændringen har som nævnt ført til, at der nu er to parallelle sanktions- og kontrolsystemer, hvilket giver anledning til en række vanskelige afgrænsningsproblemer under afviklingen af kontrolundersøgelser. Dette er beskrevet nærmere i kapitel 4.

I kapitel 5 beskrives mulighederne for at anfægte såvel konkurrencemyndighedernes som domstolenes afgørelser vedrørende selve kontrolundersøgelserne og andre afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege, som knytter sig hertil.

I kapitel 6 behandles reglerne om foreløbige påbud og de retssikkerhedsmæssige udfordringer for virksomhederne i tilknytning hertil.

Justitias anbefalinger fremgår af de enkelte kapitler og sammenfattes i kapitel 7.

2.2 Baggrund

Hele baggrunden for de omfattende ændringer i konkurrenceloven er som nævnt ovenfor EU-direktiv 2019/1. Formålet med direktivet er at sikre, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrejes. Direktivet indeholder derfor regler, der skal sikre en effektiv håndhævelse af TEUF artikel 101 og 102, for at skabe mere fair og åbne konkurrenceprægede markeder i EU, hvor virksomhederne konkurrerer efter evne uden virksomhedsskabte hindringer for markedsadgang, og derved bidrage til vækst og jobskabelse. Effektiv håndhævelse af disse regler beskytter forbrugerne og virksomheder,

som er aktive i det indre marked, mod forretningsmetoder, der holder priserne på varer og tjenesteydelser kunstigt oppe, og sikrer et passende udvalg af innovative varer og tjenesteydelser.

Direktivets krav gælder alene konkurrencesager, hvor TEUF artikel 101 og 102 finder direkte anvendelse. Der er dog i forbindelse med den danske implementering af direktivet truffet et valg om at ensarte håndhævelsen af TEUF artikel 101 og 102 og den danske konkurrencelov. De foretagne ændringer i konkurrenceloven på baggrund af direktivet vedrører således både sager, hvor TEUF artikel 101 og 102 finder anvendelse, og sager som ikke har noget EU-retligt element og derfor alene vedrører konkurrenceloven.

Væsentlige samfundsmæssige hensyn tilsiger, at konkurrencemyndighederne har mulighed for effektivt at håndhæve konkurrencereglerne. Også hensynene til de virksomheder som overholder konkurrencereglerne tilsiger en effektiv håndhævelse. Det er således nødvendigt, at konkurrencemyndighederne i overensstemmelse med direktivets krav kan udføre alle nødvendige kontrolundersøgelser i virksomheders og virksomhedssammenslutningers lokaler. Det forudsætter dog, at de kan påvise, at der foreligger tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en formodning om en overtrædelse af nærmere angivne bestemmelser i TEUF artikel 101 eller 102 eller konkurrenceloven. Endvidere skal der foreligge en rimeligt begrundet mistanke om, at der under en kontrolundersøgelse kan tilvejebringes beviser for den overtrædelse, som det påhviler konkurrencemyndigheden at bevise.

Konkurrencemyndigheders beføjelse til at foretage kontrolundersøgelser bør, for at være effektiv, omfatte adgang til oplysninger, som den virksomhed eller virksomhedssammenslutning eller person, der er genstand for kontrolundersøgelsen, har adgang til, og som vedrører den undersøgte virksomhed eller virksomhedssammenslutning. Dette bør nødvendigvis omfatte beføjelsen til at søge efter dokumenter, filer eller oplysninger på enheder, der ikke er præcist identificeret på forhånd. Uden en sådan beføjelse vil det være umuligt at indsamle de for undersøgelsen nødvendige oplysninger, når virksomhederne eller virksomhedssammenslutningerne forsøger at lægge hindringer i vejen for myndighederne eller afslår at samarbejde. Beføjelsen til at undersøge bøger eller forretningspapirer bør omfatte alle former for korrespondance, såsom elektroniske meddelelser, uanset om de synes at være ulæste eller er blevet slettet.

En kontrolundersøgelse kan dog opleves som et vidtgående indgreb for virksomhederne, der skal sættes i stand til at varetage deres berettigede interesser og udøve kontrol med myndighedernes ageren under og efter undersøgelsen. De beføjelser der i overensstemmelse med direktivet tillægges de nationale konkurrencemyndigheder, herunder disses undersøgelsesbeføjelser, bør være underlagt passende sikkerhedsgarantier, der som minimum opfylder EU-rettens almindelige principper og EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder i overensstemmelse med EU-domstolens retspraksis, navnlig i forbindelse med sager, der kan give anledning til pålæggelse af sanktioner. Derudover bør beføjelserne udøves på en måde, der opfylder de retssikkerhedsgarantier som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) i sin praksis vedrørende Den Europæiske

Menneskerettighedskonventions (EMRK) artikel 8 stiller i relation til myndighedernes ransagninger og kontrolundersøgelser.

Direktivet er ikke til hinder for, at medlemsstaternes konkurrencelovgivning stiller krav om forudgående godkendelse fra en domstol af myndighedernes kontrolundersøgelser. I Danmark gælder både før og efter lovændringen et krav om forudgående retskendelse. Det må anses for en væsentlig retssikkerhedsmæssig garanti, at lovligheden af sådanne tvangsindgreb er underlagt kontrol af en uafhængig domstol. Hvor stor betydning denne domstolsprøvelse kan tillægges, vil dog afhænge af domstolsprøvelsens karakter.

2.3 Gennemgang af analysens kapitler

I analysens kapitel 3 foretages der, som anført ovenfor, en gennemgang af de krav, der såvel før som efter lovændringen stilles efter både danske retsregler og EMRK artikel 8 til gennemførelsen af kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens §§ 18 og 18 a rettet mod en enkelt virksomhed og personer med tilknytning til denne. Bredere branche- eller markedsundersøgelser inddrages ikke i analysen. Der vil her særligt blive lagt vægt på de krav, der med rimelig grad af sikkerhed kan stilles til grundlaget for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning mod virksomheden, domstolsprøvelsen af styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse og indholdet af den retskendelse, der hjemler undersøgelsen. Herefter gennemgås en række anonymiserede eksempler på styrelsens beslutninger og retskendelser fra domstolene med henblik på at fastslå, om praksis umiddelbart lever op til disse krav, og om virksomhederne ydes en tilstrækkelig retssikkerhedsmæssig beskyttelse.

Efter implementeringen af direktivet er der sket vidtgående ændringer i reglerne om afvikling af kontrolundersøgelser. Nogle af disse ændringer rejser betydelige retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til de virksomheder, som gøres til genstand for en kontrolundersøgelse, og behandles derfor i analysens kapitel 4.

Særligt har direktivet stillet krav om, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder enten selv kan pålægge bøder eller at de kan foranledige, at bøder pålægges efter ikkestrafferetlige procedurer. Som konsekvens heraf har det været nødvendigt at forlade det hidtidige system, hvor virksomheder og virksomhedssammenslutninger blev pålagt bøder i det strafferetlige system for overtrædelser af konkurrenceloven. Virksomheder og virksomhedssammenslutninger vil derfor efter lovændringen i stedet blive pålagt såkaldte civile bøder ved domstolene indenfor civilprocessens rammer. Det betyder også, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremover vil gennemføre kontrolundersøgelser ikke kun i sager om påbud efter konkurrenceloven, men også i sager om civile sanktioner for lovovertrædelser, som SØIK før lovændringen gennemførte ransagninger i som led i straffesagen mod virksomheden. I modsætning til hvad der gælder i en række andre EU-lande, har Danmark imidlertid valgt at opretholde adgangen til at idømme personer, som medvirker til en overtrædelse af konkurrenceloven, egentlig straf i strafferetsplejens former. Denne regulering giver

anledning til en række vanskelige afgrænsningsproblemer i anvendelsen af de to parallelle sanktionssystemer under afviklingen af kontrolundersøgelser, som beskrives nærmere i kapitel 4.

Paradigmeskiftet i sanktionssystemet har medført en betydelig udvidelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beføjelser til at gennemføre kontrolundersøgelser, som følge af at styrelsen ikke længere skal lade sager overgå til efterforskning hos SØIK ved mistanke om strafbar overtrædelse af konkurrenceloven, jf. retssikkerhedslovens § 9, der ikke længere finder anvendelse på konkurrencesager. Samtidig er virksomhederne efter lovændringen ikke længere omfattet af forbuddet mod selvinkriminering i retssikkerhedslovens § 10, idet disse regler nu er afløst af en udvidet oplysningspligt og anvendelsen af det mere begrænsede EU-retlige princip om forbud mod selvinkriminering. Virksomhederne nyder derfor ikke længere samme beskyttelse i relation til virksomhedernes oplysningspligter som før lovændringen, hvilket ligeledes belyses i kapitel 4.

Adgangen til at appellere en administrativ afgørelse eller domstolsafgørelse, der træffes som led i et tvangsindgreb efter konkurrenceloven, må anses for en meget væsentlig retssikkerhedsgaranti for den involverede virksomhed og de involverede personer. I forbindelse med den seneste ændring af konkurrenceloven er der dog en række problemstillinger vedr. kære af Sø- og Handelsrettens kendelser om kontrolundersøgelser, som ikke er belyst i forarbejderne og muligvis er blevet overset i forbindelse med udarbejdelsen af lovforslaget.

Ved lovændringen blev der, for at styrke virksomheders og enkeltpersoners retssikkerhed, indført en adgang til at indbringe Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege for Konkurrenceankenævnet. Problemerne omkring opsættende virkning af anke både til nævnet og til Sø- og Handelsretten, hvis nævnets afgørelse ønskes prøvet ved domstolene, er imidlertid også helt ubelyste i lovens forarbejder. De nævnte problemstillinger i relation til anke af afgørelser i forbindelse med kontrolundersøgelser behandles i kapitel 5.

Både før og efter den seneste ændring af konkurrenceloven har der desuden været mulighed for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan nedlægge foreløbige påbud i hastetilfælde, hvor der er en væsentlig risiko for at en virksomheds eller virksomhedssammenslutnings adfærd kan skade konkurrencen. Sådanne afgørelser kan efter en særlig hasteprocedure indbringes for Konkurrenceankenævnet, hvis prøvelsesadgang dog er ganske begrænset. De retssikkerhedsmæssige problemer, der knytter sig hertil, behandles i kapitel 6.

Justitias anbefalinger og de overvejelser der ligger til grund herfor er knyttet til de enkelte kapitler. En overordnet sammenfatning af alle analysens anbefalinger findes i kapitel 7.

3 Gennemførelse af kontrolundersøgelser

I dette kapitel gennemgås kravene til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens gennemførelse af kontrolundersøgelser mod virksomheder, som styrelsen har en formodning om har overtrådt konkurrenceloven, samt eksempler på styrelsens og domstolenes praksis på området.

Først gennemgås i afsnit 3.1 de krav, der ifølge danske retsregler stilles til gennemførelsen af kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 og § 18 a. Kravene til grundlaget for styrelsens formodning og indholdet af beslutningen om gennemførelse af kontrolundersøgelse gennemgås i afsnit 3.1.1. I afsnit 3.1.2 behandles grundlaget for indhentelse af retskendelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 3, mens kravene til retskendelsens indhold og domstolsprøvelsens karakter gennemgås i afsnit 3.1.3.

I afsnit 3.2 gennemgås de krav til gennemførelsen af kontrolundersøgelser, som kan udledes af EMRK artikel 8, som bestemmelsen fortolkes i EMDs praksis. De overordnede krav der stilles til indgreb i de rettigheder, der sikres efter EMRK artikel 8, gennemgås i afsnit 3.2.1. I afsnit 3.2.2 og 3.2.3 gennemgås et udsnit af EMDs praksis vedrørende henholdsvis retskendelsens afgrænsning og rimelig begrundet mistanke. De krav, der ifølge EMDs praksis med rimelig grad af sikkerhed kan udledes hertil, sammenfattes i afsnit 3.2.4.

I afsnit 3.3 gennemgås en række eksempler på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutninger om kontrolundersøgelse og tilhørende retskendelser. I hvilket omfang disse eksempler må anses for at være i overensstemmelse med de krav til gennemførelse af kontrolundersøgelser, som er gennemgået i de øvrige afsnit, behandles i afsnit 3.4. Endelig indeholder afsnit 3.5 Justitias anbefalinger til forbedringer af den danske praksis på området.

3.1 Kravene til gennemførelsen af kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 og § 18 a

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan ifølge konkurrencelovens § 18 gennemføre kontrolundersøgelser (også kaldet "dawn raids") hos virksomheder for at undersøge, om der er sket en overtrædelse af konkurrencereglerne. Kontrolundersøgelsen gennemføres om nødvendigt med politiets bistand.[1] Virksomheden orienteres som oftest ikke forud for undersøgelsen for at undgå, at mulige beviser bortskaffes.[2]

Der kan både foretages kontrolundersøgelser hos den eller de virksomheder, som formodes at have overtrådt konkurrenceloven, og hos andre virksomheder, som formodes at ligge inde med beviser

[1] Se konkurrencelovens § 18, stk. 8.
[2] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: www.kfst.dk/konkurrenceforhold/karteller/kontrolundersogelser/.

for en overtrædelse af konkurrenceloven. Derudover kan undersøgelse fortages som led i styrelsens bistand til EU-Kommissionen og andre konkurrencemyndigheder i EU/EØS.[3]

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan under kontrolundersøgelsen af virksomhedens lokaler, grunde eller transportmidler gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning, som den kontrollerede virksomhed har adgang til, herunder regnskaber, regnskabsmaterialer, bøger og andre forretningspapirer, uanset hvilket medie de er lagret på. Det er ikke en betingelse at de pågældende oplysninger faktisk befinder sig i virksomheden, da det afgørende vil være, at virksomheden har adgang til oplysningerne. Dette kan f.eks. være oplysninger i virksomhedens datterselskab i ind- eller udland eller oplysninger, der er lagret via cloudlagring eller på en ekstern server.[4] Styrelsen kan derudover afkræve forklaringer fra virksomhedens repræsentanter eller ansatte om faktiske oplysninger og dokumenter vedrørende kontrolundersøgelsens genstand og formål og registrere deres svar. Endelig kan styrelsen forlange, at personer der er omfattet af undersøgelsen viser indholdet af deres lommer, tasker og lign. Også dette materiale kan styrelsen tage kopi af. Alt dette følger af konkurrencelovens § 18, stk. 1.

Efter kontrolundersøgelsen gennemgår styrelsen det fysiske og elektroniske materiale, som blev indsamlet. Hvis styrelsen har indsamlet en kopi af dataindholdet fra elektroniske medier med henblik på efterfølgende gennemgang, skal styrelsen senest 40 hverdage efter kontrolundersøgelsens afslutning give en kopi af de oplysninger, som styrelsen måtte have taget fra de indsamlede data, til den, der er genstand for kontrolundersøgelsen, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 4. Det elektroniske materiale der blev indsamlet fra virksomhedens elektroniske medier, netværk m.v. skal således være gennemgået inden denne frist.[5]

Hvis der er rimelig grund til mistanke om, at de oplysninger der er nævnt i § 18, stk. 1 opbevares på andre lokaliteter end de, der er omfattet af bestemmelsen, kan styrelsen ifølge konkurrencelovens § 18 a, stk. 1 foretage uanmeldte kontrolundersøgelser på også disse lokaliteter. Der kan i medfør af bestemmelsen f.eks. foretages kontrolundersøgelser i private hjem tilhørende virksomhedens direktør, leder eller andre ansatte. Dette gælder dog alene, hvis der ikke er rimelig grund til mistanke om, at den person kontrolundersøgelsen udføres hos har medvirket til den formodede overtrædelse af konkurrenceloven. Hvis dette er tilfældet, oversendes sagen i stedet til politiet med henblik på ransagning i strafferetsplejens former, jf. § 18 a, stk. 3. Konkurrencelovens § 18 a blev indsat ved den seneste ændring af konkurrenceloven, som trådte i kraft 4. marts 2021, og bestemmelsen vil blive behandlet nærmere i kapitel 4, afsnit 4.3.

Før den seneste ændring af konkurrenceloven var det ikke helt klart, hvilke sanktioner der kunne knyttes til manglende samarbejde under en kontrolundersøgelse.[6] Efter den nye konkurrencelovs § 23, stk. 1, nr. 9 kan en virksomhed, virksomhedssammenslutning eller enhver anden juridisk person

[3] Ibid.
[4] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21 som fremsat, specielle bemærkninger til nr. 25 og nr. 20.
[5] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: www.kfst.dk/konkurrenceforhold/karteller/kontrolundersogelser/.
[6] Se herom bl.a. Christian Bergqvist: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 864.

pålægges en civil bøde for forsætligt eller uagtsomt at modsætte sig en kontrolundersøgelse. Det samme gælder, hvis virksomheden m.v. som svar på et spørgsmål, der er stillet under en kontrolundersøgelse, afgiver et ukorrekt eller vildledende svar eller undlader/afviser at afgive et fuldstændigt svar, jf. nr. 10. Derudover kan en virksomhed, virksomhedssammenslutning eller enhver anden juridisk person efter den nye konkurrencelovs § 22, stk. 1, nr. 3 pålægges daglige eller ugentlige tvangsbøder for at undlade at underkaste sig en kontrolundersøgelse.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmel til at foretage kontrolundersøgelser er meget bred. Der er nogle overordnede betingelser, som skal være opfyldt, før Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan foretage en kontrolundersøgelse. Hvis disse betingelser er opfyldt, ligger det inden for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens skønsbeføjelser at vælge at gennemføre en kontrolundersøgelse, og dette kan ikke efterprøves af Konkurrenceankenævnet.[7]

For det første skal beslutningen om at gennemføre en kontrolundersøgelse være proportionel. Dette fremgår bl.a. af retssikkerhedslovens § 2 samt af det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, som alle forvaltningsmyndigheder er underlagt. Kravet er formentlig opfyldt, hvis det skønnes, at relevante dokumenter og oplysninger kan findes hos virksomheden, og der i øvrigt er grundlag for at åbne en konkurrenceundersøgelse, hvilket kræver en vis grad af formodning eller mistanke.[8] Kravene til grundlaget for styrelsens formodning og indholdet af beslutningen behandles nedenfor under afsnit 3.1.1.

For det andet skal styrelsen indhente en retskendelse, før undersøgelsen kan finde sted. Det regelgrundlag som kan danne grundlag for indhentelse af en kendelse fra en domstol til brug for en kontrolundersøgelse hos en virksomhed eller en person blev ændret helt afgørende ved den seneste lovændring. Forholdene omkring indhentelse af retskendelse behandles under afsnit 3.1.2. De krav der angiveligt må stilles til indholdet af retskendelsen og karakteren af domstolsprøvelsen behandles i afsnit 3.1.3.

Før lovændringen i marts 2021 gjaldt endvidere en tredje betingelse om, at styrelsen alene kunne gennemføre en kontrolundersøgelse, hvis der ikke forelå en så konkret mistanke mod virksomheden om en strafbar overtrædelse af konkurrenceloven, at sagen i stedet skulle oversendes til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet med henblik på politimæssig efterforskning, herunder ransagning efter retsplejelovens regler (den såkaldt "øvre" grænse). Dette fulgte bl.a. af retssikkerhedslovens § 9, hvorefter tvangsindgreb overfor enkeltpersoner eller juridiske personer, der med rimelig grund mistænkes for at have begået en strafbar lovovertrædelse, alene kan gennemføres i strafferetsplejen.[9] Efter den seneste lovændring er kontrolundersøgelser efter konkurrenceloven ikke længere omfattet af retssikkerhedslovens § 9, og virksomheders overtrædelse

[7] Ibid., s. 855.
[8] Ibid., s. 854.
[9] Ibid., s. 855 og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Velfungerende markeder – kontrolundersøgelser, 16 (2018), s. 4.

vil ikke længere blive sanktioneret med strafferetlige men derimod civilretlige bøder. Dette forhold er nærmere uddybet i afsnit 3.1.2 vedr. grundlaget for retskendelsen.

I perioden 2006 – 2017 foretog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i gennemsnit kontrolundersøgelser i syv sagskomplekser årligt, mens antallet af kontrolundersøge virksomheder lå på mellem 10 og 50 årligt. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens oplysninger endte 89-90% af de gennemførte kontrolundersøgelser i 2017 senere med en sag, mens det tilbage i 2006 alene gjaldt for 50-60% af undersøgelserne.[10] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i forbindelse med en aktindsigtsanmodning fra Justitia oplyst, at styrelsen i årene 2015-2020 (til og med 25. november 2020) har anmodet om 136 retskendelser til brug for styrelsens kontrolundersøgelser, og at domstolene har imødekommet samtlige anmodninger.[11]

3.1.1 Kravene til grundlaget for styrelsens formodning og indholdet af beslutningen om gennemførelse af kontrolundersøgelse

3.1.1.1 Grundlaget for styrelsens formodning

Det fremgår ikke af ordlyden af konkurrencelovens § 18, hvornår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan gennemføre en kontrolundersøgelse, udover at det skal være *til brug for styrelsens virksomhed.* Styrelsen er dog som forvaltningsmyndighed underlagt det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, hvilket indebærer, at styrelsen forud for beslutningen om gennemførelsen af en kontrolundersøgelse skal vurdere, om foretagelsen af en kontrolundersøgelse står i et rimeligt forhold til formålet med undersøgelsen, jf. også retssikkerhedslovens § 2.[12]

Det fremgår af konkurrencelovens forarbejder, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet skal have en formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven.[13] Det fremgår ikke af bemærkningerne til de lovforslag, der gennem tiden har omhandlet ændringer i styrelsens adgang til at gennemføre kontrolundersøgelser, hvad der nærmere ligger i dette formodningskrav. Af bemærkningerne til forslaget til ny konkurrencelov fra 1997, som er hovedloven til den gældende konkurrencelov, fremgår alene, at *"Konkurrencestyrelsen kan foretage kontrolundersøgelser efter at have indhentet retskendelse, i de tilfælde, hvor styrelsen skønner, at sagens karakter gør det påkrævet at indhente de fornødne oplysninger på denne måde."*

[10] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Velfungerende markeder – kontrolundersøgelser, 16 (2018), s. 2-3. Antallet af anmeldte sagskomplekser til SØIK kan ses i Tabel 1 her: https://www.kfst.dk/konkurrenceforhold/om-konkurrencesager/konkurrencesager-i-tal/datagrundlag/.

[11] Anmodning om aktindsigt fra Justitia til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 25. november 2020, besvaret ved mail af 1. december 2020.

[12] Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s.1235.

[13] Se nedenfor afsnit 3.1.1.2. eller svar på spørgsmål 30 til lovforslag nr. L 116, FT 20/21.

[14] Bemærkningerne lægger dermed umiddelbart op til en vid skønsadgang for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.[15]

Formålet med kontrolundersøgelsen er at få fastslået, om konkurrenceloven er overtrådt, så der kan udstedes et påbud om at bringe en retsstridig adfærd til ophør, samt at få afklaret, om virksomheden i medfør af konkurrencelovens § 23, stk. 1 kan idømmes en civil bøde for forsætligt eller uagtsomt at have overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1 og § 11, stk. 1 eller TEUF artikel 101 og 102. I den forbindelse må det fremhæves, at tilregnelseskravet i § 23 efter lovændringen gældende fra 5. marts 2021 nu også omfatter simpel og ikke alene grov uagtsomhed, hvilket selvsagt påvirker kravene til den angivelse af formodning, som skal være indeholdt i styrelsens begæring. Det bemærkes som nævnt ovenfor, at tilregnelseskravet alene er ændret for virksomheder, og at fysiske personer derfor fortsat skal have udvist fortsæt eller grov uagtsomhed for at kunne idømmes strafansvar for overtrædelse af loven.

Det er efter ændringen af tilregelselseskravet for virksomheder interessant at se på, hvad der egentlig skal til, for at en virksomhed ved simpel uagtsomhed har gjort sig skyldig i en overtrædelse af konkurrenceloven, som kan sanktioneres civilretligt, jf. lovens § 23.

Det siges herom i Erhvervsministeriets høringsnotat af 26. november 2020 på s. 15:

> *"Lovforslagets § 23, stk. 1, der implementerer tilregnelseskravet i direktivets artikel 13, skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis vedr. anvendelsen af EUF-Traktatens artikel 101 og 102. Efter EU-Domstolens praksis er det afgørende for vurderingen af, om tilregnelseskravet i EU-konkurrenceretten er opfyldt, at virksomheden ikke kunne være uvidende om, at den pågældende adfærd var konkurrencebegrænsende, uanset om virksomheden måtte have været klar over, at den hermed overtrådte konkurrencereglerne. En handling vil dermed opfylde tilregnelseskravet, såfremt virksomheden har været bekendt med de faktiske forhold, der udgør en overtrædelse af EUF-Traktatens artikel 101 eller 102, uanset om virksomheden ikke har haft kendskab til, at adfærden er i modstrid med EU-konkurrencereglerne."*

Som naturlig konsekvens af at virksomhedernes tilregnelseskrav er blevet sænket, før disse kan konstateres at have overtrådt konkurrenceloven, vil kravene til konkurrencemyndighedernes formodning om at en virksomhed har begået en konkurrencelovsovertrædelse ligeledes være mindre. Konkurrencemyndighederne vil som følge heraf efter lovændringen kunne gennemføre en kontrolundersøgelse på et mindre formodnings- eller mistankegrundlag, end hvad der gjaldt frem til lovændringen.

---

[14] Lovforslag nr. 172 af 20. februar 1997. Se Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161.

[15] Se herom Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

3.1.1.2 Indholdet af beslutningen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse er ikke en forvaltningsretlig afgørelse, men derimod et indledende processkridt, som kan føre til, at styrelsen senere træffer afgørelse om f.eks. påbud. En række af forvaltningslovens bestemmelser finder dog anvendelse, jf. retssikkerhedslovens § 3, da der er tale om en beslutning om iværksættelse af tvangsindgreb.[16] Dette gælder bl.a. forvaltningslovens § 24, der stiller krav om, at en begrundelse for en afgørelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, som afgørelsen er truffet i henhold til. Når afgørelsen ifølge disse regler beror på et administrativt skøn – som tilfældet er for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 – stiller bestemmelsen endvidere krav om, at afgørelsen angiver de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen.

Beslutningen om at foretage en kontrolundersøgelse skal desuden indeholde de krav til oplysninger og begrundelse, som er anført i retssikkerhedslovens § 5, stk. 2.[17] Det betyder at beslutningen skal indeholde oplysninger om tid og sted for indgrebet, retten til repræsentation eller bistand efter forvaltningslovens § 8, hovedformålet med indgrebet og det faktiske og retlige grundlag for indgrebet, jf. forvaltningslovens § 24 som beskrevet ovenfor.

Ved den seneste ændring af konkurrenceloven, der trådte i kraft den 5. marts 2021, fremgik følgende af afsnit 2.9.2. til de almindelige bemærkninger til lovforslaget som fremsat:

> *"Den gældende bestemmelse i konkurrencelovens § 18, stk. 1, om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens adgang til at foretage kontrolundersøgelser i virksomheder og virksomhedssammenslutninger svarer i vidt omfang til artikel 6 i direktiv 2019/1. For at sikre en korrekt og fuldstændig gennemførelse af direktivet foreslås dog en række ændringer i den gældende bestemmelse. Det foreslås således, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremover skal kunne gennemføre kontrolundersøgelser hos virksomheder og virksomhedssammenslutninger i alle tilfælde, hvor styrelsen har en formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven – også i tilfælde, hvor formodningen er så stærk, at der er tale om, at styrelsen har rimelig grund til mistanke om en overtrædelse. Den foreslåede ændring vil indebære, at tvangsindgreb i form af kontrolundersøgelser efter konkurrenceloven ikke vil være omfattede af bestemmelsen i retssikkerhedslovens § 9."*[18]

Lovforslaget blev sendt i høring inden fremsættelsen, og Erhvervsministeriet udarbejdede i den forbindelse et høringsnotat af 26. november 2020 over de indkomne høringssvar fra bl.a. Justitia og

[16] Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1235.
[17] Lovbekendtgørelse nr. 1121 af 12. november 2019 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter.
[18] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, som fremsat, almindelige bemærkninger afsnit 2.9.2.

en række andre organisationer.[19] Justitia henvendte sig herefter til Erhvervsministeriet med kritiske bemærkninger til høringsnotatet. Justitia fremhævede bl.a., at det er af væsentlig retssikkerhedsmæssig betydning, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen alene anmoder om en retskendelse, hvis der er et rimeligt mistankegrundlag og indgrebet må anses for proportionalt, og at domstolene foretager en realitetsprøvelse af styrelsens anmodning. Justitia anbefalede derfor, at det i bemærkningerne til lovforslaget blev fremhævet, at en begæring skal indeholde en udførlig beskrivelse af de faktiske omstændigheder som begrunder styrelsens formodning, samt at begæringen bør forholde sig til, om et indgreb må anses for proportionalt. Derudover anbefalede Justitia, at det fremhæves, at retskendelsen skal være tilpas udførlig og præcis til, at der ikke efterfølgende kan opstå tvivl om kendelsens rækkevidde.[20]

Erhvervsministeren oplyste, at der efter høringen over lovforslaget blev foretaget en ændring i afsnit 2.9.2. i lovforslagets almindelige bemærkninger, idet følgende tekst blev tilføjet:

> "*Udstedelsen af en retskendelse til brug for en kontrolundersøgelse i et privat hjem vil ligesom efter den gældende bestemmelse i konkurrencelovens § 18, stk. 3, om kontrolundersøgelse i virksomheder ske på baggrund af en anmodning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. I anmodningen vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bl.a. redegøre for baggrunden for anmodningen, herunder for baggrunden for styrelsens formodning om, at konkurrencereglerne er overtrådt, ligesom styrelsen vil skulle redegøre for, hvorfor der efter styrelsens opfattelse foreligger en rimelig grund til mistanke om, at der findes relevante forretningspapirer m.v. i det pågældende private hjem. Ligesom ved domstolenes vurdering af, hvorvidt der er grundlag for at udstede en retskendelse efter den gældende § 18, stk. 3, vil det almindelige proportionalitetsprincip også finde anvendelse i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt der er grundlag for at udstede en retskendelse til brug for en kontrolundersøgelse i et privat hjem. I tilfælde, hvor der i stedet for en kontrolundersøgelse skal gennemføres en ransagning, vil Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet forud herfor skulle indhente en retskendelse i henhold til retsplejelovens bestemmelser om ransagning hos mistænkte.*"[21]

Erhvervsministeren har således udtrykkeligt fastslået, at styrelsen ved en anmodning om retskendelse til brug for en kontrolundersøgelse i et privat hjem skal redegøre for både baggrunden for styrelsens formodning om, at konkurrencereglerne er overtrådt, og for hvorfor der ifølge styrelsen er rimelig grund til mistanke om, at der kan findes relevante oplysninger i det pågældende hjem. Disse krav må dog kunne udstrækkes til også at omfatte kontrolundersøgelser i virksomhedslokaler m.v., jf.

---

[19] Justitias høringssvar til lovforslaget kan tilgås her: www.justitia-int.org/wp-content/uploads/2020/10/H%C3%B8ringssvar_Forslag-til-lov-om-%C3%A6ndring-af-konkurrenceloven-.pdf. Erhvervsministeriets høringsnotat af 26. november 2020 kan findes som bilag 2 til lovforslag nr. L 116, FT 20/21.

[20] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, Bilag 5: Henvendelse af 15/12-20 fra Justitia om bemærkninger til Erhvervsministeriets høringsnotat af 26/11-20.

[21] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, besvarelse af spørgsmål 1.

både det der er anført i dette afsnit om kravene efter danske retsregler, og det der i afsnit 3.2. er anført om retspraksis fra EMD vedrørende EMRK artikel 8. Den proportionalitetsvurdering som retten skal foretage inden udstedelse af retskendelse forudsætter, at styrelsen i forbindelse med anmodningen om retskendelse oplyser retten om, hvilke konkrete lovovertrædelser virksomheden formodes at have været involveret i, de faktiske oplysninger der ligger til grund for styrelsens formodning herom og styrelsens mistanke om, at der kan findes relevant materiale på stedet. Den præcise karakter og omfanget af de påkrævede oplysninger er vanskelig at fastlægge på udtømmende vis, men der kan udledes nogle overordnede retningslinjer af EMDs praksis på området, som gennemgås i afsnit 3.2.

Herudover må styrelsens begæring om retskendelse antages i alt væsentligt at skulle opfylde kravene til en stævning i retsplejelovens § 348.[22] Begæringen, som skal indgives via domstolenes sagsportal minretssag.dk, skal ifølge bestemmelsens stk. 2, nr. 1-3 klart at identificere parten, angive hvilken ret sagen anlægges ved og indeholde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens påstand m.v. Derudover følger det af bestemmelsens nr. 4, at begæringen skal indeholde en udførlig fremstilling af de faktiske og retlige omstændigheder, hvorpå påstanden støttes, herunder at begæringen støtter sig på en beslutning fra Konkurrence – og Forbrugerstyrelsen om, at der skal foretages en kontrolundersøgelse. Det skal endvidere ifølge nr. 5 angives, hvilke dokumenter og andre beviser styrelsen vil påberåbe sig.[23] Sidst men ikke mindst skal begæringen ifølge nr. 6 indeholde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens forslag til sagens behandling.

Det vil formentlig i langt de fleste sager være et ønske fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at dørene lukkes under behandlingen af begæringen i et retsmøde i medfør af retsplejelovens § 29, stk. 2.[24] En sådan anmodning skal begrundes. Endvidere vil det af hensyn til effektiviteten af kontrolundersøgelsen formentlig næsten undtagelsesfrit være et ønske, at kontrolundersøgelsen gennemføres uden forudgående varsel af virksomheden, som derfor heller ikke skal indkaldes til det møde, hvor begæringen behandles. Hjemlen til at undlade underretning skal ikke søges i retsplejeloven, men i konkurrencelovens § 18, stk. 1 og § 18 a, stk. 1. Disse bestemmelser skal imidlertid ses i sammenhæng med retssikkerhedslovens § 5, stk. 4, nr. 1-5 som angiver de nærmere betingelser for et uvarslet tvangsindgreb uden for strafferetsplejen. Her er især nr. 1 om, at øjemedet med tvangsindgrebets gennemførelse ville forspildes, hvis forudgående underretning skulle gives, særligt relevant for styrelsens kontrolundersøgelser. Styrelsen skal derfor i sin begæring argumentere for, at en af de i bestemmelsen nærmere angivne betingelser er opfyldt, således at

[22] Som anført i betænkning nr. 1039/1985 om tvangsindgreb uden for strafferetsplejen, s. 16 refereret i analysens afsnit 3.1.2, antages det, at tvangsindgreb uden for strafferetsplejen skal indledes ved, at der indgives stævning i den civile retsplejes former. Kravene til en stævning er indeholdt i retsplejelovens § 348. Denne model for indgivelse af en begæring til domstolene i den civile retsplejes former i andet end egentlige retssager er ikke ukendt fra andre områder end egentlige retssager, jf. herved retsplejelovens § 416, hvorefter også en anmodning om forbud eller påbud skal opfylde kravene i § 348.

[23] Om de nærmere krav til begæringen se Lars Lindencrone Petersen og Erik Werlauff: Dansk Retspleje, 8. udgave (2020), s. 269 ff.

[24] Jens Møller m.fl.: Kommenteret Retsplejelov, 10. udgave (2018), Bind I, s. 86.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

retten i kendelsen efter § 18, stk. 3 kan tillade, at kontrolundersøgelsen gennemføres uden forudgående varsel.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil blive indkaldt til det retsmøde, hvori begæringen behandles. Denne indkaldelse sker gennem domstolenes sagsportal, jf. retsplejelovens § 153, 2. pkt. Udebliver styrelsen fra det berammede retsmøde, må det antages, at begæringen om kendelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 3 afvises, jf. princippet i retsplejelovens 360, stk. 1.

Da der ikke er tale om en hovedforhandling i en civil sag, vil der ikke deltage sagkyndige dommere under behandling af begæringen, medmindre retsformanden finder særlig anledning hertil, jf. retsplejelovens § 16, stk. 3.

3.1.2 Grundlaget for indhentelse af retskendelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 3

Det følger som nævnt ovenfor af konkurrencelovens § 18, stk. 3, at en kontrolundersøgelse alene kan foretages efter indhentelse af retskendelse, hvilket som udgangspunkt tjener som n retssikkerhedsmæssig garanti. Med den seneste ændring af konkurrenceloven i marts 2021 er det regelgrundlag, som kan danne grundlag for indhentelse af en kendelse fra en domstol til brug for en kontrolundersøgelse hos en virksomhed eller en person, blevet ændret helt afgørende.

Hvis styrelsen har rimelig grund til mistanke om, at en *fysisk person* strafbart har medvirket til en virksomheds overtrædelse af konkurrenceloven, kan styrelsen ikke gennemføre en kontrolundersøgelse i den pågældendes hjem m.v. efter konkurrencelovens § 18, stk. 3. En undersøgelse vil i stedet skulle gennemføres som en ransagning efter strafferetsplejens regler, jf. retsplejelovens § 794, på grundlag af en anmodning herom fra SØIK. Ifølge retsplejelovens § 796, stk. 2 skal ransagninger gennemføres på grundlag af en retskendelse, som skal indeholde de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for indgrebet er opfyldt. Sagen behandles i øvrigt i overensstemmelse med reglerne i retsplejelovens kap. 73 om ransagning. Begæringen indgives til den byret, hvor den person ransagningen retter sig imod har hjemting, jf. retsplejelovens § 694. Dette svarer i det hele til den retstilstand, der var gældende før den seneste lovændring, og uddybes derfor ikke nærmere her.

En kontrolundersøgelse foretaget med hjemmel i konkurrencelovens §§ 18, 18 a eller 18 b på baggrund af en formodning om, at en *virksomhed* har overtrådt konkurrenceloven, kræver som hidtil, at styrelsen i medfør af konkurrencelovens § 18, stk. 3 indhenter en retskendelse forud for undersøgelsen.

Med den seneste ændring af konkurrenceloven er der sket den helt afgørende ændring, at der ikke længere vil blive rejst en straffesag mod virksomheden med sigtelse for overtrædelse af konkurrenceloven. Konkurrencemyndighederne vil som hidtil kunne udstede påbud om, at en adfærd i strid med konkurrenceloven skal bringes til ophør. For allerede stedfundne overtrædelser

er sanktionen dog fremover, at virksomheden i medfør af konkurrencelovens § 23 ved dom kan pålægges en civil bøde for forsætligt, groft uagtsomt eller simpelt uagtsomt at have overtrådt lovens §§ 6 og 11, TEUF artikel 101 og 102 samt en lang række andre bestemmelser i konkurrenceloven. Sager om civile bøder skal behandles af Sø- og Handelsretten i den borgerlige retsplejes former og i øvrigt i overensstemmelse med reglerne i konkurrencelovens kap. 9.

Da overtrædelser af konkurrenceloven ikke længere er strafferetligt sanktionerede, må det være indlysende, at anmodninger om kontrolundersøgelser hos en virksomhed ikke fremover kan behandles i strafferetsplejens former. Dette er dog muligvis blevet overset i forbindelse med forberedelsen af lovændringen, for der kan hverken i lovteksten eller i forarbejderne til den seneste ændring af konkurrenceloven findes nogen indikation af, hvilke regler i retsplejeloven eller anden lovgivning der fremover skal regulere kontrolundersøgelser, som foretages på begæring af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i den civile retsplejes former. I betænkning nr. 1039/1985 om tvangsindgreb uden for strafferetsplejen fremgår af s. 16:

> *"Så foreligger situationer, som minder om strafferetsplejens efterforskningsskridt, og som ofte uden videre omfattes af beskrivelsen i grundlovens § 72. Karakteristisk for strafferetsplejen er, at retsplejeloven indeholder udførlige regler om sådanne efter forskningsskridt. Hvor de foretages uden for strafferetsplejen, er forholdene derimod uklare og uensartede."*

Det fremgår endvidere af betænkningens s. 92:

> *"Hvis der skal indhentes retskendelse, opstår spørgsmålet, hvorledes dette skal ske. Der findes ikke regler, der angiver fremgangsmåden. I de sager, hvor spørgsmålet har været rejst, er der rettet henvendelse til den stedlige byret. Foranstaltningerne henføres jo ikke til strafferetsplejen, og derfor må udgangspunktet være, at den judicielle behandling af anmodninger om ransagninger m.v. skal ske i den borgerlige retsplejes former. Herefter skal der indleveres stævning til retten"*

Samme resultat var Østre Landsret nået til i en ældre afgørelse. Ifølge en artikel af J.L. Buch fastslog Østre Landsret i en kendelse af 24. marts 1933, at grundlovens § 79 (nu § 72) *"maa antages at omfatte ikke blot Husundersøgelser, der foretages som Led i en strafferetlig Forfølgning, men ogsaa saadanne, der iværksættes i andet lovligt Øjemed"*, og at sagen derfor skulle behandles af byretten.[25]

Udvalget vedrørende tvangsindgreb uden for strafferetsplejen overvejede nøje om der burde opstilles særlige regler for sådanne indgreb og anførte i betænkningen på s. 156:

> *"Udvalget finder ikke, at der bør gennemføres generelle lovregler om tvangsindgreb uden for strafferetsplejen. Gennemgangen af gældende ret i afsnit 4 viser, at der er tale*

[25] Politiinspektør J.L, Buch: Hvilke Magtmidler er Politiet udenfor den kriminelle Retsforfølgning udrustet med?, Ugeskrift for Retsvæsen, 1933, s. 157 ff. (U.1933B.157)

om et meget stort og indholdsmæssigt forskelligartet retsområde, der - netop på grund af forskellighederne i den materielle lovgivning - ikke hensigtsmæssigt lader sig regulere ved generelle regler."

Udvalget anbefalede i stedet, at der i de enkelte love som hjemler et tvangsindgreb sker en omhyggelig beskrivelse af den materielle beføjelse for at undgå efterfølgende fortolkningstvivl om beføjelsens omfang.[26] En sådan beskrivelse er indeholdt i konkurrencelovens §§ 18 og 18 a.

Den eneste bestemmelse i retsplejeloven der direkte regulerer tvangsindgreb uden for strafferetsplejen er retsplejelovens § 1018, stk. 2, som har følgende ordlyd: **"***For så vidt der uden for strafferetsplejen er hjemmel for anvendelse af sådanne forholdsregler som de i 4. bog, 2. afsnit, omhandlede for andre offentlige formåls skyld, berøres de derom gældende regler ikke af denne lov."*[27] Denne noget snørklede formulering har sin oprindelse i Straffeprocesudkast 1875, motiv 61 og udtrykker for så vidt blot, at de bestemmelser i anden lovgivning som hjemler tvangsindgreb uden for strafferetsplejen ikke berøres af denne lov (retsplejeloven).

Det kan herefter konstateres, at spørgsmålet om hvordan anmodninger om en kontrolundersøgelse hos en virksomhed i medfør af konkurrencelovens §§ 18 og 18 a skal behandles i den civile retsplejes former ikke er direkte reguleret i retsplejeloven, og at heller ikke konkurrenceloven indeholder regler herom.

Til hvilken ret skal begæringen om kontrolundersøgelse indgives?

Med udgangspunkt i retsplejelovens § 1018, stk. 2 sammenholdt med betragtningerne i betænkning 1039/1985 må det antages, at en begæring om kendelse om kontrolundersøgelse hos en virksomhed i medfør af konkurrencelovens §§ 18 eller 18 a skal indgives til Sø- og Handelsretten, som efter retsplejelovens § 225, stk. 2, nr. 5 behandler sager, hvor anvendelse af konkurrenceloven har væsentlig betydning. Dette giver god mening, idet det også er denne ret, der behandler sager, hvor en materiel afgørelse fra konkurrencemyndighederne indbringes for domstolene. Efter den seneste lovændring er det også Sø- og Handelsretten, der behandler sager om civile bøder efter konkurrenceloven.

Sø- og Handelsretten har, i de civile sager som retten behandler, jurisdiktion i hele landet, og der opstår derfor ikke spørgsmål om stedlig kompetence.

3.1.3 Kravene til retskendelsen

3.1.3.1 Retskendelsens indhold

Anmodninger efter konkurrencelovens § 18, stk. 3 afgøres ved kendelse, jf. også retsplejelovens § 217. Kendelser skal i modsætning til beslutninger begrundes, jf. retsplejelovens § 218. Bestemmelsen

[26] Betænkning nr. 1039/1985 om tvangsindgreb uden for strafferetsplejen, s. 157.

[27] Denne bestemmelse i retsplejeloven, som er af relevans for den her behandlede problemstilling, er stort set uomtalt i den juridiske litteratur og retspraksis.

indeholder dog – i modsætning til hvad der ifølge § 218 a gælder for domme - ikke en nærmere angivelse af, hvad der ligger i, at kendelsen skal "ledsages af grunde". Det må dog antages, at kendelsen skal indeholde en fremstilling af sagens faktiske sammenhæng, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens påstand og de begrundelser, som retten har lagt til grund for sin afgørelse. Herudover skal kendelsen naturligvis leve op til de krav der er beskrevet i afsnit 3.2 for så vidt angår EMRK artikel 8.

Kendelsen skal så præcist som muligt angive de adresser, hvor kontrolundersøgelsen efter § 18, stk. 1 skal finde sted. En situation som den der forelå i U 2008.1098, hvor Højesteret accepterede, at en kontrolundersøgelse også blev udstrakt til en adresse, der ikke var omfattet af den underliggende retskendelse, bør i fremtiden undgås. Med den nye bestemmelse i § 18 a kan kontrolundersøgelser også finde sted i *"andre lokaler, på andre grunde og i andre transportmidler end de der er anført i § 18, stk. 1. pkt."*. Der er derfor behov for, at kendelser efter begge bestemmelser så præcist som muligt afgrænser de lokaliteter hvor kontrolundersøgelsen skal finde sted og om muligt også de transportmidler der skal omfattes af undersøgelsen, så der ikke under selve undersøgelsen opstår fortolkningstvivl. Kravet til præcision i afgrænsningen af kontrolundersøgelsen er formentlig noget større, når den begæres under henvisning til § 18 a, stk. 1, idet undersøgelse i disse tilfælde ikke retter sig direkte mod virksomheden, men også mod lokaler m.v. under tredjemands kontrol og mod private hjem.

3.1.3.2 Domstolsprøvelsens karakter

Konkurrenceloven giver ikke nærmere retningslinjer for domstolenes prøvelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodninger om retskendelse til at foretage kontrolundersøgelser. Heller ikke forarbejderne til den første konkurrencelov fra 1989 eller de senere ændringslove, der har berørt reglerne om konkurrencemyndighedernes kontrolundersøgelser, nævner noget om baggrunden for og betydningen af kravet om retskendelse.

Der er i teorien forskellige opfattelser af, hvor grundigt domstolene skal prøve en anmodning om retskendelse til at foretage kontrolundersøgelser. I konkurrenceloven med kommentarer anfører Kirsten Levinsen m.fl., at domstolene som udgangspunkt ikke skal efterprøve, om styrelsens skøn er korrekt, dvs. om styrelsen har vurderet indgrebets nødvendighed i forhold til formålet med kontrolundersøgelsen. Retten er dog ifølge forfatterne ikke afskåret fra at undersøge, hvilke oplysninger styrelsen har lagt vægt på i forbindelse med beslutningen om at gennemføre undersøgelsen.[28]

Professor Palle Bo Madsen går videre og anfører i sin lærebog om markedsret, at domstolene i forbindelse med en anmodning om en retskendelse skal foretage en legalitets- og proportionalitetskontrol. Det er dog ifølge Palle Bo Madsen ikke er meningen, at dommeren skal

[28] Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1237.

sætte sit eget skøn vedr. kontrolundersøgelsens hensigtsmæssighed over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens.[29]

Ifølge Christian Bergqvist, lektor ved Københavns Universitet, er det uklart, hvad baggrunden for kravet om retskendelse er, herunder hvad domstolene nærmere forventes at efterprøve. Han anfører dog i sin lærebog *Konkurrenceretten*, at domstolene, da konkurrenceområdet er omfattet af retssikkerhedslovens § 2, skal vurdere grundlaget for styrelsens interesse for en virksomhed, herunder sandsynligheden for at belastende dokumenter kan forefindes hos denne (den såkaldt nedre grænse for styrelsens mistanke).[30] Berqvist anfører herudover, at selv om det ikke kan udledes direkte af konkurrence- eller retssikkerhedsloven, bør domstolene sikre, at den underliggende beslutning fra styrelsen som minimum angiver, hvad virksomheden mistænkes for samt grundlaget herfor, dvs. karakteren af indicierne. Domstolenes efterprøvning af beslutningen skal ifølge Bergqvist både sikre at indgrebet er proportionalt og at virksomheden forstår, hvad den undersøges for, samtidig med at kontrolundersøgelsen bedre kan holdes inden for det oprindelige mandat og ikke udvikler sig ud over dette.[31]

Bergqvists udlægning af kravene til domstolsprøvelsen stemmer overens med den praksis fra EMD på området som er gennemgået i afsnit 3.2 og kan derfor tiltrædes. Udlægningen støtter ligeledes de krav til oplysninger i styrelsens anmodning om retskendelse og til retskendelsens indhold, som er gennemgået ovenfor, da en domstolsprøvelse af denne karakter vil fordre, at domstolene er veloplyste om sagens omstændigheder. [32]

Derudover anfører Christian Bergqvist i sin lærebog fra 2019, at domstolene skal vurdere, hvorvidt styrelsens interesse for en virksomhed er så stærk, at sagen burde oversendes til politiet (den såkaldt øvre grænse for styrelsens mistanke).[33] Dette krav gjaldt før lovændringen i marts 2021 og udsprang af retssikkerhedslovens § 9, hvorefter tvangsindgreb overfor personer eller virksomheder som med rimelig grund mistankes for at have begået en strafbar overtrædelse skal ske i strafferetsplejen. Efter lovændringen finder retssikkerhedslovens § 9 som nævnt ovenfor imidlertid ikke længere anvendelse på konkurrenceretlige kontrolundersøgelser. Hvor det før lovændringen var SØIK, der i strafferetsplejens former gennemførte ransagning hos de virksomheder, som styrelsen mente kunne idømmes straf for overtrædelse af konkurrenceloven, gennemføres i disse sager nu en kontrolundersøgelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med henblik på, at virksomhederne idømmes en civil bøde ved domstolene, jf. konkurrencelovens § 23. Det betyder, at området for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser er blevet udvidet betragteligt til også at omfatte sager hvor en sanktion – nu i form af civile bøder – er målet, og ikke kun hvor styrelsen ser grundlag for at udstede et påbud om at bringe en retsstridig adfærd til ophør, som tilfældet var før lovændringen. Det er dermed efter lovændringen i endnu højere grad af betydning, at domstolene

[29] Palle Bo Madsen: Markedsret del 1, Konkurrencebegrænsningsret, 6. udgave (2014), s. 274.
[30] Christian Bergqvist: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 860.
[31] Ibid., s. 860-61.
[32] Ibid.
[33] Ibid.

foretager en grundig prøvelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodning om retskendelse og undersøger, om de proportionalitetskrav der følger af bl.a. retssikkerhedslovens § 2 og de krav der kan udledes af EMDs praksis på området er opfyldt.

Som nævnt ovenfor afgav Justitia en række kritiske bemærkninger til Erhvervsministeriets høringsnotat af 26. november 2020, hvor Justitia bl.a. fremhævede den retssikkerhedsmæssige betydning af, at domstolene foretager en realitetsprøvelse af styrelsens anmodning om retskendelse. Udover den ovenfor citerede tilføjelse til bemærkningerne oplyste ministeren, at følgende tekst blev indsat i de specielle bemærkninger til lovforslagets § 18 a, stk. 1 om kontrolundersøgelser på andre lokaliteter i de i § 18 nævnte:

> *"Domstolene vil på baggrund af en anmodning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle vurdere grundlaget for at udstede en retskendelse og vil i den forbindelse skulle foretage en afvejning af tvangsindgrebet i forhold til formålet hermed i overensstemmelse med det almindelige proportionalitetsprincip."*[34]

Ministeren bemærkede herefter, at der ikke med lovforslaget blev foretaget ændringer i den gældende konkurrencelovs § 18, stk. 3, og at domstolene også ved udstedelse af retskendelse til kontrolundersøgelse hos virksomheder skal vurdere tvangsindgrebet i forhold til formålet hermed i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Det står også ud fra den gennemgåede retspraksis fra EMD i relation til ransagninger og kontrolundersøgelser i afsnit 3.2 klart, at domstolene skal foretage en proportionalitetsprøvelse af anmodningen om retskendelse, og at der skal opstilles et værn imod misbrug fra myndighedernes side i tilknytning til undersøgelsen. Begge krav forudsætter en vurdering af de foreliggende beviser for og karakteren af mistanken mod virksomheden, hvilket igen forudsætter, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for domstolene fremlægger oplysninger om de faktiske omstændigheder, der støtter anmodningen om retskendelse. Kun hvis domstolene præsenteres for disse informationer, kan domstolene tage stilling til begrundelsen for og proportionaliteten af anmodningen og udstede en retskendelse.[35]

Selv om konkurrenceloven og dens forarbejder ikke tager stilling til, hvilke oplysninger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal forelægge domstolene i forbindelse med en anmodning om retskendelse, samt hvilken prøvelse domstolene skal foretage heraf, kan der af EMRK artikel 8 og tilhørende retspraksis udledes et krav om, at domstolene skal foretage en reel prøvelse af styrelsens anmodning. Udstrækningen af kravene til kontrolundersøgelser efter EMRK beskrives straks nedenfor under afsnit 3.2.

[34] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, besvarelse af spørgsmål 1.
[35] Se herom også Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

3.2 Den Europæiske Menneskerettighedskonventions krav til gennemførelse af kontrolundersøgelser

Danmark ratificerede Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) den 31. marts 1953, og i 1992 blev den inkorporeret i dansk ret ved lov.[36] EMRK har derfor status som en lov i dansk ret, og de danske domstole og retsudøvende myndigheder er forpligtet til at fortolke øvrig lovgivning i overensstemmelse med konventionen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (EMD) fortolkning af konventionen.[37]

Det er ikke muligt udtømmende at angive de krav til myndighedernes kontrolundersøgelser, som kan udledes af EMRK og EMDs praksis herom. Den danske praksis rejser særligt spørgsmål i forhold til EMRK artikel 8, der sikrer enhver ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. De overordnede krav til indgreb i de rettigheder, der beskyttes efter EMRK artikel 8, gennemgås derfor i afsnit 3.2.1. I afsnit 3.2.2 og 3.2.3 gennemgås udsnit af EMD's praksis om ransagninger og kontrolundersøgelser i relation til bestemmelsen. De krav som der efter EMDs praksis med en rimelig grad af sikkerhed kan stilles til konkurrencemyndighedernes kontrolundersøgelse opsummeres i afsnit 3.2.4.

Også EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder indeholder en beskyttelse af retten til respekt for privatliv og familieliv, hjem og kommunikation, jf. chartrets artikel 7. De rettigheder der sikres ved artikel 7 har ifølge chartrets artikel 52, stk. 3 samme betydning og omfang som de tilsvarende rettigheder efter EMRK artikel 8. De begrænsninger der kan foretages i rettighederne efter chartrets artikel 7 er således de samme som dem, der accepteres inden for rammerne af EMRK artikel 8.[38] Justitia har derfor fundet det tilstrækkeligt at fokusere på virksomhedernes rettigheder i relation til ransagninger og kontrolundersøgelser efter EMRK artikel 8 og retspraksis fra EMD herom.

Hvis en virksomhed finder, at en retskendelse om kontrolundersøgelse ikke lever op til kravene i EMRK artikel 8, kan virksomheden - når nationale retsmidler er udtømt - anlægge sag ved EMD med henblik på at få prøvet spørgsmålet. I sager hvor styrelsen direkte inddrager en formodning om overtrædelse af TEUF artikel 101 og 102 i sin anmodning om retskendelse, kan virksomheden

[36] Lov nr. 285 af 29. april 1992.

[37] Udgangspunktet fraviges, såfremt lovgiver udtrykkeligt har ment at fravige EMRK, jf. betænkning nr. 1220 af 1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret s. 197 og Jens Elo Rytter: Individets Grundlæggende Rettigheder (2013), s. 379.

[38] Se herom FRA: www.fra.europa.eu/da/eu-charter/article/7-respekt-privatliv-og-familieliv#TabExplanations og Jens Elo Rytter: Individets Grundlæggende Rettigheder, 1. udgave (2013), s. 30-32. Det bemærkes, at chartret i øvrigt formentlig alene vil finde anvendelse i de sager, hvor konkurrencemyndighederne anvender TEUF artikel 101 og 102 direkte. Dette skyldes, at chartret ifølge artikel 51 kun gælder i sager, der har et EU-retlige element, hvilket som udgangspunkt ikke vil være tilfældet ved anvendelse af regler, der som den danske konkurrencelov er inspireret af EU-regler, men ikke vedtaget med henblik på at opfylde eller supplere en EU-regel. Se herom Niels Fenger: Hvornår gælder EU's charter om grundlæggende rettigheder i sager for de danske domstole?, Juristen nr. 5, 2015, s. 168-175.

desuden under en evt. kære af retskendelsen anmode landsretten om at forelægge EU-domstolen præjudicielle spørgsmål om rækkevidden af beskyttelsen i EU charterets artikel 7.

3.2.1 Kravene efter EMRK artikel 8

EMRK artikel 8 sikrer enhver ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. Det følger af artiklens stk. 2, at *"ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund"* af hensyn til et af de i bestemmelsen nævnte legitime formål.

EMD har fastslået, at beskyttelsen efter EMRK artikel 8 også gælder for private virksomheder.[39] EMD har ligeledes slået fast, at kontrolundersøgelser foretaget af medlemsstaternes konkurrencemyndigheder kan udgøre et indgreb i en virksomheds ret til respekt for sit "hjem".[40] Sådanne kontrolundersøgelser vil derfor skulle overholde kravene i artikel 8, stk. 2 for at være i overensstemmelse med EMRK. EMD har slået fast, at undtagelsen til hovedreglen, om at tvangsindgreb er tilladt, skal fortolkes indskrænkende, samt at EMRKs rettigheder generelt skal være "praktiske og effektive", således at beskyttelsen ikke bliver teoretisk eller illusorisk.[41] Som det vil fremgå af det følgende, har EMD i en række sager fundet, at tvangsindgreb i form af ransagninger og beslaglæggelser af virksomheders dokumenter var i strid med artikel 8.[42]

Kravet i artikel 8, stk. 2 om at indgrebet skal være i overensstemmelse med loven indebærer for det første, at indgrebet skal have hjemmel i national lovgivning. Det betyder i denne forbindelse, at der skal findes nationale regler, der giver myndigheder ret til at foretage en kontrolundersøgelse, ligesom de nationale materielle og processuelle regler konkret skal være overholdt i forbindelse med indgrebet. Derudover skal de nationale retsregler, der udgør hjemmelsgrundlaget, være forenelige med *"the rule of law"*, hvilket betyder, at retsreglerne skal være tilgængelige og retstilstanden forudsigelig. Kravet om forudsigelighed indebærer, at retsreglerne skal være formuleret så tilstrækkelig klart og præcist, at de berørte har mulighed for at indrette sig efter de pågældende regler.[43] Det udelukker dog ikke, at myndighederne overlades et skøn, forudsat at omfanget af skønnet og den måde, hvorpå det skal udøves, er angivet med tilstrækkelig klarhed, når der tages hensyn til de anerkendelsesværdige formål, der forfølges, og til at individet ydes passende beskyttelse mod vilkårlige indgreb fra det offentlige.[44]

---

[39] Se bl.a. Société Colas Est og andre mod Frankrig af 16. april 2002, sagsnr. 37971/97, pr. 41 og Buck mod Tyskland af 28. april 2005, sagsnr. 41604/98, pr. 31.
[40] Se bl.a. Société Colas Est og andre mod Frankrig, pr. 40-42.
[41] Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017), s. 24 og Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 2.
[42] Se Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161 samt den retspraksis fra EMD der gennemgås i det følgende.
[43] Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017), s. 755-58.
[44] Ibid., s. 759-60.

Kravet om at indgrebet skal forfølge et legitimt formål indebærer, at indgrebet skal være nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til et af de i artikel 8, stk. 2 nævnte formål, som er udtømmende og skal fortolkes indskrænkende.[45] EMDs vurdering og konstatering af, at et indgreb varetager et legitimt formål er ofte kortfattet og giver sjældent anledning til problemer.[46] I sager angående konkurrencemyndighedernes kontrolundersøgelser har EMD fundet, at disse kan have til formål både at forebygge kriminalitet og sikre landets økonomiske velfærd.[47]

Det centrale moment i EMDs afgørelser om ransagningers overensstemmelse med artikel 8, stk. 2 er oftest det sidste krav om, at indgrebet skal være nødvendigt i et demokratisk samfund.[48] Kravet indebærer, at indgrebet skal modsvare et presserende socialt behov og være proportionelt i forhold til det forfulgte legitime formål. EMD har slået fast, at medlemsstaterne har en vis skønsmargin ved vurderingen af nødvendigheden af indgreb, men at denne skønsmargin går hånd i hånd med europæisk supervision.[49] EMD har i denne sammenhæng også fremhævet, at undtagelsen i EMRK artikel 8, stk. 2 skal fortolkes indskrænkende, og at indgrebets nødvendighed i hver enkelt sag skal være "*convincingly established*".[50] Staten har ifølge EMDs praksis en bredere skønsmargin, når et indgreb er rettet mod en juridisk person, end tilfældet ville have været i en sag om indgreb mod en fysisk person.[51]

Ved vurderingen af om kravet om proportionalitet er overholdt i sager om ransagninger og kontrolundersøgelser, lægger EMD afgørende vægt på, om de relevante retsregler og praksis indeholder *"tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier til beskyttelse af individet mod misbrug og vilkårlighed*".[52] Derudover ser EMD på de særlige omstændigheder i den konkrete sag for at vurdere, om det konkrete indgreb var proportionelt med det legitime formål.[53] EMD lægger ifølge praksis særlig vægt på 1) karakteren og alvoren af den lovovertrædelse, der ligger til grund for ransagningen/beslaglæggelsen, 2) hvorvidt ransagningen blev foretaget på baggrund af en retskendelse – eller undergivet efterfølgende judiciel kontrol, og 3) hvorvidt retskendelsen var

[45] Ibid., s. 765.
[46] Ibid., s. 766.
[47] Cecilie Faurschou Sørensen og Julie Linde Kirketerp: Specialeafhandling: Konkurrenceretlige kontrolundersøgelser i lyset af EMRK art. 8, Københavns Universitet den 31. maj 2020, s. 40 med henvisning til relevant retspraksis. Se særligt Société Colas Est og andre mod Frankrig, pr. 44.
[48] Se den praksis der gennemgås i de følgende afsnit.
[49] Med denne udtalelse, som ofte fremhæves i EMD's praksis, menes, at staternes skøn (implementeringsfrihed) ledsages af en europæisk prøvelse af, om grænserne for skønnet er overtrådt. Se herom Peer Lorenzen m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, 3. udgave (2011), s. 34.
[50] Se bl.a. Société Colas Est og andre mod Frankrig, pr. 47 og Van Rossem mod Belgien af 9. december 2004, sagsnr. 41872/98, pr. 41.
[51] Se bl.a. Bernh Larsen Holding AS og andre mod Norge af 14. marts 2013, sagsnr. 24117/08, pr. 159. Se herom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols guide til EMRK art. 8 fra 31. august 2020, pr. 447.
[52] Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017), s. 869. Se bl.a. Société Colas Est og andre mod Frankrig, pr. 48 og Wieser og Bicos Beteiligungen GMBH mod Østrig af 16. oktober 2007, sagsnr. 74336/01, pr. 57.
[53] Se bl.a. Smirnov mod Rusland af 7. juni 2007, sagsnr. 71362/01, pr. 44 og Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL og andre mod Portugal af 3. september 2015, sagsnr. 27013/10, pr. 100.

baseret på rimelig mistanke og var rimeligt afgrænset. Derudover ser EMD på måden, hvorpå ransagningen blev gennemført - og hvis ransagning gennemføres på en advokats kontor m.v., hvorvidt der var en uafhængig observatør til stede, der kunne sikre, at der ikke blev fjernet materiale undergivet *legal professional privilege.* Endelig vil EMD tage omfanget af mulige følger for den berørte persons arbejde og omdømme i betragtning.[54]

Den nævnte praksis – og hovedparten af den praksis, der gennemgås i de følgende afsnit - relaterer sig til ransagning og beslaglæggelse inden for strafferetsplejen, mens Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser er administrative og dermed foregår uden for strafferetsplejen. De principper, der er lagt til grund af EMD, må dog antages også at finde anvendelse for så vidt angår administrative tvangsindgreb og ikke være forbeholdt tvangsindgreb inden for strafferetsplejen.[55]

EMD fandt i sagen *Société Colas Est m.fl. mod Frankrig*, at de franske konkurrencemyndigheders kontrolundersøgelser af klagers ejendom udgjorde en krænkelse af klagers ret til hjem efter EMRK artikel 8, da undersøgelsen ikke var omgivet af tilstrækkelige processuelle garantier og dermed var uproportionel.[56] Retssikkerhedskommissionen bemærkede i en henvisning til dommen i forbindelse med sin betænkning om visse tvangsindgreb og oplysningspligter fra 2003, at sagen involverede "efterforskningsskridt inden for strafferetsplejen", da den franske konkurrencelov indeholdt strafsanktioner.[57] Det kan dog ikke uden videre føre til den konklusion, at den ovennævnte praksis ingen relevans har for tvangsindgreb uden for strafferetsplejen.[58] Det gælder særligt ikke, hvor loven indeholder indgribende sanktioner, som tilfældet er med den danske konkurrencelov, hvorefter der ved dom kan pålægges civile bøder for forsætlige eller uagtsomme overtrædelser af konkurrenceloven.[59]

Det bemærkes, at EMD i sagen *Bernh Larsen Holding AS mod Norge* ikke fandt, at de norske skattemyndigheders undersøgelse - som foregik ved at spejle data på en server, der blev forsejlet, indtil nationale domstole havde afgjort virksomhedernes klage over indgrebet – var at sidestille med en beslaglæggelse som led i en straffesag. EMD henviste til, at midlerne efter den norske skattelovgivning var en del af en sædvanlig administrativ procedure med det formål at sikre korrekt

[54] Se bl.a. Aleksanyan mod Rusland af 22. december 2008, sagsnr. 46468/06, pr. 214 og Iliya Stefanov mod Bulgarien af 22. maj 2008, sagsnr. 65755/01, pr. 38.

[55] Se herom også Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 3 og Cecilie Faurschou Sørensen og Julie Linde Kirketerp: Specialeafhandling: Konkurrenceretlige kontrolundersøgelser i lyset af EMRK art. 8, Københavns Universitet den 31. maj 2020, s. 43-49.

[56] Société Colas Est og andre mod Frankrig, pr. 45-50.

[57] Retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/2003.

[58] Se herom også Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 2-3. Det bemærkes i øvrigt, at Højesteret i sagen U.2010.1027 slog fast, at retten ved behandlingen af en sag om parkeringsafgift til det offentlige skal iagttage de retssikkerhedsgarantier, der ifølge EMRK artikel 6 gælder for tiltalte i straffesager. Dette var ifølge Højesteret ikke til hinder for, at en sag om parkeringsafgift behandles i den civile retsplejes former, men indebærer bl.a., at de beviskrav, der gælder i straffesager, jf. herved reglen om uskyldsformodning i artikel 6, stk. 2, finder anvendelse.

[59] Se nærmere herom afsnit 3.1.

skatteansættelse, og at en revision kunne indledes uafhængigt af en mistanke om strafbare forhold. EMD henviste endvidere til, at konsekvensen ved virksomhedens manglende samarbejde udelukkende var administrativ i form af en skønsmæssig skatteansættelse.[60] EMD udtalte ved vurderingen af, om indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund, at karakteren af de norske skattemyndigheders undersøgelse ikke var af samme *"seriousness and degree as is ordinarily the case of search and seizure carried out under criminal law, the type of measures considered by the Court in a number of previous cases"* (heriblandt Société Colas Est og andre mod Frankrig) med henvisning til bl.a., at der alene var administrative konsekvenser ved en virksomheds nægtelse af at samarbejde.[61]

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser må imidlertid anses for mere indgribende end de norske skattemyndigheders undersøgelse i *Bernh Larsen Holding AS mod Norge.* Først og fremmest foretager styrelsen alene en kontrolundersøgelse hos en virksomhed på baggrund af en formodning om, at der er sket en overtrædelse af konkurrenceloven med henblik på at pålægge virksomheden (ofte ganske betydelige) civile bøder. Derudover kan kontrolundersøgelsen gennemtvinges med politiets hjælp, og virksomheden kan sanktioneres med en civil bøde eller tvangsbøder for at modsætte sig en kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens § 18, jf. nærmere afsnit 3.1.[62]

Det ændrer ikke på denne vurdering, at virksomheden efter den seneste ændring af konkurrenceloven idømmes en civilretlig bøde fremfor en bødestraf i strafferetsplejens former, da sanktionen er lige så indgribende for virksomheden. Omvendt har ændringen medført, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nu foretager kontrolundersøgelser i både større omfang end før og med større sanktioner for virksomheden til følge. Før lovændringen af 4. marts 2021 foretog styrelsen således alene kontrolundersøgelser med henblik på at udstede påbud om ophør af en retsstridig handling, mens det var overladt til politiet at foretage ransagning i strafferetsplejens former i sager om pålæggelse af straf. Efter lovændringen behandles virksomheders overtrædelser af konkurrenceloven som tidligere nævnt ikke længere som straffesager, men som civile sager. Det er herefter styrelsen, der foretager kontrolundersøgelser i alle sager mod virksomheder, og på baggrund af fundene fra undersøgelsen nedlægger påstand for domstolene om, at virksomheden idømmes en civilretlig bøde. Det betyder, at styrelsen i dag – i tillæg til de kontrolundersøgelser som styrelsen også *før* lovændringen gennemførte - foretager kontrolundersøgelser i sager, som det tidligere blev overladt til politiet at foretage ransagninger i. Grænserne mellem de krav der før gjaldt til henholdsvis en kontrolundersøgelse og en ransagning er således udvisket med den nye retstilstand. Det må derfor være endnu klarere, at de retssikkerhedsmæssige krav der gælder til

[60] Bernh Larsen Holding AS mod Norge, pr. 106 og 43.
[61] Ibid., pr. 43 og 173.
[62] Se herom også Cecilie Faurschou Sørensen og Julie Linde Kirketerp: Specialeafhandling: Konkurrenceretlige kontrolundersøgelser i lyset af EMRK art. 8, Københavns Universitet den 31. maj 2020, s. 43-49.

ransagninger efter EMDs praksis bør og vil kunne overføres til konkurrencestyrelsens administrative kontrolundersøgelser.

De danske konkurrencemyndigheders kontrolundersøgelsers karakter og intensitet må således – ligesom i *Société Colas Est m.fl. mod Frankrig* – kunne sidestilles med ransagninger inden for strafferetsplejen ved vurderingen af, om undersøgelserne lever op til kravene i EMRK artikel 8, stk. 2. Det bemærkes, at EMD også i andre sager vedrørende nationale konkurrencemyndigheders kontrolundersøgelser har anlagt samme strikse tilgang til proportionalitetsvurderingen, som tilfældet er med ransagninger inden for strafferetsplejen.[63]

I de følgende afsnit gennemgås en række af EMD's domme i sager om ransagninger og kontrolundersøgelser for at belyse, hvad EMD lægger vægt på ved vurderingen af, om kravet om proportionalitet er opfyldt. Som nævnt ovenfor lægger EMD vægt på en række forskellige momenter. Noget som EMD i sin praksis tillægger væsentlig betydning er de forhold, der er nævnt under punkt 3, nemlig hvorvidt retskendelsen var baseret på rimelig mistanke og var rimeligt afgrænset.[64] Gennemgangen vil derfor tage udgangspunkt i, hvilke krav der kan udledes af EMDs praksis vedrørende retskendelsens afgrænsning (afsnit 3.2.2) og vedrørende mistanken mod den, som indgrebet retter sig mod (afsnit 3.2.3).

3.2.2 EMDs praksis vedrørende retskendelsens afgrænsning

Der stilles ikke ifølge EMDs praksis krav om, at kontrolundersøgelser alene kan udføres, efter at konkurrencemyndighederne har indhentet retskendelse.[65] Forudgående domstolsprøvelse udgør dog en væsentlig retssikkerhedsgaranti og tillægges betydning, når det vurderes, om der forelå tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier mod misbrug og vilkårlighed.[66]

At der i national ret, som tilfældet er i dansk ret, stilles krav om retskendelse forud for gennemførelsen af en kontrolundersøgelse er dog ikke i sig selv nødvendigvis en tilstrækkelig garanti mod misbrug og vil ikke uden videre medføre, at en kontrolundersøgelse er i overensstemmelse med EMRK artikel 8. EMD lægger nemlig vægt på omstændighederne i den konkrete sag og vurderer, hvorvidt de retlige rammer og begrænsningerne for de beføjelser, der udøves, udgjorde en

[63] Se bl.a. Delta Pekárny A.S. mod Tjekkiet af 2. oktober 2014, sagsnr. 97/11 og Société Canal Plus mod Frankrig af 21. december 2010, sagsnr. 29408/08.
[64] Se særligt Wieser og Bicos Beteiligungen GMBH mod Østrig, pr. 57. Ved valget af den gennemgåede praksis i de efterfølgende afsnit er der særligt taget udgangspunkt i Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017) og Cecilie Faurschou Sørensen og Julie Linde Kirketerp: Specialeafhandling: Konkurrenceretlige kontrolundersøgelser i lyset af EMRK art. 8, Københavns Universitet den 31. maj 2020.
[65] Se herom og uddybende Cecilie Faurschou Sørensen og Julie Linde Kirketerp: Specialeafhandling: Konkurrenceretlige kontrolundersøgelser i lyset af EMRK art. 8, Københavns Universitet den 31. maj 2020, s. 51 med henvisning til relevant praksis fra EMD.
[66] Tamosius mod Storbritannien, afvisningsbeslutning af 19. september 2002, sagsnr. 62002/00, s. 9 og Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017), s. 869.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlig indblanding fra myndighederne.[67] Ved vurderingen heraf lægger EMD bl.a. særlig vægt på, om retskendelsen var *rimeligt afgrænset*.[68] Hvis national ret stiller krav om retskendelse, vil en retskendelse, der er udformet på en bred og uprækis måde, kunne udgøre en selvstændig krænkelse af EMRK artikel 8.[69] Det vil dog ikke altid være tilfældet, da EMD i andre sager, hvor retskendelsen ifølge EMD umiddelbart forekom for bredt afgrænset, har fundet, at andre vægtige processuelle garantier har kunne opveje den mangelfulde retskendelse.[70]

Det er således ikke muligt præcist at fastslå, hvornår en retskendelse ifølge EMD er rimeligt afgrænset, da det vil afhænge af den enkelte sags konkrete omstændigheder, herunder tilstedeværelsen af øvrige retssikkerhedsgarantier. I det følgende vil EMDs vurdering af retskendelsens afgrænsning i en række relevante sager blive gennemgået med henblik på at undersøge, hvilke oplysninger EMD tidligere har fundet var tilstrækkelige til, at retskendelsen udgjorde en tilstrækkelig og effektiv garanti mod misbrug og vilkårlighed.[71]

I afgørelsen *Van Rossem mod Belgien* fandt EMD, at fem retskendelser, der tillod politiet at gennemsøge og beslaglægge "alle genstande og dokumenter, der kan være behjælpelige for undersøgelsen", var for bredt formuleret, uanset at den belgiske lovgivning indeholdt en række processuelle retsgarantier. Da retskendelserne ikke indeholdt informationer om den givne ransagning og hvilke genstande, der kunne beslaglægges, gav det ifølge EMD for vidtgående beføjelser til myndighederne. EMD fastslog generelt, at en retskendelse som minimum skal indeholde visse begrænsninger, så indgrebet i rettigheder efter EMRK artikel 8 ikke er potentielt ubegrænsede og dermed uproportionelle. Som konsekvens heraf skal retskendelsen indeholde et minimum af oplysninger, der gør det muligt at kontrollere, hvorvidt myndighedernes ransagning og beslaglæggelse rent faktisk lever op til retskendelsens bemyndigelse. Dette var ifølge EMD ikke tilfældet i den konkrete sag. Det forhold at de personer der skulle udføre ransagningen "vidste hvad de skulle lede efter" var ikke et tilstrækkeligt værn, da det afgørende ifølge EMD er, at adressaten for en ransagning eller en tredjepart har tilstrækkelige informationer til at kunne identificere, forhindre og imødegå misbrug.[72] EMD bemærkede herudover, at der ikke blev udarbejdet en oversigt over de beslaglagte genstande, hvilket i det mindste ville have gjort det muligt for klager efterfølgende at anmode om, at disse blev fjernet.[73]

I afgørelsen *Iliya Stefanov mod Bulgarien* fremhævede EMD, med henvisning til *Van Rossem mod Belgien*, at retskendelser så vidt muligt skal udformes på en måde *"calculated to keep their impact*

[67] Iliya Stefanov mod Bulgarien, pr. 39.
[68] Se bl.a. Iliya Stefanov mod Bulgarien, pr. 41 og Wieser og Bicos Beteiligungen mod Østrig, pr. 57.
[69] Aleksanyan mod Rusland, pr. 218.
[70] Se gennemgangen af Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL og andre mod Portugal nedenfor.
[71] Afgrænsningen har også betydning for muligheden for, i forbindelse med kontrolundersøgelse, at frasortere såkaldte "out of scope"-dokumenter, som ikke er omfattet af kendelsen. Se mere herom i afsnit 4.2.3.4.
[72] Van Rossem mod Belgien, pr. 44-49 og Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 2.
[73] Van Rossem mod Belgien, pr. 50.

within reasonable bounds".[74] EMD bemærkede, at hverken anmodningen om retskendelse eller selve retskendelsen i den konkrete sag angav hvilke genstande og dokumenter, man forventede at finde på stedet, eller hvordan disse var relevante for efterforskningen, og fandt at retskendelsen var for bredt formuleret. EMD bemærkede derudover, at den brede retskendelse blev afspejlet i den måde, den blev håndhævet på, samt at adressaten ikke efter national ret havde mulighed for at bestride lovligheden af retskendelsen eller dens fuldbyrdelse. EMD fandt samlet set, at ransagningen var uproportionel i strid med EMRK artikel 8.[75]

Også i *Aleksanyan mod Rusland* fandt EMD, at retskendelsen var for bredt formuleret, da den gav anklagemyndigheden ret til at søge efter "dokumenter og genstande af vigtighed for efterforskningen". Anklagemyndigheden fik dermed ubegrænsede skønsbeføjelser til at afgøre hvilke dokumenter, der havde interesse. EMD henviste til, at det ligesom i *Iliya Stefanov mod Bulgarien* ikke var angivet, hvilke genstande og dokumenter, man forventede at finde, eller hvordan disse var af relevans for efterforskningen, og at det i *Smirnov mod Rusland* (nævnt nedenfor) netop var den vage og uklare retskendelse, der var hovedårsagen til, at EMD fandt, at ransagningen var i strid med artikel 8.[76] EMD udtalte herefter, at

> *"the serious deficiency of the search warrants of 4 and 5 April 2006 is in itself sufficient to conclude that the searches of the applicant's premises were conducted in breach of Article 8 of the Convention."*[77]

Retskendelsen var således så mangelfuld, at EMD valgte at konstatere en krænkelse af artikel 8 uden at undersøge, hvorvidt der fandtes andre processuelle retssikkerhedsgarantier, der kunne opveje manglerne. Også i *Van Rossem mod Belgien* og *Iliya Stefanov mod Bulgarien* fandt EMD, at det var den brede afgrænsning af retskendelserne, der gjorde udfaldet. EMD inddragede dog også i et vist omfang øvrige omstændigheder i præmisserne, herunder at det ikke havde været muligt for klager efterfølgende at identificere de beslaglagde genstande og anmode om at få dem tilbageleveret *(Van Rossem)* eller bestride lovligheden af retskendelsen og dens fuldbyrdelse *(Iliya Stefanov).*

Hvor bredt formuleret en retskendelse kan være, uden at den anses for at yde utilstrækkelige garantier mod misbrug, vil til dels afhænge af kriminalitetens karakter og hvor specifikke oplysninger, politiet er i besiddelse af.[78] I *Sher og andre mod Storbritannien* havde politiet grundet mistanke om et omfattende terrorangreb fået retskendelse til at ransage nogle adresser, hvor de mente, at de kunne finde materiale af væsentlig værdi for efterforskningen. Retskendelsen var generelt formuleret

---

[74] Iliya Stefanov mod Bulgarien, pr. 41.

[75] Iliya Stefanov mod Bulgarien, pr. 41-45. EMD bemærkede i øvrigt, at de vidner, der var til stede under ransagningen, ikke var juridisk kvalificerede og derfor ikke udgjorde en effektiv beskyttelse i relation til klagers professionelle tavshedspligt. Dette havde relation til klagers særlige status som advokat, da EMD i tilfælde af ransagninger på advokaters kontor lægger vægt på, hvorvidt ransagningen udføres under overværing af en uafhængig observatør der kan sikre, at materiale underlagt advokatens *legal professional privilege* ikke fjernes, jf. pr. 38.

[76] Aleksanyan mod Rusland, pr. 216.

[77] Ibid., pr. 218.

[78] Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017), s. 870.

og gav ubegrænset adgang til at ransage og beslaglægge korrespondance, bøger, elektronisk udstyr, økonomiske oplysninger og meget andet.[79] EMD fandt, at retskendelsen var relativt bredt afgrænset, men udtalte i relation hertil, at *"however, the specificity of the list of items susceptible to seizure in a search conducted by law-enforcement officers will wary from case to case depending on the nature of the allegations in question."*[80] EMD fandt, at kompleksiteten af sager som den foreliggende, der vedrørte planlægningen af et stort terrorangreb, hvor det er svært for politiet at skaffe specifikke informationer om angrebets natur og mål, kan retfærdiggøre mere vidtgående ransagninger end de, der normalt vil tillades.[81] EMD henviste i øvrigt til, at der grundet sagens alvorlige og hastende karakter måtte overlades en vis fleksibilitet til myndighederne, idet EMD udtalte:

> *"Finally, the urgency of the situation cannot be ignored. To impose under Article 8 the requirement that a search warrant identify in detail the precise nature of the items sought and to be seized could seriously jeopardise the effectiveness of an investigation where numerous lives might be at stake. In cases of this nature, the police must be permitted some flexibility to assess, on the basis of what is encountered during the search, which items might be linked to terrorist activities and to seize then for further examination."*[82]

Også i de ovenfor nævnte afgørelser *Iliya Stefanov mod Bulgarien* og *Aleksanyan mod Rusland* luftede EMD muligheden for, at sagens hastende karakter kunne retfærdiggøre de brede retskendelser. EMD fandt dog i ingen af sagerne, at det var tilfældet, da politiet i *Iliya Stefanov,* allerede inden de indgav anmodning om retskendelse, havde forsejlet klagers kontor og dermed forhindret ødelæggelse,[83] og da efterforskningen i *Aleksanyan* på tidspunktet for ransagningen allerede havde stået på i tre år, og myndighederne burde have haft kendskab til klagers rolle i sagen – og dermed ransagningens relevans – i al den tid."[84]

I andre sager - hvor EMD har vurderet, at retskendelsen ikke umiddelbart forekom tilstrækkeligt afgrænset, men dog ikke så utilstrækkelig, at den i sig selv udgjorde en krænkelse som i *Aleksanyan mod Rusland* - har EMD udtrykkeligt lagt vægt på, hvorvidt der var andre processuelle retssikkerhedsgarantier, der kunne opveje manglerne ved retskendelsen.

Det var bl.a. tilfældet i *Sérvulo & Associados – Sociedade De Advogados, RL og andre mod Portugal,* der vedrørte en ransagning af et advokatkontor og beslaglæggelse af computerfiler og e-mails som led i en efterforskning om korruption, hvidvask m.v. De bagvedliggende retskendelser tillod ransagninger af klagernes computersystem ved en søgning på 35 ord relateret til efterforskningen. EMD vurderede, at visse af disse ord var generelle såsom "modparter" og "finansiering", og at andre

[79] Sher og andre mod Storbritannien af 20. oktober 2015, sagsnr. 5201/11, pr. 33-38.
[80] Ibid., pr. 174.
[81] Ibid.
[82] Ibid.
[83] Se Iliya Stefanov mod Bulgarien, pr. 41.
[84] Aleksanyan mod Rusland, pr. 216-217.

var meget sædvanlige på et advokatfirma specialiseret i finansieringsret såsom "swap" og spread". EMD bemærkede, at retskendelserne derfor ved første øjekast forekom bredt afgrænset.[85] EMD fandt det derfor nødvendigt at overveje, hvorvidt retskendelsernes afgrænsning kunne opvejes af tilstrækkelige processuelle retssikkerhedsgarantier til at forhindre misbrug og vilkårlighed og beskytte advokaternes professionelle tavshedspligt.[86] EMD vurderede, at det var tilfældet i den konkrete sag, da national ret indeholdt sådanne garantier, og de blev overholdt i den konkrete sag. Bl.a. havde klagerne (som var advokater) været til stede under ransagningen sammen med en repræsentant fra advokatsamfundet, og ransagningen var blevet overværet af en dommer, ligesom der blev udarbejdet en officiel rapport efter ransagningen. De beslaglagte dokumenter var desuden blevet forsejlet efter, at advokaterne havde indgivet en klage, indtil en appeldomstol havde taget stilling til proportionaliteten af retskendelserne og ransagningen, herunder om der var sket brud på advokaternes tavshedspligt. EMD fandt herefter, at klagerne uanset de bredt afgrænsede retskendelser var undergivet tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier, og at ransagningen derfor ikke udgjorde et uproportionelt indgreb i klagernes rettigheder efter EMRK artikel 8. [87]

Det var derimod ikke tilfældet i *Robathin mod Rusland,* hvor politiet fik retskendelse til at ransage en advokats kontor, fordi han var under mistanke for tyveri, svindel og underslæb, og beslaglægge *"documents, personal computers and discs, savings books, bank documents, deeds of gift and wills in favour of Dr Heinz Robathin, and any files concerning R. [name of one person and G. [name of another person]".*[88] EMD fandt, at retskendelsen var meget bredt formuleret for så vidt angik alle øvrige genstande end filer vedr. de to navngivne personer. EMD undersøgte herefter, hvorvidt manglerne ved retskendelsen blev opvejet af tilstrækkelige processuelle retssikkerhedsgarantier til at beskytte klager mod misbrug eller vilkårlighed. EMD fremhævede en række processuelle garantier i national ret, herunder klagers adgang til at bestride gennemgangen af den beslaglagte data, og fastslog, at da al klagers elektroniske data blev kopieret som følge af den brede retskendelse - selv om de påståede kriminelle aktiviteter alene relaterede sig til de to navngivne personer - var måden hvorpå den nationale domstol udøvede sin superviserende funktion af særlig relevans. EMD bemærkede, at domstolen alene udtalte sig i kortfattede og generelle vendinger, da den godkendte gennemgangen af al elektronisk data. Særligt addresserede domstolen ikke spørgsmålet om, hvorvidt det ville være tilstrækkeligt alene at undersøge de discs, der indeholdt data vedrørende de to navngivne personer, ligesom domstolen ikke angav nogen begrundelse for, hvorfor en ransagning af al elektronisk data var nødvendig for efterforskningen. EMD fandt derfor alligevel, at ransagningen af al klagernes elektroniske data var uproportionel. [89]

Også et totalt fravær af retskendelse udstedt af en domstol kan opvejes af øvrige retssikkerhedsgarantier, herunder efterfølgende domstolskontrol af nødvendigheden og lovligheden

[85] Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL og andre mod Portugal, pr. 103.
[86] Ibid., pr. 104.
[87] Ibid., legal summary.
[88] Robathin mod Østrig af 3. juli 2012, sagsnr. 30457/06, pr. 8-9.
[89] Ibid., pr. 47-52.

af ransagningen. EMD udtalte i *Delta Pekárny A.S. mod Tjekkiet*, at det kræver, at den indgrebet retter sig imod kan opnå en effektiv domstolsprøvelse af både det faktiske og retlige grundlag for ransagningen og dens fremme, samt at personer, der har været udsat for et uretmæssigt indgreb, kan få passende oprejsning.[90] EMD udtalte, at effektiv kontrol var særligt nødvendigt i den konkrete sag, da myndighederne på intet tidspunkt havde specificeret hvilke dokumenter, de forventede at finde på den ransagede adresse.[91] Da EMD ikke fandt, at der var sket en særskilt prøvelse af ransagningens lovlighed - og dermed hverken nogen forudgående eller efterfølgende effektiv judiciel kontrol - var der uanset tilstedeværelsen af øvrige processuelle garantier sket en krænkelse af EMRK artikel 8.[92]

Også i *Smirnov mod Rusland* lagde EMD vægt på den efterfølgende judicielle kontrol. I sagen fik en advokat ransaget sit kontor, fordi nogle af hans klienter var mistænkt for kriminelle aktiviteter. Ransagningen blev foretaget efter retskendelse, som var udstedt af anklagemyndigheden og dermed ikke undergivet judiciel kontrol. Retskendelsen blev begrundet med, at der på adressen *"might be objects and documents that are of interest for the investigation of criminal case [no. 7806]"* og gav ret til at beslaglægge alle genstande og dokumenter, der blev fundet under ransagningen.[93] EMD problematiserede retskendelsens ekstremt brede afgrænsning og lagde særligt vægt på, at retskendelsen ikke indeholdt informationer om den igangværende efterforskning, formålet med ransagningen eller årsagerne til, at man mente, at der kunne findes beviser for forbrydelserne på klagers kontor.[94] EMD bemærkede i øvrigt, at myndighederne, i fraværet af krav om forudgående juridisk kontrol, havde uhindret adgang til at vurdere hensigtsmæssigheden og omfanget af ransagningen og beslaglæggelsen, men at dette forhold til en vis grad blev opvejet af muligheden for efterfølgende juridisk kontrol.[95] EMD fandt dog alligevel, med henvisning til den ekstremt brede formulering af retskendelsen, den tilsvarende omfattende ransagning og beslaglæggelse, den overfladiske efterfølgende domstolsprøvelse og manglende garantier mod indgreb i klagers professionelle tavshedspligt, at der var sket en krænkelse af klagers rettigheder efter EMRK artikel 8.[96]

Den ovenfor gennemgåede praksis vedrører sager, hvor EMD enten har konstateret en krænkelse af EMRK artikel 8 allerede grundet en for bredt afgrænset retskendelse eller sager, hvor EMD har vurderet, hvorvidt en for bredt afgrænset retskendelse blev opvejet af øvrige processuelle retssikkerhedsgarantier eller sagens hastende karakter. Der er dog også eksempler på sager, hvor EMD har fundet, at en retskendelse var tilstrækkeligt afgrænset til at udgøre en tilstrækkelig retssikkerhedsmæssig garanti for klager.

[90] Delta Pekárny A.S. mod Tjekkiet, pr. 83-87.
[91] Ibid., pr. 88.
[92] Ibid., pr. 92-94.
[93] Smirnov mod Rusland, pr. 5-10.
[94] Ibid., pr. 47.
[95] Ibid., pr. 45.
[96] Ibid., pr. 47-49.

I afvisningsbeslutningen *Tamosius mod Storbritannien* afviste EMD således klagers påstand om, at retskendelsen var for bredt afgrænset, da klager ikke med afgrænsningen blev "nægtet tilstrækkelig angivelse af formålet med ransagningen til at give ham mulighed for at vurdere, hvorvidt de personer, der udførte ransagningen, handlede ulovligt eller overskred deres beføjelser". I sagen blev der først udstedt en retskendelse, som gav myndighederne ret til at beslaglægge alle genstande, der forekom relateret til grov skattesvindel. Den blev dog fulgt op af en anden retskendelse – som var den, der blev håndhævet - der specificerede, at dette alene gjaldt genstande, der vedrørte 35 personer og virksomheder nævnt i et vedlagt bilag, som myndighederne mistænkte for at være involveret i ulovlige aktiviteter.[97] EMD lagde således vægt på, at den tilsyneladende mangelfulde oprindelige kendelse blev fulgt op af en kendelse, der identificerede relevante selskaber og personer, som havde relevans for den mistanke, ransagningen knyttede sig til.[98]

Også i *Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH mod Østrig* fandt EMD, at retskendelsen var rimeligt afgrænset. I sagen havde domstolene udstedt retskendelse til, at politiet kunne ransage adressen for klagernes hovedsæde henholdsvis advokatkontor på anmodning fra de italienske myndigheder som led i en efterforskning vedr. bl.a. ulovlig handel med lægemidler. Myndighederne havde under efterforskningen fundet fakturaer adresseret til firmaet Novamed, som var 100% ejet af den klagende virksomhed Bicos Beteiligungen GmbH og havde hovedsæde på den klagende advokat Gottfried Wiesers kontor, som blev ransaget.[99] EMD fandt, at retskendelsen rimeligt afgrænsede de dokumenter og data, der skulle søges efter, ved at beskrive dem som *"business documents revealing contacts with the suspects in the Italian proceedings"*. EMD bemærkede derudover, at retskendelsens afgrænsning blev overholdt ved selve ransagningen, da myndighederne alene søgte efter dokumenter og data, der indeholdt ordene "Novamed", "Bicos" eller navnene på de tiltalte.[100] EMD fandt dog alligevel, at ransagningen var i strid med klagernes rettigheder efter EMRK artikel 8, da national ret indeholdt en række yderligere processuelle retsgarantier, som i den konkrete sag ikke var blevet overholdt for så vidt angik elektronisk data. Politiets manglende overholdelse af disse nationale processuelle garantier, som havde til formål at forhindre misbrug eller vilkårlighed og beskytte advokatens tavshedspligt, medførte ifølge EMD, at ransagningen for så vidt angik elektronisk data var uproportionel i forhold til det forfulgte legitime formål.[101] Hvor national ret sikrer personer eller virksomheder, der er genstand for en ransagning eller kontrolundersøgelse, særlige processuelle garantier, kan det således udgøre en krænkelse, at disse ikke er overholdt, selv om retskendelsen forekom rimeligt afgrænset og baseret på mistanke, og ransagningen holdt sig inden for retskendelsens bemyndigelse.

[97] Tamosius mod Storbritannien, The facts, A. The circumstances of the case og The law, The Court's assessment.
[98] Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 3.
[99] Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH mod Østrig, pr. 5-7.
[100] Ibid., pr. 59.
[101] Ibid., pr. 60-68.

3.2.3 EMDs praksis vedrørende rimelig begrundet mistanke

Et andet moment som EMD lægger særlig vægt på, ved vurderingen af hvorvidt nationale retsregler og praksis i den konkrete sag udgjorde en tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlig indblanding fra myndighederne, er, hvorvidt ransagningen var baseret på *rimelig begrundet mistanke* ("reasonable suspicion") om et strafbart forhold, og om der er rimelig grund til at antage, at der vil kunne findes materiale af væsentlig betydning for efterforskningen.[102] Dette må som beskrevet ovenfor under afsnit 3.2.1 også gælde ved forhold, som ikke undergives straf i strafferetsplejens former, men sanktioneres med (ofte store) civilretlige bøder, som det gælder for virksomheders overtrædelser af konkurrenceloven.

EMD slog i afgørelsen *Robathin mod Østrig* fast, at det er den mistanke, der forelå på tidspunktet for udstedelsen af retskendelsen, som er afgørende. I sagen havde de nationale domstole givet retskendelse til en ransagning og beslaglæggelse af en lang række genstande på klagers kontor, da klager var under mistanke for at have begået groft tyveri, svindel og underslæb. EMD afviste klagers påstand om, at den senere frifindelse af ham viste, at der ikke havde været basis for mistanken mod ham, da eksistensen af rimelig mistanke skal vurderes på tidspunktet for retskendelsens udstedelse. EMD fandt, at der på dette tidspunkt var rimelig mistanke mod klager, og at den senere frifindelse af klager ikke kunne ændre på denne vurdering.[103]

I *Iliya Stefanov mod Bulgarien* fandt EMD også, at der forelå en rimelig begrundet mistanke. Politiet havde i sagen anmodet om ransagningskendelse efter at have afhørt adskillige vidner herunder ofret for den påståede lovovertrædelse og klager i sagen, som var en advokat, hvis kontor var blevet ransaget som led i en efterforskning af hans bortførelse.[104] EMD udtalte herefter, at

> *"The information which they had elicited from these statements was capable of giving rise to the belief that extortion had been committed in the applicant's office. It is true that the application for a warrant made no mention of any specific facts. However, the judge to whom the application was made was able [to] review the evidence gathered up to that point, and in her decision made an express reference to Mr. R.S.'s statement."*[105]

EMD fandt på denne baggrund, at retskendelsen var baseret på en rimelig begrundet mistanke. EMD lagde altså vægt på, at der forelå konkrete informationer, der kunne begrunde politiets mistanke, og at dommeren havde haft adgang til at gennemgå disse. EMD fandt det henset til den faktiske gennemgang ikke problematisk, at informationerne ikke var indeholdt i selve anmodningen.

---

[102] Se bl.a. Iliya Stefanov mod Bulgarien, pr. 41 og Wieser og Bicos Beteiligungen mod A, pr. 57 og Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017), s. 869.
[103] Robathin mod Østrig, pr. 46.
[104] Iliya Stefanov mod Bulgarien, pr. 5-6 og 40.
[105] Ibid., pr. 40.

Også i *Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH mod Østrig* fandt EMD, at retskendelse var baseret på rimelig begrundet mistanke, fordi den forlod sig på, at der var blevet fundet fakturaer udstedt til den virksomhed, hvis lokaler blev ransaget, fra den virksomhed, som af de italienske myndigheder var mistænkt for ulovlig handel med lægemidler.[106]

I andre sager er EMD ikke gået ind i, hvilke konkrete omstændigheder eller informationer der lå til grund for mistanken, i konstateringen af at kravet om rimelig begrundet mistanke var opfyldt. I afvisningsbeslutningen *Tamosius mod Storbritannien* konstaterede EMD, at

> *"In the present case, the Court notes that the search was carried out under a warrant issued by a judge, who was required by law to be satisfied that there was reasonable ground for suspecting that the commission of a tax fraud had occured and that evidence might be found at the premises to be searched."*[107]

EMD noterede sig således blot, at det var et krav ifølge national ret, at dommeren fandt, at der var rimelig mistanke, uden at EMD undersøgte, hvorvidt dommeren med rette havde vurderet, at det var tilfælde eller i øvrigt havde foretaget en prøvelse heraf. Også i *Aleksanyan mod Rusland* accepterede EMD uden videre begrundelse, at dommeren havde fundet, at der forelå en rimelig begrundet mistanke, idet EMD med henvisning til Tamosius mod Storbritannien udtalte:

> *"The Court accepts that the domestic judge, while examining the request, was satisfied that there was reasonable ground for suspecting that the commission of fraud had occurred and that evidence might be found at the premises to be searched"*[108]

I afgørelsen *Aliyev mod Azerbaijan* foretog EMD omvendt en grundig prøvelse af mistankegrundlaget og fandt ikke, at der lå en rimelig begrundet mistanke til grund for retskendelsen. Klager i sagen, som var menneskerettighedsadvokat og formand for en NGO, blev anholdt og tiltalt for ulovligt iværksætteri, skatteunddragelse og groft magtmisbrug.[109] Hans hjem og NGO'ens kontor blev ransaget, og en stor mængde dokumenter, computere og elektronisk data blev beslaglagt.[110] EMD noterede sig, at ransagningen var blevet udført efter forudgående godkendelse af en domstol og udtalte:

> *"The court justified the search by merely referring in vague terms to the criminal investigation into "breaches of legislation discovered in the activities of a number of non-governmental organisations" without asserting any specific facts related to the suspected crimes of abuse of power and forgery (see paragraph 39 above). It does not therefore appear from the court's succinct decision that it satisfied itself that there were reasonable grounds for suspecting that the commission of these crimes had occurred*

[106] Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH mod Østrig, pr. 58.
[107] Tamosius mod Storbritannien, The law, The Court's assessment.
[108] Aleksanyan mod Rusland, pr. 214.
[109] Aliyev mod Azerbaijan af 20. september 2018, sagsnr. 68762/14 og 71200/14, pr. 7-8 og 18-21.
[110] Ibid., pr. 36-39.

and that the relevant evidence might be found in this regard at the premises to be searched."[111]

EMD udtalte herefter, at de handlinger, som klager var blevet anholdt og fængslet på baggrund af, ikke kunne give anledning til strafansvar, og at ransagningen derfor ikke *forfulgte et legitimt formål* om at hindre kriminalitet, som hævdet af regeringen.[112] Afgørelsen adskiller sig således fra de øvrige nævnte, hvor EMD kortfattet konstaterede, at indgrebet forfulgte et legitimt formål og koncentrerede sin prøvelse om, hvorvidt indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund. Det hænger formentlig sammen med, at EMD fandt, at heller ikke kravet om "begrundet mistanke" om retsstridige handlinger for en lovlig anholdelse efter EMRK artikel 5, stk. 1 var opfyldt, og at myndighedernes faktiske formål med sine handlinger var at straffe klager for og hindre ham i at fortsætte sine aktiviteter på det menneskeretlige område.[113]

Afgørelsen vedrører således en situation, hvor EMD fandt, at der forelå magtmisbrug fra myndighederne, men illustrerer, at domstolene har en pligt til at foretage en reel prøvelse af den mistanke, der ligger til grund for retskendelsen og de faktiske beviser herfor, for at hindre ransagning med udgangspunkt i et sådant magtmisbrug.

3.2.4 Opsummering af kravene til kontrolundersøgelser efter EMRK artikel 8

Ved vurderingen af om kravet om proportionalitet er overholdt i sager om ransagninger og kontrolundersøgelser, lægger EMD afgørende vægt på, om de relevante retsregler og praksis indeholder *"tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier til beskyttelse af individet mod misbrug og vilkårlighed*". Derudover ser EMD på de særlige omstændigheder i den konkrete sag for at vurdere, om det konkrete indgreb var proportionelt med det legitime formål.

Præcis hvilke krav der stilles, lader sig vanskeligt fastlægge, og EMD har i sin praksis lagt vægt på en række forhold. Hvor national ret stiller krav om forudgående retskendelse, lægger EMD særligt vægt på, hvorvidt retskendelsen – evt. gennem den bagvedliggende beslutning – var rimeligt afgrænset og baseret på en rimelig begrundet mistanke.

Hvornår en retskendelse ifølge EMD må anses for rimeligt afgrænset vil afhænge af sagens konkrete omstændigheder, herunder tilstedeværelsen af øvrige retssikkerhedsgarantier. EMD har dog slået fast, at en retskendelse skal indeholde visse begrænsninger, så myndighederne ikke får potentielt ubegrænsede skønsbeføjelser til at afgøre, hvad de mener er relevant at gennemsøge og beslaglægge. Retskendelsen skal i hvert fald indeholde tilstrækkelige informationer til at fastslå, hvorvidt myndighedernes ransagning og beslaglæggelse rent faktisk levede op til retskendelsens bemyndigelse.[114]

---

[111] Ibid., pr. 184.
[112] Ibid., pr. 185-186.
[113] Aliyev mod Azerbaijan, legal summary.
[114] Se gennemgangen af Van Rossem mod Belgien og Aleksanyan mod Rusland.

EMD har således i tidligere sager ikke accepteret, at hverken anmodning eller retskendelse angav hvilke genstande eller dokumenter, man forventede at finde på stedet, eller hvordan disse var relevante for efterforskningen.[115] EMD har heller ikke accepteret, at al elektronisk data på en server blev gennemsøgt i en sag, hvor mistanken om kriminelle aktiviteter alene relaterede sig til to navngivne personer, og de nationale domstole hverken havde adresseret, hvorvidt det havde været tilstrækkeligt alene at ransage de discs, der indeholdt data relateret til disse personer, eller angivet specifikke grunde for, hvorfor det var nødvendigt at foretage en ubegrænset ransagning af al data.[116] Omvendt har EMD fundet, at retskendelser, der tillod ransagning eller beslaglæggelse af "alle virksomhedsdokumenter" eller "alle genstande, der forekom relateret til grov skattesvindel", var tilstrækkeligt afgrænsede, da retskendelserne samtidig angav i relation til hvilke navngivne personer eller virksomheder, der kunne søges, og myndighederne under ransagningen holdt sig inden for denne bemyndigelse.[117]

Hvor bredt formuleret en retskendelse kan være, uden at den anses for at yde utilstrækkelige garantier mod misbrug, vil dog afhænge af sagens øvrige omstændigheder såsom kriminalitetens karakter, og hvor specifikke oplysninger politiet er i besiddelse af, samt hvorvidt sagen har en hastende karakter, der nødvendiggør, at myndighederne overlades en vis fleksibilitet.[118]

Mens EMD i nogle tilfælde har fundet, at retskendelsens brede og upræcise udformning i sig selv udgjorde en krænkelse af EMRK artikel 8, har EMD i andre sager, hvor retskendelsen umiddelbart forekom for bredt afgrænset, valgt at se på, om der var øvrige processuelle retssikkerhedsgarantier, der kunne opveje manglerne ved retskendelse. EMD fandt, at dette var tilfældet i *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL og andre mod Portugal* særligt med henvisning til, at en appeldomstol efterfølgende havde taget stilling til retskendelsens og ransagningens proportionalitet samt det forhold, at ransagningen var blevet overværet af en dommer. EMD har desuden i sager, hvor der slet ikke var nogen retskendelse udstedt af en dommer, undersøgt, hvorvidt dette kunne opvejes af en efterfølgende effektiv domstolsprøvelse af ransagningens lovlighed og nødvendighed. Dette vil formentlig også kunne tillægges betydning, hvor retskendelsen ikke er tilstrækkeligt afgrænset, og den forudgående judicielle prøvelse dermed har været utilstrækkelig.

Kravet om at ransagningen er baseret på en rimelig begrundet mistanke indebærer, at den må kunne begrundes i visse faktiske omstændigheder, så domstolene har mulighed for at efterprøve myndighedernes mistanke.[119] Myndighedernes mistanke om det strafbare forhold, der ligger til grund for ransagningen eller kontrolundersøgelsen, må således have en sådan konkrethed og substans, at myndighederne kan beskrive de faktiske omstændigheder, der begrunder kontrolundersøgelsen, samt hvorfor myndighederne mener, at de vil kunne finde beviser for det

[115] Se gennemgangen af Iliya Stefanov mod Bulgarien og Aleksanyan mod Rusland.
[116] Se gennemgangen af Robathin mod Østrig.
[117] Se gennemgangen af Tamosius mod Storbritannien og Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH mod Østrig.
[118] Se herom Sher og andre mod Storbritannien og Kjølbro, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017), s. 870.
[119] Se bl.a. Iliya Stefanov mod Bulgarien.

strafbare forhold ved en sådan undersøgelse.[120] At konkurrencemyndighederne ifølge konkurrencelovens forarbejder og dansk praksis kan gennemføre kontrolundersøgelser allerede på en *formodning* om overtrædelse af konkurrenceloven – og efter seneste ændring af konkurrenceloven nu alene en formodning om en *simpelt uagtsom* overtrædelse – rejser formentlig ikke i sig selv problemer ift. EMRK artikel 8, hvis blot denne formodning er rimelig begrundet i faktiske omstændigheder. Jo mere konkret konkurrencemyndighedernes mistanke om en lovovertrædelse er, jo mere rimelig og proportionel vil en beslutning om kontrolundersøgelse fremstå.[121]

EMDs prøvelse af mistankegrundlaget forekommer varierende, men EMD lægger tilsyneladende vægt på, hvorvidt de nationale domstole er blevet præsenteret for eller har haft mulighed for at gennemgå de foreliggende beviser og har foretaget en reel prøvelse af myndighedernes mistankegrundlag, inden de udstedte retskendelsen.[122]

Samtidig må de krav der stilles til afgrænsningen af retskendelsen også indebære, at der nødvendigvis må foreligge et minimum af oplysninger og en vis grad af mistanke, der gør det muligt at foretage den fornødne afgrænsning i enten anmodningen om retskendelse eller selve retskendelsen. Det er ikke muligt udtømmende at fastlægge den præcise karakter og omfang af de påkrævede oplysninger. En anmodning der alene støtter sig på en formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven, uden en angivelse af hvilken bestemmelse, der formodes overtrådt og hvilken adfærd, der ligger til grund herfor, må dog i hvert fald være utilstrækkeligt.[123] Der må samtidig som minimum foreligge en så tilstrækkelig beskrivelse af mistanken og de forhold, der støtter denne, at domstolene har mulighed for at efterprøve det, inden retskendelse udstedes.

3.3 Konkurrencemyndighedernes og domstolenes praksis vedr. konkurrenceretlige kontrolundersøgelser

I det følgende gennemgås en række eksempler på den danske praksis for så vidt angår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutninger om at foretage kontrolundersøgelse og domstolenes retskendelser til samme.

Der foreligger alene sparsom trykt retspraksis, der kan bruges i denne forbindelse. Justitia har derfor anmodet nogle af landets største advokatfirmaer, som beskæftiger sig med konkurrenceret, om at bidrage med anonymiserede eksempler på retskendelser fra domstolene, der hjemlede kontrolundersøgelser hos deres klient, og den beslutning/anmodning fra Konkurrence- og

[120] Se herom også Aliyev mod Azerbaijan og Cecilie Faurschou Sørensen og Julie Linde Kirketerp: Specialeafhandling: Konkurrenceretlige kontrolundersøgelser i lyset af EMRK art. 8, Københavns Universitet den 31. maj 2020, s. 55.
[121] Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 3.
[122] Se særligt gennemgangen af Aleksanyan mod Rusland og Aliyev mod Azerbaijan.
[123] Se herom også Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 4.

Forbrugerstyrelsen eller anklagemyndigheden, der lå til grund for disse retskendelser. Justitia er ikke bekendt med, hvordan det enkelte advokatfirma har udvalgt det fremsendte materiale.

Justitia har fået tilsendt i alt 12 retskendelser og tilhørende beslutninger fra perioden 2008-2020. Kendelserne er truffet af fire forskellige byretter. Der er alene tale om et meget begrænset udsnit, og den gennemgåede praksis tjener derfor kun som eksempel på beslutninger og retskendelser i enkelte sager og ikke som noget kvalitativt grundlag for at drage generelle konklusioner om konkurrencemyndighedernes og domstolenes praksis.

Der er i det materiale, som Justitia har modtaget, forskel på både udstrækningen af begrundelserne for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutninger om kontrolundersøgelser og domstolsprøvelsens karakter ved udstedelsen af retskendelse. Derimod er retskendelsens afgrænsning ens i samtlige kendelser, som Justitia har fået tilsendt. Nedenfor er gennemgået et udsnit af det tilsendte materiale for at belyse både de mest og mindst tilstrækkelige beslutninger og retskendelser, som Justitia har modtaget, set i forhold til de krav der stilles hertil efter danske retsregler og EMRK artikel 8, som er gennemgået ovenfor i afsnit 3.1 og 3.2. Der vil herefter i afsnit 3.4 blive samlet op på den gennemgåede praksis i relation til disse krav.

I en ældre beslutning om kontrolundersøgelse, som Justitia har fået tilsendt, fremgik der alene følgende om årsagen til kontrolundersøgelsen:

> *"Konkurrencestyrelsen har formodning om, at der på markedet for [X] foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler om anvendelse af faste/ensartede priser eller andre vilkår. Enhver form for horisontal og/eller vertikal prisaftale eller samordnet praksis, hvor parterne fastsætter faste/ensartede priser, er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 6, stk. 3 og 3. Som følge heraf har Konkurrencestyrelsen med hjemmel i konkurrencelovens § 18, stk. 1 besluttet at foretage kontrolundersøgelse hos [X] med tilhørende bi- og kaldenavne samt koncernforbundne selskaber på samtlige af virksomhedens adresser, herunder særligt på adressen [X]. Kontrolundersøgelsen, der indledes den [X] har til formål – via indhentning af den fornødne dokumentation – at få be- eller afkræftet den opståede formodning om en mulig overtrædelse af konkurrenceloven."*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anførte i denne beslutning, at styrelsen havde en mistanke om, at der på et bestemt marked – hvor det må formodes, at den pågældende virksomhed opererede – foregik konkurrencebegrænsende aktiviteter. Styrelsen anførte imidlertid ingen begrundelse for, hvorfor netop den udvalgte virksomhed skulle være involveret i disse aktiviteter. Det lader ud fra en læsning af beslutningen til, at formodningen alene var begrundet i, at virksomheden opererede på det marked, hvorpå styrelsen formodede, at der foregik konkurrencebegrænsende aktiviteter – en formodning der heller ikke begrundes – og derfor *kunne* være involveret heri.

Det fremgår således ikke af beslutningen, *hvorfor* styrelsen ønsker at foretage en kontrolundersøgelse hos den pågældende virksomhed, herunder hvilken information styrelsen baserede sin formodning om "aftaler om anvendelse af faste/ensartede priser eller andre vilkår" på, hvor informationen stammede fra eller hvilke konkrete aktiviteter, som virksomheden formodedes at have foretaget sig. Det er heller ikke angivet i beslutningen, hvilket materiale styrelsen forventede at kunne finde på den pågældende lokalitet, eller hvorfor der efter styrelsens opfattelse forelå rimelig grund til mistanke om, at sådant materiale kunne findes. Henvisninger som den i beslutningen, til styrelsens formål om at få "be- eller afkræftet den opståede formodning" uden hverken begrundelse for eller uddybning og afgrænsning af formodningen –, kan medføre en betydelig risiko for en såkaldt "fiskeekspedition", hvor styrelsen kan indhente og gennemgå store mængder af virksomhedens dokumenter på mere eller mindre vilkårlig vis.[124]

Beslutningen er dermed hverken forenelig med de krav, der stilles efter danske retsregler og forarbejder, gennemgået i afsnit 3.1, eller kravet efter EMDs praksis om, at undersøgelsen skal baseres på *rimelig begrundet mistanke*, jf. afsnit 3.2.3, hvorefter beslutningen skal begrundes i visse faktiske omstændigheder, så domstolene har mulighed for at efterprøve myndighedernes mistanke.

Det fremgik af den tilhørende retskendelse, at en repræsentant fra styrelsen var mødt, og at alene den ovennævnte beslutning om kontrolundersøgelse blev fremlagt. Kendelsen lød:

> *"Idet Konkurrencestyrelsen har besluttet den beskrevne kontrolundersøgelse tages begæringen til følge, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 1, som nedenfor bestemt, da en kontrolundersøgelse efter det foreliggende ikke kan antages at være et uforholdsmæssigt indgreb til vurdering af, hvorvidt virksomheden overholder konkurrencelovgivningen.*
>
> *Thi bestemmes:*
>
> *Det tillades repræsentanter for Konkurrencestyrelsen mod behørig legitimation at foretage kontrolundersøgelse hos [X], CVR: [X], [X] med tilhørende bi- og kaldenavne samt koncernforbundne selskaber på samtlige af virksomhedens adresser."*

Det må med denne formulering antages, at retten omvendt ville have afvist styrelsens anmodning, hvis retten havde fundet, at kontrolundersøgelsen var et uforholdsmæssigt indgreb. Retten antydede således med kendelsen, at der blev foretaget en proportionalitetsvurdering af anmodningen. Der er imidlertid intet anført om, hvorfor retten fandt styrelsens beslutning forholdsmæssig. Fraværet af oplysninger om baggrunden for styrelsens formodning om overtrædelse og mistanke om at kunne finde relevant materiale – samt den meget brede angivelse af kontrolundersøgelsens formål – gør det også vanskeligt at forestille sig, hvordan domstolen har kunne foretage en reel proportionalitetsprøvelse. Rettens sparsomme prøvelse af styrelsens lige så sparsomme beslutning kan dermed kun i meget ringe grad anses for at være i overensstemmelse med de krav til

[124] Se herom også Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 5-6.

domstolsprøvelsen, der kan udledes af både danske retsregler og den gennemgåede retspraksis fra EMD i relation til EMRK artikel 8.

Også afgrænsningen af kontrolundersøgelsens genstand må anses for særdeles problematisk, da retskendelsen beskrev området for undersøgelsen som samtlige adresser tilhørende den mistænkte virksomhed og koncernforbundne selskaber i overensstemmelse med styrelsens anmodning. Retskendelsen indeholdt således ingen afgrænsning af hvilke dokumenter, genstande m.v., der kunne undersøges på disse adresser. Dette indebærer, at styrelsens eneste begrænsninger måtte findes i hjemlen til kontrolundersøgelse i konkurrencelovens § 18, stk. 1, hvorefter styrelsen kan undersøge og kopiere "enhver oplysning, herunder regnskaber, regnskabsmaterialer, bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium". Retskendelsen afgrænsede med andre ord kontrolundersøgelse til alle oplysninger på alle virksomhedens adresser, hvilket må anses for at være en overordentlig bred bemyndigelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Som det fremgår af afsnit 3.2.2 ovenfor, har EMD i sager med tilsvarende brede retskendelser fundet, at disse var for bredt formuleret, da retskendelserne i mangel på information om hvilke genstande der kunne undersøges og beslaglægges gav for vidtgående beføjelser til myndighederne. EMD fastslog i bl.a. *Van Rossem mod Belgien* som et generelt krav, at en retskendelse som minimum skal indeholde visse begrænsninger, så indgrebet i rettighederne efter EMRK artikel 8 ikke er potentielt ubegrænsede og dermed uproportionelle. Som konsekvens heraf skal retskendelsen ifølge EMD indeholde et minimum af oplysninger, der gør det muligt at kontrollere, hvorvidt myndighedernes ransagning og beslaglæggelse rent faktisk lever op til retskendelsens bemyndigelse, og adressaten for undersøgelsen skal have tilstrækkelige information til at kunne identificere, forhindre og imødegå misbrug.

Når retskendelsen ikke indeholdt nogen afgrænsning af kontrolundersøgelsens genstand - og når styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse samtidig ikke indeholdt en begrundelse for, hvorfor styrelsen mistænkte virksomheden for at have overtrådt konkurrencelovens § 6, stk. 1, herunder hvilke faktiske oplysninger styrelsen lagde til grund for sin mistanke - er det vanskeligt at se, hvordan virksomheden skal kunne kontrollere kontrolundersøgelsens grænser og imødegå misbrug fra myndighederne. Da hverken beslutningen eller retskendelsen angav hvilke oplysninger, der var relevante for styrelsens mistanke, var det svært hvis ikke umuligt for virksomheden at identificere misbrug i form af f.eks. "fisketure" fra styrelsens repræsentanter i håb om at finde inkriminerende materiale, der ikke relaterede sig til mistanken. Retskendelsen opfyldte således heller ikke de krav, der kan udledes af EMDs praksis vedr. EMRK artikel 8 til retskendelsens afgrænsning.

Det bemærkes, at ingen af de retskendelser, som Justitia har gennemgået i forbindelse med analysen, har indeholdt en afgrænsning af kontrolundersøgelsens genstand. Samtlige kendelser har således tilladt kontrolundersøgelse hos virksomheden under mistanke med tilhørende bi- og kaldenavne samt koncernforbundne selskaber på samtlige virksomhedens adresser uden nogen form for afgrænsning af hvilke dokumenter eller genstande, der måtte undersøges. I nogle af kendelserne var

tilføjet, at styrelsen havde adgang til *"dér at gøre sig bekendt med og tage kopier af enhver oplysning, herunder regnskaber, regnskabsmaterialer, bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedier"* samt til *"at kræve mundtlige forklaringer".* Selv om kontrolundersøgelsens genstand dermed blev addresseret, er der ikke tale om nogen afgrænsning, da kendelserne alene gengav ordlyden af den brede hjemmel i konkurrencelovens § 18 til at undersøge enhver oplysning. Problematikken vil derfor ikke blive gentaget ved gennemgangen af de øvrige kendelser nedenfor, da det blot kan konstateres, at den manglende afgrænsning af retskendelsen formentlig må anses for et udslag af en generel praksis på området, der som nævnt ovenfor ikke lever op til de retssikkerhedsmæssige krav om retskendelsens afgrænsning, som kan udledes af EMDs praksis vedr. EMRK artikel 8. Denne formodede praksis – og som minimum samtlige retskendelser, som Justitia har gennemgået – rejser således meget væsentlige spørgsmål i forhold til efterlevelsen EMRK artikel 8 og dermed også dansk ret.

I en anden beslutning om kontrolundersøgelse angav styrelsen, at den havde formodning om, at der på det relevante marked foregik *"konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen".* Styrelsen havde endvidere formodning om, at virksomheden, som undersøgelsen skulle udføres hos, kunne være involveret i de nævnte aktiviteter i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og 3, jf. stk. 2. I modsætning til den beslutning, som netop er gennemgået ovenfor, anførte styrelsen en begrundelse for sin formodning mod virksomheden. Begrundelsen var dog meget overordnet, idet den lød:

> *"Konkurrencestyrelsens formodning er begrundet i henvendelser, hvoraf det fremgår, at [X] kan være involveret i aftaler, der direkte eller indirekte kan have til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Enhver form for aftale eller samordnet praksis mellem virksomheder, der har til formål eller følge direkte eller indirekte at begrænse konkurrencen, er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1 og 3, jf. stk. 2."*

Selv om styrelsen således denne gang angav en begrundelse, har det ingen betydning for vurderingen af, hvorvidt beslutningen lever op til EMDs krav om *rimelig begrundet mistanke,* da begrundelsen ikke indeholdt nogle faktiske omstændigheder, som gav domstolene mulighed for at efterprøve styrelsens mistanke. Det blev således hverken angivet, hvad de nævnte henvendelser indeholdt, eller hvilke konkrete overtrædelser af konkurrenceloven, styrelsen mistænkte virksomheden for at have begået på denne baggrund. Det blev heller ikke angivet, hvorfor der efter styrelsens opfattelse var rimelig grund til mistanke om, at der kunne findes relevante dokumenter m.v. på stedet eller hvilke dokumenter m.v., styrelsen forventede at finde.

For retten blev alene fremlagt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning under fremmøde af en fuldmægtig fra styrelsen. Den afsagte retskendelse var identisk med den, retten afsagde i den ovenfor nævnte beslutning, og dermed utilstrækkelig af de samme grunde.

I en anden beslutning om kontrolundersøgelse, hvortil også hørte en anmodning til retten om at udstede retskendelse med samme overordnede indhold, havde styrelsen ligeledes en formodning

om, at virksomheden var involveret i *"konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen"* i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1 og 3, jf. stk. 2. Om begrundelsen herfor blev alene angivet:

> *"Konkurrencestyrelsens formodning er begrundet i oplysninger, der er tilgået styrelsen, hvoraf det fremgår, at [X] har indgået aftaler på markedet for [X], der direkte eller indirekte kan have til formål eller følge at begrænse konkurrencen."*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen angav således heller ikke i denne beslutning, hvad disse oplysninger bestod i, hvilke af virksomhedens aktiviteter, styrelsen formodede var konkurrencebegrænsende, eller andre faktiske forhold, som lå til grund for styrelsens formodning. Det bemærkes dog, at anmodningen blev fremsendt til retten "med bilag", og at det, uden kendskab til indholdet af disse bilag, er muligt, at retten blev præsenteret for visse faktiske oplysninger til støtte for styrelsens formodning. Det står imidlertid klart, at retten ikke foretog nogen form for proportionalitetsprøvelse af styrelsens anmodning, idet retten blot afsagde følgende kendelse:

> *"Da Konkurrencestyrelsens direktør har besluttet den beskrevne kontrolundersøgelse, tages anmodningen til følge, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3, jf. § 18, stk. 1, hvorfor bestemmes: …"*

Det er med denne formulering, som går igen i adskillige andre kendelser, helt åbenlyst, at retten ikke foretog en prøvelse af grundlaget for kontrolundersøgelsen, herunder styrelsens formodning om en lovovertrædelse, styrelsens mistanke om at kunne finde relevante dokumenter på stedet, afgrænsningen af omfanget af kontrolundersøgelsen eller generelt hvorvidt undersøgelsen var proportionel. Disse kendelser er derfor helt åbenbart ikke i overensstemmelse med hverken retsplejelovens krav om, at kendelser skal ledsages af grunde eller de krav, der ifølge EMDs praksis vedr. EMRK artikel 8 stilles til retskendelsens afgrænsning.

En enslydende retskendelse blev bl.a. givet i forbindelse med en anden ældre beslutning om kontrolundersøgelse, hvor styrelsen havde formodning om, at virksomheden var involveret i konkurrencebegrænsende aktiviteter på det relevante marked. Som baggrund for styrelsens formodning, angav beslutningen alene:

> *"Konkurrencestyrelsens formodning er begrundet i flere henvendelser til styrelsen over, at [X] anvender urimelige pris- og rabatvilkår og andre konkurrencebegrænsende vilkår på markedet for [X] i Danmark. En sådan adfærd kan både indebære en overtrædelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, mod konkurrencebegrænsende aftaler og en overtrædelse af forbuddet i konkurrencelovens § 11, stk. 1, mod misbrug af dominerende stilling."*

Styrelsen anførte således heller ikke i denne beslutning nogle faktiske omstændigheder vedrørende formodningen såsom hvilke pris- og rabatvilkår eller øvrige vilkår, mistanken relaterede sig til.

Styrelsens formodning relaterede sig derudover både til en overtrædelse af konkurrencelovens §§ 6 og 11, som er to markant forskellige bestemmelser og overtrædelser, hvilket ligeledes indikerer et meget tyndt grundlag for beslutningen.[125]

I en nyere beslutning om kontrolundersøgelse havde styrelsen formodning om, at virksomheden på det relevante marked var involveret i konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte havde til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Som eneste begrundelse for formodningen anførte styrelsen:

> *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning er begrundet i oplysninger, som styrelsen har modtaget, der indikerer, at der på markedet for salg af [X] foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af ulovlig informationsudveksling og/eller prisaftaler, herunder i form af horisontale aftaler mellem forhandlere og/eller i form af fastsættelse af bindende videresalgspriser."*

Beslutningen var således lige så mangelfuld som de øvrige gennemgåede beslutninger. Udover at styrelsen ikke angav nogle konkrete holdepunkter for styrelsens formodning, adresserede styrelsen heller ikke, hvorfor den konkrete virksomhed formodedes at have været involveret i de formodede konkurrencebegrænsende aktiviteter på markedet. Det fremgår således alene af beslutningen, at styrelsen havde modtaget oplysninger, der indikerede, at der på det relevante *marked* foregik ulovlig informationsudveksling m.v., men intet om, hvorvidt disse oplysninger indikerede, at den pågældende virksomhed havde været involveret heri. Det eneste holdepunkt herfor var – ifølge oplysningerne i beslutningen – at virksomheden opererede på det konkrete marked, hvilket er et meget tyndt formodningsgrundlag. Denne beslutning er således heller ikke i overensstemmelse med de krav, der efter EMDs praksis vedr. EMRK art 8 stilles om rimelig begrundet mistanke eller de krav, der stilles til styrelsens begrundelse i retssikkerhedsloven.

Den domstolsprøvelsen af beslutningen, som kan udledes af rettens kendelse, var derimod tilsyneladende af en anden karakter end den der følger af alle de øvrige retskendelser, som Justitia har modtaget. For retten blev fremlagt styrelsens anmodning om kontrolundersøgelse med bilag, hvis indhold ikke kendes, og en repræsentant for styrelsen var mødt. Retskendelsen lød:

> *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør har en formodning om, at [X] er involveret i konkurrencebegrænsende aktiviteter på markedet for [X]. På det foreliggende grundlag, herunder oplysninger modtaget fra opsagt forhandler om sammenhæng mellem salg af [X] med rabat, ensartede henvendelser fra konkurrenter til importører og importørers opsigelser af samarbejdet med forhandleren, finder retten, at formodningen er begrundet. Retten finder, at kontrolundersøgelsens formål ikke vil kunne opnås på en mindre indgribende måde. Derfor tages anmodningen til følge, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3, jf. stk. 1."*

[125] Se herom også Jacob Mchangama: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161, s. 5.

Retten fik således fra styrelsens repræsentant eller gennem bilagene yderligere oplysninger til støtte for styrelsens formodning end de, der var indeholdt i beslutningen. I modsætning til de øvrige sager hvor retten modtog bilag, og derfor muligvis havde forudsætningerne for at foretage en faktisk proportionalitetsprøvelse, er det udtrykkeligt angivet, at retten efterprøvede karakteren af styrelsens formodning og tog stilling til, hvorvidt formodningen kunne anses for velbegrundet. Retten foretog tilsyneladende en reel prøvelse af indgrebets proportionalitet, idet retten overvejede, hvorvidt formålet med kontrolundersøgelsen ville kunne opnås på en mindre indgribende måde. Domstolens prøvelse nærmer sig i denne sag i højere grad de krav, der stilles efter EMDs praksis. Derimod kan retskendelsen ikke anses for tilstrækkeligt afgrænset, idet den, ligesom samtlige øvrige fremsendte retskendelser, gav hjemmel til at *"foretage kontrolundersøgelse hos [X] med tilhørende bi- og kaldenavne samt koncernforbundne selskaber i Danmark, jf. selskabslovens §§ 6 og 7, på samtlige af virksomhedens adresser og særligt på adressen [X]"* uden nogen afgrænsning af, hvad der kunne søges efter.

Mens der blandt de 12 retskendelser, som Justitia har modtaget, findes dette ene eksempel på en ere tilbundsgående domstolsprøvelse af styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse, findes også et par eksempler på mere udførlige begrundelser for styrelsens beslutninger. I en af de grundigere beslutninger havde styrelsen en formodning om, at der på det relevante marked foregik konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af en eller flere virksomheders dominerende stilling, samt at virksomheden kunne være involveret i disse aktiviteter. Som begrundelse herfor angav styrelsen:

> *"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning er begrundet i henvendelser om de aktiviteter, som udføres på markederne for [X], herunder de anvisninger/branchestandarder, som [X] har udviklet, og som anvendes i forbindelse med [X]. Ifølge henvendelserne anvendes de nævnte anvisninger til at favorisere produkter fra henholdsvis [X] i forbindelse med [X], ligesom de medvirker til at skabe adgangsbarrierer for andre produkter på markedet. Styrelsen har endvidere en formodning om, at [X] har indgået aftaler om markedsdeling og/eller andre konkurrencebegrænsende aftaler med leverandører af [X]."*

Sådanne handlinger kunne ifølge styrelsen være omfattet af forbuddene i konkurrencelovens §§ 6 og 11, og kontrolundersøgelsen havde til formål at få be- eller afkræftet den opståede formodning om overtrædelse af konkurrenceloven.

Styrelsen havde dermed i højere grad konkretiseret sin formodning ved at angive hvilke nærmere handlinger, virksomheden formodedes at have foretaget sig. Styrelsen havde imidlertid ikke afgrænset området for kontrolundersøgelsen på denne baggrund, da styrelsen besluttede at foretage kontrolundersøgelse på samtlige virksomhedens adresser i alle oplysninger m.v., der kunne be- eller afkræfte styrelsens formodning om en overtrædelse af konkurrencelovens §§ 6 eller 11. Styrelsen angav i øvrigt ikke i beslutningen hvilke oplysninger m.v., styrelsen havde mistanke om at

kunne finde på stedet, eller hvordan disse havde relevans for styrelsens formodning om lovovertrædelsen. Det er af ringe retssikkerhedsmæssig betydning, hvis styrelsens højere grad af konkretisering af formodningen om virksomhedens overtrædelse af konkurrenceloven ikke anvendes til at afgrænse området for kontrolundersøgelsen, da formålet med konkretiseringen således ikke slår igennem. Beslutningen blev i øvrigt undergivet samme summariske domstolsprøvelse som beskrevet i tidligere kendelser, hvor retten blot henviste til, at retskendelse kunne gives fordi direktøren havde besluttet undersøgelsen. Der skete således hverken en afgrænsning af kontrolundersøgelsens omfang eller en proportionalitetsprøvelse af styrelsens begrundelse for kontrolundersøgelsen.

3.4 Sammenfattende vedr. den gennemgåede praksis i relation til kravene efter dansk ret og EMRK artikel 8

De eksempler, der er gennemgået ovenfor, lever kun i meget ringe omfang op til de krav, der kan udledes af danske retsregler og EMD's praksis vedr. EMRK artikel 8, som er en del af dansk ret, vedr. både beslutningernes indhold, domstolsprøvelsen heraf og retskendelsens afgrænsning.

Langt hovedparten af de gennemgåede beslutninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indeholder et meget sparsomt oplysningsgrundlag, hvor der hverken angives konkrete holdepunkter for, hvorfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at der foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter på det relevante marked, hvorfor virksomheden formodes at være involveret heri, eller hvorfor styrelsen har mistanke om at kunne finde relevante oplysninger hos virksomheden. I flere beslutninger har styrelsen end ikke adresseret, hvorfor der foretages en kontrolundersøgelse hos den konkrete virksomhed, men blot konstateret, at styrelsen har en formodning om konkurrencebegrænsende aktiviteter på det marked, hvorpå virksomheden opererer – som i øvrigt heller ikke begrundes – eller hvorvidt det primært er konkurrencelovens §§ 6 eller 11, der formodes overtrådt. Kontrolundersøgelsens formål er ifølge disse beslutninger at få be- eller afkræftet styrelsens formodning om mulig overtrædelse af konkurrenceloven, hvilket så vil sige styrelsens formodning om, at der på selve markedet foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter.

Størstedelen af de beslutninger, som Justitia har gennemgået, har således - tilsyneladende - været baseret på et særdeles sparsomt faktuelt grundlag og en meget tynd formodning mod den konkrete virksomhed. Det er muligt, at styrelsen har haft et større faktuelt grundlag for beslutningen, end hvad der fremgår af beslutningerne, de tilhørende anmodninger og retskendelserne. Det er dog ifølge EMDs praksis afgørende, at adressaten for kontrolundersøgelsen eller en tredjepart er tilstrækkeligt oplyst til at kunne identificere, forhindre og imødegå misbrug. Den væsentlige retssikkerhedsmæssige garanti for virksomheden i ikke at blive udsat for uafgrænsede og dermed meget vidtgående indgreb fra myndighederne, som EMDs praksis afspejler, går således tabt, når virksomheden ikke oplyses tilstrækkeligt om den konkrete formodning eller mistanke mod

virksomheden. Det er naturligvis også afgørende, at retten er tilstrækkeligt oplyst til at kunne foretage en proportionalitetsprøvelse af beslutningen.

I visse af sagerne har retten modtaget bilag i forbindelse med oversendelsen af styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse. En gennemgang af de ovenfor nævnte eksempler synes dog - med undtagelse af ét – at vise, at domstolene ikke har foretaget nogen reel proportionalitetsprøvelse, før de udstedte retskendelse. Det bemærkes i den forbindelse, som nævnt i afsnit 3.1, at domstolene har imødekommet samtlige af styrelsens 136 anmodninger om retskendelse de seneste 5 år, hvilket indikerer, at den ringe prøvelsesintensitet er gennemgående og i øvrigt ikke er forbedret, selv om mange af de gennemgåede retskendelser er af lidt ældre dato. Den ringe prøvelsesintensitet gør sig både gældende for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt styrelsens formodning mod virksomheden var stærk nok til, *at* der kunne foretages en kontrolundersøgelse hos den pågældende og spørgsmålet om, i hvilket omfang en sådan undersøgelse så kunne ske. Samtlige retskendelser, som Justitia har gennemgået, tillader således en ubegrænset undersøgelse af virksomhedens oplysninger i samtlige af virksomhedens lokaler, hvilket er i ringe overensstemmelse med de krav, der ifølge EMDs praksis stilles til retskendelsens afgrænsning, og rejser spørgsmål i forhold til forvaltningslovens proportionalitetsprincip.

Det der karakteriserer det udsnit af praksis, som Justitia har gennemgået, er, at retten tilsyneladende uden nogen reel proportionalitetsprøvelse bemyndiger styrelsen til at gennemsøge alt hos virksomheden på baggrund af en (i langt de fleste tilfælde) ikke-specificeret formodning, som ofte retter sig mod markedet som sådan. Herved gives styrelsen et ubegrænset og dermed særdeles vidtgående skøn til på stedet at undersøge dét, som styrelsen finder relevant, mens virksomheden sættes ude af stand til at kontrollere grænserne for styrelsens undersøgelse – både fordi virksomheden ikke er tilstrækkeligt oplyst om grundlaget for kontrolundersøgelsen, og fordi undersøgelsens genstand ikke er afgrænset på baggrund af dette grundlag. Dette skaber en overordentlig stor risiko for "fiskeekspeditioner" fra styrelsen, som virksomheden må se sig ude af stand til at imødegå og forsvare sig selv imod. Justitia har som nævnt alene gennemgået et mindre udsnit af praksis, men der kan på baggrund af gennemgangen som minimum stilles *spørgsmålstegn ved*, om kravet om retskendelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 3 - således som domstolspraksis ifølge de gennemgåede kendelser umiddelbart synes at være - udgør nogen reel retssikkerhedsmæssig garanti for, at de virksomheder, der undergives en kontrolundersøgelse, ikke udsættes for vilkårlighed eller misbrug.

Den gennemgåede praksis fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og domstolene rejser således væsentlige spørgsmål i forhold til efterlevelsen af de retssikkerhedsmæssige krav om rimelig begrundet mistanke og rimelig afgrænsning, som følger af EMD's praksis, og som er vægtige momenter ved EMD's vurdering af, om en kontrolundersøgelse har været i overensstemmelse med EMRK artikel 8. Den gennemgåede praksis rejser også væsentlige spørgsmål i forhold til efterlevelsen

af de krav til styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse og domstolsprøvelsen heraf, som kan udledes af danske retsregler, herunder retssikkerhedsloven.

Hvorvidt en kontrolundersøgelse *i sin helhed* må anses for at være i overensstemmelse med EMRK artikel 8 afhænger naturligvis af omstændighederne i den konkrete sag. Det vil være for vidtgående at drage den konklusion, at styrelsens og domstolenes praksis i andre sager er i strid med EMRK artikel 8 ud fra en gennemgang af et mindre uddrag af praksis på området,[126] uden kendskab til den enkelte sags omstændigheder og fuld indsigt i styrelsens og domstolenes praksis. Det er ikke analysens formål at drage sådanne konklusioner, men at påpege de meget alvorlige mangler som styrelsens og domstolenes praksis (ud fra de eksempler Justitia har gennemgået) lider i forhold til efterlevelsen af to af de allervæsentligste retssikkerhedsmæssige garantier for virksomhederne i forbindelse med en kontrolundersøgelse – nemlig at undersøgelsen foretages i et afgrænset omfang, proportionelt med formålet, på baggrund af en rimelig begrundet mistanke.

Generelt vedrørende øvrige omstændigheder bemærkes dog for helhedens skyld, at EMD, som nævnt i afsnit 3.2.2, har accepteret, at relativt bredt afgrænsede retskendelser kan være i overensstemmelse med EMRK artikel 8, når sagen haster f.eks. grundet mistanke om forestående terrorhandlinger. Det kan vel ikke udelukkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser i visse tilfælde må anses for at være af samme alvor og hastende karakter. Det vil dog formentlig sjældent være i en sådan grad, at det kan retfærdiggøre en mangelfuld retskendelse, og styrelsen må i så fald også argumentere for, hvorfor sagen haster så meget, at styrelsen ikke kan indsnævre området for kontrolundersøgelsen. Som det fremgår af den retspraksis fra EMD, der er gennemgået i afsnit 3.2.2, kan fraværet af et krav om retskendelse desuden opvejes af efterfølgende domstolskontrol af nødvendigheden og lovligheden af ransagningen.[127] Det samme må antages at være tilfældet ved indholdsmæssige mangler ved beslutning og retskendelse om kontrolundersøgelser. Den efterfølgende prøvelse, som grundlaget for en kontrolundersøgelse vil blive undergivet hos danske domstole, er dog så tilbageholdende, at den formentlig ikke vil kunne "reparere" på sådanne mangler.[128]

[126] Se i øvrigt flere eksempler i Jacob Mchangamas artikel fra 2010: Konkurrencelovens tvangsindgreb, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2010.161.

[127] Om EMD's krav til den efterfølgende domstolsprøvelse som processuel garanti se bl.a. Robathin mod Østrig pr. 47-52.

[128] Se herom bl.a. sagen U.2008.1098H ("Telia-sagen") og U.2003.1328H ("Trioplast-sagen"), Michael Gøtze m.fl.: Når myndigheder kommer på besøg – 10 år med retssikkerhedsloven, Juristen nr. 6, 2014, s. 228-230 og Cecilie Faurschou Sørensen og Julie Linde Kirketerp: Specialeafhandling: Konkurrenceretlige kontrolundersøgelser i lyset af EMRK art. 8, Københavns Universitet den 31. maj 2020 s. 88-92. Spørgsmålet om efterfølgende domstolsprøvelse behandles både som en processuel garanti omfattet af vurderingen efter EMRK art. 8 og som adgang til domstolene efter EMRK art. 6. Spørgsmålet er ikke behandlet nærmere i denne analyse, der primært koncentrerer sig om konkurrencemyndighedernes praksis. Se herom f.eks. Niels Fenger i U.2018B.233.

3.5 Anbefalinger

Som nævnt i afsnit 3.4 lever størstedelen af de eksempler på beslutninger om kontrolundersøgelse, som Justitia har gennemgået, kun i meget ringe omfang op til de krav, der efter EMD's praksis vedr. EMRK artikel 8 og danske retsregler stilles til både beslutningernes indhold, domstolsprøvelsen heraf og retskendelsens afgrænsning. Justitia anbefaler:

- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretager en gennemgang af styrelsens praksis i forbindelse med beslutninger om kontrolundersøgelser og undersøger, i hvilket omfang beslutningerne lever op til de krav, der stilles efter bl.a. forvaltningslovens § 24, retssikkerhedslovens § 2 og EMD's praksis vedrørende EMRK artikel 8, samt i hvilket omfang selve begæringen om kontrolundersøgelse opfylder kravene i retsplejelovens § 348.

De krav, som efter disse regler stilles til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af og begrundelse for indgrebet, er udtryk for væsentlige retssikkerhedsmæssige garantier for virksomhederne i bl.a. at være i stand til at varetage egne interesser og imødegå misbrug fra myndighederne. Styrelsen bør derfor sikre, at de overholdes i samtlige af styrelsens beslutninger. Justitia anbefaler særligt, at beslutningerne indeholder følgende for at sikre overensstemmelse med ovennævnte danske retsregler og EMRK artikel 8:[129]

- En beskrivelse af hvilke konkrete overtrædelser af konkurrenceloven, som virksomheden formodes at have begået.
- En udførlig redegørelse for de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for styrelsens formodning om, at virksomheden har begået en lovovertrædelse.
- En udførlig redegørelse for hvilke dokumenter, data og øvrige oplysninger styrelsen har en begrundet mistanke om at kunne finde på adressen for kontrolundersøgelsen, samt hvorfor disse er relevante for styrelsens formodning.
- En afgrænsning af hvilke oplysninger m.v. styrelsen anmoder retten om tilladelse til at gennemsøge under kontrolundersøgelsen. Afgrænsningen kan enten foretages af styrelsen, og herefter undergives proportionalitetsvurdering af retten, eller af retten på baggrund af ovennævnte oplysninger i styrelsens beslutning. Afgrænsningen skal sætte virksomheden i stand til at identificere, hvad kontrolundersøgelsen omfatter, og hvad undersøgelsen *ikke* omfatter, for derved at identificere, hvilke dokumenter og filer, der er "out of scope".
- En redegørelse for hvorfor kravene i retssikkerhedslovens § 5, stk. 4 er opfyldt, hvis kontrolundersøgelsen ønskes gennemført uden forudgående varsel. Styrelsen bør i sådanne tilfælde også redegøre for, hvorfor virksomheden som følge heraf ikke skal indkaldes til det retsmøde, hvori styrelsens anmodning om retskendelse behandles.

[129] De oplysninger der nævnes i det følgende kan evt. delvist gives gennem bilag tilgået både den domstol der skal udstede retskendelsen og den virksomhed, som er adressat for kontrolundersøgelsen.

Efter den seneste ændring af konkurrenceloven, der trådte i kraft i marts 2021, skal kontrolundersøgelser ikke længere gennemføres efter reglerne i strafferetsplejen. Justitia anbefaler derfor i tillæg til ovenstående:

- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilretter sin praksis for behandlingen af sager om kontrolundersøgelser i lyset af, at disse nu skal behandles i den civile retsplejes former, herunder at anmodning om retskendelse efter lovændringen skal opfylde kravene til en stævning efter retsplejelovens § 348.

Styrelsens beslutninger skal være begrundet i et omfang, der gør det muligt for retten at foretage en reel proportionalitetsprøvelse af indgrebet. Som det fremgår af afsnit 3.4. ovenfor, tyder Justitias gennemgang af eksempler på retskendelser desuden på, at domstolsprøvelsen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutninger om kontrolundersøgelse ikke altid stemmer overens med EMD's praksis vedrørende EMRK artikel 8, retsplejelovens § 218, stk. 1 om at kendelser skal ledsages af grunde og konkurrencelovens forarbejder, hvorefter retten skal foretage en afvejning af tvangsindgrebet i forhold til formålet hermed i overensstemmelse med det almindelige proportionalitetsprincip. Justitia anbefaler, at domstolsprøvelsen bringes i fuld overensstemmelse hermed ved:

- At det af enhver kendelse om kontrolundersøgelse fremgår, at retten har foretaget en reel proportionalitetsprøvelse af styrelsens beslutning om kontrolundersøgelsen. Retten bør udtrykkeligt forholde sig til kravene til styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse nævnt ovenfor og afvise styrelsens anmodning om retskendelse, hvis beslutningen ikke lever op til disse krav.
- At det af enhver kendelse om kontrolundersøgelse fremgår, at retten i overensstemmelse med EMDs praksis vedr. EMRK artikel 8 har foretaget en afgrænsning af retskendelsens genstand (evt. på baggrund af styrelsens eget forslag hertil, jf. ovenfor), så konkurrencemyndighederne ikke får potentielt ubegrænsede skønsbeføjelser til at afgøre, hvad de mener er relevant at gennemsøge på stedet.
- At rettens kendelser om kontrolundesøgelser udformes således, at de utvivlsomt lever op til retsplejelovens krav om begrundelse.

Justitia anbefaler desuden, at en virksomhed, som er genstand for en kontrolundersøgelse, søger Procesbevillingsnævnets tilladelse til at kære rettens kendelse, hvis den ikke lever op til disse krav, jf. også anbefalingerne i afsnit 5.4 om kære.

4 Afvikling af kontrolundersøgelser

4.1 Indledning

Langt de fleste kontrolundersøgelser hos virksomheder i medfør af konkurrencelovens §§ 18 og 18 a foretages uden forudgående varsel på grundlag af en retskendelse, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3. Baggrunden herfor vil oftest være, at styrelsen skønner, at der kan være en risiko for, at dokumenter og andet materiale, der kunne underbygge en mistanke om, at konkurrenceloven er overtrådt, ville forsvinde, hvis virksomheden på forhånd var bekendt med, at den ville blive undersøgt. Er der ikke en sådan risiko, vil alternativet til en uvarslet kontrolundersøgelse være en anmodning til virksomheden om oplysninger i medfør af konkurrencelovens § 17. Det er de retssikkerhedsmæssige problemer, der knytter sig til uvarslede kontrolundersøgelser, som behandles i det følgende.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i maj 2016 udarbejdet en vejledning om kontrolundersøgelser.[130] Styrelsen har til Justitia oplyst, at denne vejledning vil blive opdateret under hensyntagen til de nu gennemførte ændringer i konkurrenceloven. Den reviderede vejledning vil blive forelagt Konkurrencerådet til godkendelse, inden den offentliggøres.

I det følgende gennemgås afviklingen af kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18, stk. 1 under 4.2. Der redegøres i dette afsnit først for kontrolundersøgelsens genstand (4.2.1), retten til repræsentation under kontrolundersøgelsen (4.2.2) og virksomheders oplysningspligt under kontrolundersøgelsen (4.2.3), samt begrænsningerne heri i form af virksomheders forbud mod selvinkriminering, virksomhedernes såkaldte legal professional privilege og dokumenter, der er såkaldt "out of scope". Begreberne vil blive introduceret og begrænsningerne uddybet i underafsnit. Herefter behandles i afsnit 4.2.4 spørgsmålet om fysiske personers oplysningspligt, når disse er under mistanke for medvirken til en overtrædelse af konkurrenceloven, mens afsnit 4.2.5 indeholder særlige bemærkninger vedr. enkeltmandsvirksomheders retsstilling.

Afsnit 4.3 behandler den nye regel i konkurrencelovens § 18 a, der udvider området for konkurrencemyndighedernes kontrolundersøgelser til flere lokaliteter, end de der er nævnt i § 18, herunder f.eks. en virksomhedsdirektørs private hjem. Dernæst gennemgås konkurrencelovens § 17 om interviews, som også blev indført ved den seneste ændring af konkurrenceloven, i afsnit 4.4. Afsnit 4.5 indeholder Justitias anbefalinger til de områder, der berøres i kapitlet.

De seneste ændringer i konkurrenceloven, som berøres i det følgende, er en implementering af direktiv 2019/1, som først og fremmest har til formål at effektivisere og ensarte håndhævelsen af konkurrenceretten i EU. Som det vil fremgå af det følgende, er konkurrencemyndighedernes muligheder for at tilvejebringe oplysninger om virksomheders overtrædelse af konkurrencereglerne blevet styrket, bl.a. med indførelsen af et nyt sanktionssystem med civile bøder. Specielt for Danmark

[130] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om kontrolundersøgelser, maj 2016.

gælder, at man samtidig med indførelsen af civile bøder for virksomhedens overtrædelse af konkurrencereglerne har opretholdt, at fysiske personer kan straffes for medvirken til virksomheders overtrædelse af konkurrencereglerne. Disse parallelle sanktionssystemer giver anledning til en række vanskelige afgrænsningsproblemer af retssikkerhedsmæssig karakter.

4.2 Kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18, stk. 1

4.2.1 Kontrolundersøgelsens genstand

Kontrolundersøgelser hos en virksomhed i medfør af konkurrencelovens § 18, stk. 1 kan efter dansk ret alene gennemføres af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på grundlag af en retskendelse. Det er altså selve retskendelsen, som er det juridiske fundament for kontrolundersøgelsen, og kontrolundersøgelsen kan ikke gå videre eller omfatte mere end det, der kan udledes af kendelsen, jf. bl.a. nedenfor i afsnit 4.2.3.4 om behandling af fysiske og elektroniske dokumenter som er "out of scope".

Grundlaget for kendelsen vil være en beslutning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør eller vicedirektør, som har karakter af en anmodning til retten om afsigelse af en kendelse. Indholdet af denne anmodning kan også indgå i fortolkningen af rettens kendelse.

Både beslutningen om at foretage kontrolundersøgelsen og rettens kendelse udleveres til virksomheden inden kontrolundersøgelsen indledes.[131] Det siger næsten sig selv, at virksomheden, på grundlag af disse dokumenter, må sættes i stand til - evt. bistået af virksomhedens advokat - at afklare kontrolundersøgelsens genstand og dermed også de pligter i konkurrencelovens § 18, stk. 1, som virksomheden skal leve op til.

De krav der, også efter lovændringen den 4. marts 2021, kan stilles til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at iværksætte en uvarslet kontrolundersøgelse ifølge retssikkerhedsloven, forvaltningsloven og EMRK artikel 8 er beskrevet i kapitel 3 ovenfor. Kravene i retsplejeloven til den anmodning, der fremsendes til retten, er beskrevet i afsnit 3.1.1.2. Endelig er kravene til retskendelsen i relation til EMRK artikel 8 og retsplejelovens begrundelseskrav beskrevet i afsnittene 3.2.2 og 3.1.3.

4.2.2 Retten til repræsentation under kontrolundersøgelsen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser vil som altovervejende hovedregel blive foretaget uden forudgående varsel. Virksomheden vil derfor ikke have været indkaldt til det retsmøde, hvorunder styrelsens anmodning om kontrolundersøgelse blev behandlet, og vil derfor heller ikke have været repræsenteret af en advokat under dette retsmøde.

Når kontrolundersøgelsen indledes, vil virksomheden få udleveret et eksemplar af den retskendelse, som tillader kontrolundersøgelsen, og den beslutning fra styrelsen, som kendelsen forholder sig til.

[131] Ibid., s. 6.

Hermed præsenteres virksomheden for retsgrundlaget for kontrolundersøgelsen, og virksomheden kan herefter tilkalde sin advokat til at bistå sig under kontrolundersøgelsen. Virksomheden kan dog også lade sig repræsentere af en anden bisidder som f.eks. virksomhedens revisor, jf. i det hele forvaltningslovens § 8. Normalt vil det dog være tilrådeligt, at virksomheden lader sig bistå af en advokat, idet der under kontrolundersøgelsen kan opstå en række vigtige afgrænsningsspørgsmål i forhold til virksomhedens og enkeltpersoners oplysningspligt og beskyttelse mod selvinkriminering, som det kræver juridisk indsigt at rådgive virksomheden om.

Hvis virksomheden tilkalder sin advokat, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke pligt til at afvente advokatens ankomst, før kontrolundersøgelsen iværksættes. Det vil dog både være mest hensigtsmæssigt og bedst stemmende med hensynet til virksomhedens og enkeltpersoners retssikkerhed, at styrelsen afventer advokatens ankomst, før virksomhedens repræsentanter afkræves forklaringer efter § 18, stk. 1. Dette giver advokaten mulighed for at overvære forløbet og rådgive virksomhedens repræsentanter om hvilke spørgsmål, den pågældende har pligt til at svare på, jf. konkurrencelovens § 17 b, som behandles nærmere nedenfor. Opstår der inden advokatens ankomst diskussioner om, hvorvidt et dokumenter er omfattet af legal professional privilege (se nærmere herom afsnit 4.2.3.3), vil det være bedst stemmende med hensynet til virksomhedens retssikkerhed, at også drøftelserne af sådanne spørgsmål afventer advokatens ankomst. Det må herved tages i betragtning, at afgørelser om hvilke spørgsmål en virksomhed og dens repræsentanter har pligt til at svare på, samt spørgsmål om dokumenters status i relation til legal professional privilege, nu kan indbringes for Konkurrenceankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1, som blev indsat efter et ændringsforslag fremsat af erhvervsministeren. Denne bestemmelse behandles nærmere nedenfor under afsnit 5.3.

Har en virksomhed tilkaldt sin advokat som partsrepræsentant, bør meddelelser om sagens behandling og senere også konkurrencemyndighedernes afgørelser tilgå partsrepræsentanten.

Virksomheden har ikke krav på kompensation for udgiften til partsrepræsentation under kontrolundersøgelsen. Dette gælder også i tilfælde af, at kontrolundersøgelsen ikke resulterer i en afgørelse, hvor det konstateres, at konkurrenceloven er overtrådt.

4.2.3 Virksomheders oplysningspligter under kontrolundersøgelsen

4.2.3.1 Reglerne om virksomheders oplysningspligt

Danske virksomheders generelle oplysningspligt er beskrevet i konkurrencelovens § 17, som i sin nuværende udformning bygger på artikel 8 i direktiv 2019/1.

Oplysningspligten efter § 17 er meget vidtgående, idet det følger af bestemmelsen, at *"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kræve alle oplysninger, herunder regnskaber, regnskabsmateriale, udskrift af bøger, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, som den pågældende har adgang til, og som skønnes nødvendige for udførelsen af de opgaver, som Konkurrence- og*

Forbrugerstyrelsen er tillagt efter denne lov, eller til afgørelse af, om et forhold er omfattet af lovens bestemmelser eller af EUF-traktatens artikel 101 eller 102."

Den generelle regel om oplysningspligt vil blive anvendt i de tilfælde, hvor styrelsen skønner, at den kan få de ønskede oplysninger af frivillighedens vej ved at rette henvendelse til virksomhederne. Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 17, at der skal anlægges en proportionalitetsvurdering, og at anmodningen om oplysninger skal stå i rimeligt forhold til styrelsens behov for de pågældende oplysninger. Det anføres herom i bemærkningerne til lovforslaget, at *"et krav om oplysninger vil i overensstemmelse med det almindelige proportionalitetsprincip ikke stå i et rimeligt forhold til formålet, hvis modtageren af kravet pålægges uforholdsmæssigt store omkostninger eller urimeligt besvær med at fremskaffe de krævede oplysninger, jf. også præambelbetragtning nr. 35 til direktiv 2019/1".*[132] Denne begrænsning i oplysningspligten vil først og fremmest få betydning i forbindelse med bredere undersøgelser, hvor den virksomhed eller virksomhedssammenslutning, som afkræves oplysningerne, ikke selv undersøges for en overtrædelse af konkurrenceloven eller TEUF artikel 101 og 102.

Det blev i forbindelse med den seneste lovændring præciseret, at oplysningspligten også omfatter anvendelsen af TEUF artikel 101 og 102, samt at de krav, der stilles til en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning om oplysninger, skal stå i et rimeligt forhold til behovet for de pågældende oplysninger.

Efter den nu vedtagne formulering af § 17, stk. 2 påhviler oplysningspligten enhver virksomhed, virksomhedssammenslutning eller enhver anden juridisk eller fysisk person, og det er ikke et krav, at en fysisk person repræsenterer eller er ansat i en virksomhed.

Det er denne meget vidtgående oplysningspligt som danner grundlaget for kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18, stk. 1. Kontrolundersøgelser efter § 18, stk. 1 vil således navnlig blive anvendt i de tilfælde, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har grundlag for at antage, at en virksomhed ikke frivilligt vil opfylde sin oplysningspligt, eller hvor der ligefrem er risiko for, at virksomheden vil bortskaffe beviser for overtrædelse af konkurrencereglerne.

Med den seneste ændring af konkurrenceloven blev der foretaget ændringer i reglerne om kontrolundersøgelser i lovens § 18. Denne bestemmelse bygger på artikel 6 i direktiv 2019/1, som blev implementeret i dansk ret med lovændringen.

[132] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, som fremsat, s. 85.

Artikel 6 er sålydende:

"Artikel 6

Beføjelse til at foretage kontrolundersøgelser i forretningslokaler

1. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder kan foretage alle nødvendige uanmeldte kontrolundersøgelser hos virksomheder og virksomhedssammenslutninger med henblik på anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF. Medlemsstaterne sikrer, at de embedsmænd og andre ledsagende personer, som de nationale konkurrencemyndigheder har bemyndiget eller udpeget til at foretage disse kontrolundersøgelser, som minimum har beføjelse til:

a) at få adgang til alle virksomhedernes og virksomhedssammenslutningernes lokaler, grunde og transportmidler

b) at kontrollere bøger og andre forretningspapirer, uanset hvilket medie de er lagret på, og at få adgang til enhver oplysning, som den kontrollerede enhed har adgang til

c) at tage eller få kopi eller udskrift under enhver form af sådanne bøger eller forretningspapirer og, hvor de finder det hensigtsmæssigt, at fortsætte sådanne informationssøgninger og at udvælge kopier eller udskrift i den nationale konkurrencemyndigheds lokaler eller i andre udpegede lokaler

d) at forsegle alle forretningslokaler samt bøger eller andre forretningspapirer i det for kontrolundersøgelsen nødvendige tidsrum og omfang

e) at afkræve alle virksomhedens eller virksomhedssammenslutningens repræsentanter eller ansatte forklaringer om faktiske oplysninger eller dokumenter vedrørende kontrolundersøgelsens genstand og formål og registrere deres svar.

2. Medlemsstaterne sikrer, at virksomheder og virksomhedssammenslutninger har pligt til at underkaste sig en kontrolundersøgelse, jf. stk. 1. Medlemsstaterne sikrer ligeledes, at hvis en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning modsætter sig en kontrolundersøgelse, der er blevet besluttet af en national administrativ konkurrencemyndighed og/eller er blevet godkendt af en national domstol, kan de nationale konkurrencemyndigheder anmode politiet eller en tilsvarende retshåndhævende myndighed om den fornødne bistand til at foretage kontrolundersøgelsen. En sådan bistand kan også indhentes som en forebyggende foranstaltning.

3. Denne artikel berører ikke kravene i national ret om forudgående godkendelse af sådanne undersøgelser fra en national domstol.

Betingelsen for at anvende beføjelserne i art 6 er nærmere uddybet i præampel 31 som er sålydende:

(31) De nationale administrative konkurrencemyndigheder bør kunne udføre alle nødvendige kontrolundersøgelser i virksomheders og virksomhedssammenslutningers lokaler, når de i overensstemmelse med Den Europæiske Unions Domstols retspraksis kan påvise, at der foreligger tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en formodning om en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF. Dette direktiv bør ikke forhindre medlemsstaterne i at kræve forudgående godkendelse fra en national domstol til sådanne kontrolundersøgelser."

Virksomheders oplysningspligt efter konkurrencelovens § 17, og oplysningspligten under kontrolundersøgelser i medfør af § 18, er dog i visse henseender begrænset af retssikkerhedsmæssige hensyn. Disse begrænsninger behandles i det følgende. Først behandles i afsnit 4.2.3.2 det forbud mod selvinkriminering, der gælder for virksomheder. Dernæst behandles spørgsmålet om virksomhedens legal professional privilege i afsnit 4.2.3.3. Afslutningsvis indeholder afsnit 4.2.3.4 bemærkninger til dokumenter, der er "out of scope".

4.2.3.2 Forbud mod selvinkriminering for virksomheder

Med den seneste ændring af konkurrenceloven, der trådte i kraft den 4. marts 2021, blev der indført en ny § 17 b som har følgende ordlyd:

"§ 10 i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter finder ikke anvendelse på krav til virksomheder eller virksomhedssammenslutninger om oplysninger efter § 17, gennemførelsen af et interview efter § 17 a eller afgivelsen af en mundtlig forklaring efter § 18, stk. 1, 3. pkt. De pågældende har pligt til at afgive oplysninger efter de nævnte bestemmelser, i det omfang dette er foreneligt med forbuddet mod selvinkriminering efter EU-retten."

Når konkurrencemyndighederne fremover pålægger virksomheder m.v. en form for oplysningspligt i medfør af konkurrencelovens §§ 17, 17 a og 18, stk. 1, er virksomhederne ikke længere beskyttet af det almindelige selvinkrimineringsforbud i retssikkerhedslovens § 10, men alene af det EU-retlige selvinkrimineringsforbud, som beskrives nedenfor.

Det følger af retssikkerhedslovens § 10, stk. 1, at

"Hvis der er konkret mistanke om, at en enkeltperson eller juridisk person har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf, gælder bestemmelser i lovgivningen m.v. om pligt til at meddele oplysninger til myndigheden ikke i forhold til den mistænkte, medmindre det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvejebragt, kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse."

Før indsættelsen af § 17 b kunne en virksomhed således nægte at udlevere oplysninger om sig selv under de i § 10 opregnede omstændighederbåde i forbindelse med indhentelse af oplysninger efter § 17 og under en kontrolundersøgelse iværksat af styrelsen efter den dagældende § 18. [133]

Efter den seneste ændring af konkurrenceloven af 4. marts 2021 sanktioneres virksomheders overtrædelse af konkurrenceloven ikke længere med straf, men med en civil bøde. Retssikkerhedslovens § 10 beskytter kun enkeltpersoner eller juridiske personer, som har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf. Da virksomheder ikke fremover ifalder strafansvar for at overtræde konkurrenceloven, finder bestemmelsen dermed ikke længere anvendelse i relation til virksomheders overtrædelse af konkurrenceloven.

Forbuddet mod selvinkriminering har altså for virksomheders vedkommende et andet og snævrere anvendelsesområde end før lovændringen, idet det nu er det EU-retlige selvinkrimineringsforbud, der finder anvendelse for virksomheder. Retssikkerhedslovens § 10 vil derimod fortsat finde anvendelse for fysiske personer, som forsætligt eller groft uagtsomt har medvirket til en overtrædelse af konkurrencereglerne, idet sådanne overtrædelser fortsat forfølges strafferetligt.

Før lovændringen kunne Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke selv gennemføre en kontrolundersøgelse efter den dagældende § 18, hvis styrelsen på forhånd havde en rimelig grund til at mistænke en virksomhed for at have overtrådt konkurrenceloven. I sådanne tilfælde skulle tvangsindgrebet ifølge retssikkerhedslovens § 9, som nævnt i afsnit 3.1, gennemføres af SØIK som en ransagning i strafferetsplejens former.[134] Fremover vil det som nævnt være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der foretager kontrolundersøgelser på alle formodninger og mistanker om overtrædelse af konkurrenceloven, da retssikkerhedslovens § 9 ikke længere finder anvendelse på konkurrencesager.

Baggrunden for indsættelsen af bestemmelsen i § 17 b skal findes i direktiv 2019/1, artikel 3 og præambelbetragtning 14. I de almindelige bemærkninger til lovforslaget anføres bl.a.:

> *"Forbuddet mod selvinkriminering er ikke udtrykkeligt nævnt i Chartret. Det indfortolkes dog i Chartrets artikel 48 om uskyldsformodningen og retten til et forsvar. Det bemærkes i den forbindelse, at ifølge den forklarende rapport til Chartret (Forklaringer til Chartret om grundlæggende rettigheder, 2007/C 303/02) er indholdet af Chartrets artikel 48 det samme som artikel 6, stk. 2 og 3, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), og at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har indfortolket et selvinkrimineringsforbud i EMRK artikel 6. Ifølge EU-praksis (særligt Domstolens dom af 18. oktober 1989 i sag 374/87,*

[133] Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1223.
[134] Ibid., s. 1231.

> *Orkem, og Rettens dom af 20. februar 2001 i sag T-112/98, Mannesmannröhren-Werke) har en virksomhed i sager vedrørende EUF-Traktatens artikel 101 eller 102 pligt til at medvirke aktivt til at oplyse en sag. Det indebærer, at en virksomhed skal forsyne Kommissionen med alt nødvendigt materiale vedrørende undersøgelsens genstand, som den pågældende måtte råde over. En virksomhed har således pligt til at afgive oplysninger af rent faktuel karakter samt at udlevere allerede eksisterende dokumenter, selv om oplysningerne kan anvendes som bevis for, at virksomheden har handlet i strid med EU-konkurrencereglerne.* ***En virksomhed har dog efter det EU-retlige selvinkrimineringsprincip ret til at nægte at besvare spørgsmål, hvis besvarelsen vil kunne tvinge virksomheden til at tilstå at have begået en retsstridig handling, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for. Det betyder eksempelvis, at en virksomhed ikke kan forpligtes til at vurdere eller kvalificere faktiske oplysninger eller dokumenter, f.eks. ved at oplyse formålet med et møde. En virksomhed kan tilsvarende f.eks. ikke forpligtes til at oplyse, hvad der blev besluttet på et møde, under omstændigheder, hvor konkurrencemyndighederne nærer mistanke om, at formålet med mødet var at indgå konkurrencebegrænsende aftaler*****. (Justitias fremhævelse).** *De anførte pligter og rettigheder gælder efter Kommissionens praksis under hele sagens behandling, dvs. også efter det tidspunkt, hvor virksomheden har modtaget en klagepunktsmeddelelse med Kommissionens udkast til afgørelse. Dette EU-retlige forbud mod selvinkriminering er anført i præamblen til Rådsforordning 1/2003, hvor det som supplement til Kommissionens mulighed for at kræve oplysninger, der er nødvendige for at afsløre overtrædelser af EUF-Traktatens artikel 101 eller 102, er anført i præambelbetragtning nr. 23, at virksomheder ikke kan pålægges at vedgå en overtrædelse; virksomheder er dog forpligtet til at besvare faktuelle spørgsmål og fremlægge dokumenter, selv om disse oplysninger kan blive brugt mod dem til at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af EUF-Traktatens artikel 101 eller 102."*[135]

Virkningen af den foreslåede bestemmelse vil ifølge bemærkningerne være, at en virksomhed eller virksomhedssammenslutning fortsat vil have ret til at nægte at besvare spørgsmål, hvis besvarelsen vil kunne tvinge virksomheden til at tilstå at have begået en retsstridig handling, som det påhviler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at føre bevis for. Virksomheder og virksomhedssammenslutninger vil dog have pligt til at medvirke aktivt til at oplyse en sag, hvad enten det drejer sig om et krav om oplysninger efter § 17, et interview efter § 17 a eller en mundtlig forklaring under en kontrolundersøgelse efter § 18, stk. 1. En virksomhed vil endvidere have pligt til at afgive oplysninger af rent faktuel karakter samt at udlevere allerede eksisterende dokumenter, selv om oplysningerne eller dokumenterne vil kunne anvendes som bevis for, at virksomheden har handlet i strid med loven eller EUF-Traktatens artikel 101 eller 102.[136]

[135] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, som fremsat, afsnit 2.7.1.2.
[136] Ibid., afsnit 2.7.2.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

Det anføres også i bemærkningerne, at direktiv 2019/1 ikke berører medlemsstaternes ret til at strafforfølge fysiske personer for overtrædelse af konkurrencereglerne. Dette vil således fortsat kunne ske efter de gældende regler og under iagttagelse af de gældende retssikkerhedsgarantier, herunder reglerne i retssikkerhedslovens § 10, stk. 1 og retsplejelovens § 171 om den manglende pligt for en parts nærmeste til at afgive forklaring som vidne.

Efter den seneste lovændring er retstilstanden herefter uændret for personer, som mistænkes for en strafbar overtrædelse af konkurrenceloven. Virksomheders overtrædelse af konkurrenceloven sanktioneres derimod efter lovændringen den 4. marts 2021 ikke længere med straf, men med en civil bøde, som kan pålægges, selv hvis virksomhedens overtrædelse af loven alene kan karakteriseres som simpelt uagtsom.

Som følge heraf vil virksomhederne, som nævnt ovenfor, fremover alene være beskyttet af det EU-retlige selvinkrimineringsforbud, hvis indhold er fastlagt i EU-Domstolens praksis. Den vigtigste praksis fra EU-Domstolen gennemgås i de specielle bemærkninger til lovforslaget, hvor det bl.a. anføres:

> *"I dom af 18. oktober 1989 i sag 374/87, Orkem, fastslog Domstolen, at Kommissionen har beføjelse til at pålægge en virksomhed at meddele alle nødvendige oplysninger om de omstændigheder, som virksomheden kan tænkes at være bekendt med. Endvidere kan Kommissionen pålægge en virksomhed at fremlægge de dokumenter om disse omstændigheder, som virksomheden er i besiddelse af. Denne pligt til at meddele de pågældende oplysninger eller dokumenter gælder, selv om oplysningerne eller dokumenterne vil kunne anvendes som bevis for, at en virksomhed har handlet i strid med EU-konkurrencereglerne. Derimod må Kommissionen ikke pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for (præmis-34-35 i dommen)."*[137]

Derudover gennemgås i bemærkningerne bl.a. EU-Domstolens dom af 20. februar 2001 i sag T-112/98, Mannes-Mannröhren-Werke, hvorom det af Erhvervsministeriet er anført i bemærkningerne:

> *"I forlængelse af Orkem-dommen fastslog Retten, at virksomheden var forpligtet til at besvare første del af Kommissionens anmodning, som alene vedrørte en begæring om oplysninger af faktisk karakter samt om fremlæggelse af allerede eksisterende dokumenter (præmis 70 i dommen). Hvad derimod angik den anden del af Kommissionens anmodning 87 – formålet med de afholdte møder samt de beslutninger, der blev truffet – fastslog Retten, at virksomheden ikke var forpligtet til*

[137] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, som fremsat, specielle bemærkninger til § 17 b i lovforslagets § 1, nr. 24.

at besvare disse spørgsmål. Der var efter Rettens opfattelse ikke kun tale om faktiske oplysninger, men derimod om oplysninger, som ville kunne tvinge virksomheden til at vedgå sin deltagelse i en ulovlig aftale, der stred imod de fællesskabsretlige konkurrenceregler (præmis 71 i dommen)."[138]

Erhvervsministeriet uddyber forståelsen af det EU-retlige forbud mod selvinkriminering for virksomheder og sammenfatter den fremtidige retstilstand med følgende bemærkninger:

"Forbuddet mod selvinkriminering er et dynamisk princip, som kan udvikles eller ændres af Unionsdomstolene. På EU-rettens nuværende stade vil den foreslåede bestemmelse indebære, at der ikke gælder en generel ret for virksomheder og virksomhedssammenslutninger i konkurrencesager til at nægte at besvare spørgsmål eller i øvrigt at medvirke til sagens oplysning. Virksomheder og virksomhedssammenslutninger vil således have pligt til at medvirke aktivt til at oplyse en sag, hvad enten det drejer sig om et krav om oplysninger efter § 17, et interview efter den foreslåede § 17 a eller en mundtlig forklaring under en kontrolundersøgelse efter § 18, stk. 1. En virksomhed eller en virksomhedssammenslutning vil skulle forsyne Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med alt nødvendigt materiale vedrørende undersøgelsens genstand, som den pågældende måtte råde over. En virksomhed vil endvidere have pligt til at afgive oplysninger af rent faktuel karakter samt at udlevere allerede eksisterende dokumenter, selv om oplysningerne eller dokumenterne vil kunne anvendes som bevis for, at en virksomhed har handlet i strid med loven eller EUF-Traktatens artikel 101 eller 102. En virksomhed eller en virksomhedssammenslutning har dog efter det EU-retlige forbud mod selvinkriminering i konkurrencesager ret til at nægte at besvare spørgsmål, hvis besvarelsen vil kunne tvinge virksomheden til at tilstå at have begået en retsstridig handling, som det påhviler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at føre bevis for. Det indebærer, at virksomheder ikke vil kunne forpligtes til at vurdere eller kvalificere faktiske oplysninger eller dokumenter, f.eks. ved at oplyse formålet med et møde. Virksomheder vil tilsvarende ikke kunne forpligtes til f.eks. at oplyse, hvad der blev besluttet på et møde, under omstændigheder, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nærer mistanke om, at formålet med mødet var at indgå konkurrencebegrænsende aftaler. Disse pligter og rettigheder gælder under hele sagens behandling i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, dvs. også efter det tidspunkt, hvor virksomheden har modtaget en klagepunktsmeddelelse med et udkast til afgørelse"[139]

[138] Ibid.
[139] Ibid.

Den ændring der med den seneste lovændring er sket i reglerne om oplysningspligt og selvinkriminering for virksomheder og de af deres ansatte, som ikke er under mistanke for en strafbar overtrædelse af konkurrencelovens regler, må ses i sammenhæng med ønsket om en ensartet regulering af rent nationale sager og sager, som også indebærer anvendelse af TEUF artikel 101 og 102. Ændringerne må også ses i sammenhæng med, at virksomheders overtrædelse af konkurrencereglerne ikke længere forfølges som straffesager, men som civile sager, som dels kan resultere i påbud om adfærdsændringer, dels i civile bøder. Endelig kan de, der har lidt tab ved en en virksomheds overtrædelse af konkurrenceloven, fremsætte erstatningskrav under en civil sag.

Retstilstanden efter den 4. marts 2021 kan herefter sammenfattes således, at fysiske personer, *som er under konkret mistanke for at have medvirket til en overtrædelse af konkurrenceloven,* fortsat er beskyttet af forbuddet mod selvinkriminering i retssikkerhedslovens § 10 og EMRK artikel 6. Hvis de sigtes, vil de endvidere være omfattet af den beskyttelse, som følger med en sigtets retsstilling.

Hvis personer derimod afkræves forklaring eller anmodes om at udlevere oplysninger *som repræsentant for en virksomhed*, der formodes at have overtrådt konkurrenceloven, er deres pligt til at medvirke efter lovændringen alene begrænset af det EU-retlige forbud mod selvinkriminering. De kan derfor ikke tvinges til at give oplysninger, som vil indebære, at virksomheden tvinges til at tilstå en overtrædelse af konkurrenceloven, men derudover har de pligt til aktivt at medvirke til at oplyse en sag, jf. nærmere herom ovenfor.

Med disse ændringer i retstilstanden efter den 4. marts 2021 er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens mulighed for at indsamle oplysninger fra virksomheder, som kan tjene som bevis for en overtrædelse af konkurrenceloven, således blevet væsentligt udvidet. Dette styrker håndhævelsen og har den tilsigtede konsekvens, at en virksomheds overtrædelse af konkurrencereglerne efter en kontrolundersøgelse eller gennemførelse af interviews med virksomhedens ansatte vil blive mødt med forbud og civile bøder for simpelt uagtsomme, groft uagtsomme eller forsætlige overtrædelser af konkurrenceloven.

Som beskrevet ovenfor indebærer den nugældende bestemmelse i konkurrencelovens § 17 b, at virksomheden - dvs. virksomhedens ledelse og andre ansatte, som må antages at sidde inde med relevant viden - har pligt til at besvare alle de spørgsmål, der stilles under kontrolundersøgelsen vedrørende undersøgelsens genstand. Spørgsmålene, som skal være meget præcist formuleret, begrænses emnemæssigt alene af det EU-retlige forbud mod selvinkriminering.

Selv om dette princip er ganske velbeskrevet i lovens forarbejder, vil der let kunne opstå vanskelige spørgsmål om oplysningspligtens afgrænsning. Det er derfor af stor betydning for virksomhedens og enkeltpersoners retssikkerhed, at virksomhedens advokat har mulighed for at bistå virksomheden og de personer, der stilles spørgsmål til. Hvis virksomheden tilkalder sin advokat under en kontrolundersøgelse, bør spørgsmål derfor afvente advokatens ankomst.

Ifølge forarbejderne har virksomheden, dens ledelse og medarbejdere pligt til at fremkomme med alle oplysninger om faktuelle forhold. De vil derimod ikke have pligt til at besvare spørgsmål, som indebærer en kvalificering eller vurdering af de faktuelle oplysninger.[140] Denne sondring kan være vanskelig. Der er således f.eks. pligt til at oplyse om, at der på en bestemt dato var et møde, samt hvem der deltog i mødet. Der er derimod ikke pligt til at oplyse, hvad der blev drøftet eller besluttet på mødet, hvis formålet med mødet var at indgå f.eks. konkurrencebegrænsende aftaler, idet virksomheden i så fald ville være tvunget til at tilstå en overtrædelse af konkurrenceloven. Har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på forhånd mistanke om, at dette var formålet med mødet, må styrelsen efter forarbejderne allerede af den grund afstå fra at spørge om formålet. Har styrelsen ikke på forhånd mistanke herom, er virksomheden under alle omstændigheder berettiget til at nægte at besvare spørgsmålet under henvisning til det EU-retlige forbud mod selvinkriminering. Opstår der uenighed om udstrækningen af selvinkrimineringsforbuddet, og dermed pligten til at svare, kan uenighed herom indbringes for Konkurrenceankenævnet i medfør af konkurrencelovens § 19, stk. 1, 2. pkt. Se yderligere herom i afsnit 5.3 nedenfor, hvor det også behandles, hvordan en person skal forholde sig som repræsentant for virksomheden, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen stiller og fastholder spørgsmål, som den pågældende ikke mener at være forpligtet til at svare på. Det samme gælder sanktioner i relation til tilsidesættelse af oplysningspligten.

Rent juridisk må det forudses, at afgrænsningen af, hvad ansatte på virksomhedens vegne på den ene side har pligt til at oplyse, og på den anden side kan nægte at oplyse med henvisning til det EU-retlige forbud mod selvinkriminering, kan blive ganske vanskelig. Det stiller store krav til den interne uddannelse i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at sætte medarbejderne i stand til at vejlede virksomhedens ansatte korrekt om retsstillingen.

De juridiske afgrænsningsproblemer, og dermed også problemerne med korrekt vejledning af virksomhedens ansatte, forstærkes af, at man i Danmark har opretholdt muligheden for at straffe den ansatte, der forsætligt eller groft uagtsomt har medvirket til virksomhedens overtrædelse af konkurrenceloven. Dette indebærer, at f.eks. en virksomheds direktør, som under en kontrolundersøgelse anmodes om at besvare spørgsmål på virksomhedens vegne, som udgangspunkt kan være forpligtet til at besvare et sådant i medfør af konkurrenceloven, men på den anden side kan være fritaget for at besvare spørgsmålet efter retssikkerhedslovens § 10, hvis han, på det tidspunkt hvor spørgsmålet stilles, med føje kunne mistænkes for en strafbar medvirken til overtrædelse af konkurrenceloven.

Styrelsen har i denne situation pligt til at vejlede den pågældende om retssikkerhedslovens § 10 og kan ikke undvige denne pligt ved at nedtone en i øvrigt berettiget mistanke. Det er åbenbart, at det af hensyn til såvel virksomhederne som deres ansattes retssikkerhed er helt afgørende, at

[140] Se de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. L 115, FT 20/21, som fremsat, afsnit 2.7.1.2 og de specielle bemærkninger til § 17 b. Bemærkningerne er citeret tidligere i dette afsnit.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens medarbejdere under kontrolundersøgelsen har fuldstændigt styr på de afgrænsningsproblemer, som den nye retstilstand giver anledning til.

Erhvervsministeren har oplyst, at "*der vil blive udarbejdet en intern vejledning til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens medarbejdere om forskellen på de to selvinkrimineringsprincipper, herunder om hvad principperne nærmere indebærer, og hvilke forhold medarbejderne særligt skal være opmærksomme på i forbindelse med afkrævning af oplysninger fra henholdsvis virksomheder og fysiske personer. Endvidere skal jeg bemærke, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i henhold til retssikkerhedslovens § 10, stk. 3, ligesom under de nuværende regler vil være forpligtet til at vejlede en fysisk person, som er under konkret mistanke for groft uagtsomt eller forsætligt at have medvirket til en virksomheds overtrædelse, om, at vedkommende ikke har pligt til at afgive oplysninger til styrelsen*".[141]

I betragtning af den meget store betydning for såvel virksomheders som enkeltpersoners retssikkerhed, der knytter til en korrekt og udførlig vejledning om de to omtalte selvinkrimineringsforbud, bør en sådan vejledning forelægges Konkurrencerådet til godkendelse, og den bør gøres tilgængelig for offentligheden på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside.

4.2.3.3 Legal professional privilege

Med en ny bestemmelse i konkurrencelovens § 19, stk. 1 – som i øvrigt behandles nedenfor i afsnit 5.3 - er det nu i loven fastslået, at afgørelser om fortrolighed af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat kan indbringes for Konkurrenceankenævnet.

Det er dermed nu fastslået i konkurrenceloven, at denne beskyttelse, som normalt betegnes legal professional privilege (eller forkortet LPP) ikke som hidtil beror på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens praksis og styrelsens vejledning om kontrolundersøgelser, og dermed en form for" soft law", men nu er en i loven anerkendt ret.

Forarbejderne til denne nye bestemmelse er beskedne. I bemærkningerne til lovforslaget om den seneste ændring af konkurrenceloven anføres følgende om legal professional privilege:

> *"I forbindelse med kontrolundersøgelser følger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen EU-princippet om fortroligheden af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat – princippet om legal professionel privilege. Hvis en virksomhed under en kontrolundersøgelse eller under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens efterfølgende søgninger i det datasikrede materiale fra kontrolundersøgelsen påberåber sig dette princip og angiver den nærmere begrundelse for, at princippet finder anvendelse på et dokument, som styrelsen ønsker adgang til, må styrelsen – ud fra virksomhedens forklaring og det kendskab, som styrelsen måtte have til*

[141] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, besvarelse af spørgsmål nr. 26.

dokumentet – træffe afgørelse om, hvorvidt dokumentet kan indgå i styrelsens sag. Går afgørelsen ud på, at dokumentet skal indgå i styrelsens sag, da dokumentet ud fra de oplysninger, styrelsen har kendskab til, ikke kan anses for omfattet af princippet om fortroligheden af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat, vil den pågældende virksomhed efter den foreslåede bestemmelse kunne indbringe denne afgørelse for Konkurrenceankenævnet. Da prøvelsen af afgørelsen ved Konkurrenceankenævnet vil dreje sig om, hvorvidt dokumentet er omfattet af det pågældende princip, vil ankenævnet skulle have adgang til at kunne læse dokumentet under behandlingen ved nævnet. Når ankenævnet frem til, at dokumentet er omfattet af princippet om fortroligheden af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat, vil konsekvensen være, at dokumentet ikke kan indgå i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sag."[142]

Inden det undersøges nærmere, hvad der ligger i det EU-retlige princip om legal professional privilege, og den måde det efter EU-retten skal forvaltes på, kan der være grund til at fastslå, at der her er tale om en ret, som tilkommer virksomheden - altså advokatens klient - og ikke advokaten. Retten beskytter fortroligheden af såvel fysiske som elektroniske dokumenter i virksomhedens besiddelse og må ikke forveksles med advokatens tavshedspligt, selv om der naturligvis er et overlap i de hensyn, der ligger bag begge regelsæt.

Advokatens tavshedspligt tager sit udgangspunkt i retsplejelovens § 126 om god advokatskik og de advokatetiske regler og retsplejelovens § 129, hvoraf det fremgår, at tilsidesættelsen af tavshedspligten er strafbar for advokaten og alle, der er partnere eller ansatte i den pågældende advokats virksomhed, jf. straffelovens § 152.[143] Advokaters tavshedspligt kan i visse tilfælde gennembrydes ved en beslutning truffet af domstolene, jf. retsplejelovens § 170.[144]

Legal professional privilege-modellen er indenfor for strafferetsplejen anerkendt i retsplejelovens § 794, stk. 3, men har ikke udenfor strafferetsplejen været generelt anerkendt i dansk ret. Det er dog værd at bemærke, at legal professional privilege af EMD anerkendes som en rettighed, der følger af EMRK artikel 8, som er inkorporeret i dansk ret ved lov.[145] Princippet må derfor - også uden specifik lovgivning herom - anses for en del af dansk ret, og praksis fra EMD kan derfor også bidrage til afgrænsningen af virksomheders og enkeltpersoners rettigheder i denne henseende under en kontrolundersøgelse efter konkurrenceloven.

[142] Gengivet i Erhvervsudvalgets betænkning af 28. januar 2021 til ændringsforslag til L 116, § 1, nr. 10) til nyt nr. 05.
[143] Mads Bryde Andersen: Advokatretten, 1. udgave (2005), s. 352 ff. og Sussie Sandra Suhr: Pligt til tavshed eller oplysning, Advokaten nr. 10, 2012, s. 36-39.
[144] Jens Møller m.fl.: Kommenteret Retsplejelov, 10. udgave (2018), bind 1, s. 465 ff.
[145] European Court of Human Rights: Guide on art. 8, 31. August 2020, s. 53 samt domstolens factsheet vedr. legal professional privilege fra november 2019.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

Det blev ved den seneste ændring af konkurrenceloven tilstræbt, at der skulle gælde samme regelgrundlag for behandlingen af rent nationale konkurrencesager som for behandlingen af sager, der involverer brugen af TEUF artikel 101 og 102. Det giver derfor god mening, at det, ifølge bemærkningerne til lovens § 19, stk. 1, er det EU-retlige princip om legal professional privilege, der skal lægges til grund i konkurrencesager. Dette indebærer, at beskyttelsen ikke altid vil være helt så bred som i national ret. Dette vil navnlig gælde i forhold til jurisdiktioner som bygger på principper i common law, hvor også materiale fra advokater ansat i virksomheden kan være beskyttet.[146]

Det er nærliggende at udlede af de ovenfor citerede bemærkninger til konkurrencelovens § 19, stk. 1, at det er Erhvervsministeriets opfattelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen allerede på ulovbestemt grundlag har administreret reglerne om legal professional privilege i overensstemmelse med EU-retten.

På Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside er styrelsens vejledning om kontrolundersøgelser fra 2016 det eneste dokument, som gengiver styrelsens retsopfattelse.[147] Vejledningen er ikke særligt detaljeret og synes på enkelte punkter ikke helt at afspejle de EU-retlige regler om legal professional privilege, som gennemgås længere nede i dette afsnit. I vejledningen anføres bl.a.:

> *"LPP er et beskyttelsesprincip, der indebærer, at korrespondance mellem en virksomhed og virksomhedens eksterne advokat ikke kan indgå i konkurrencemyndighedernes undersøgelse, når korrespondancen vedrører virksomhedens ret til at forsvare sig."*[148]

Der sondres her ikke mellem fysiske og elektronisk lagrede dokumenter, og begge dele er da også omfattet af legal professional privilege. Den videre afgrænsning i vejledningen synes næsten udelukkende at tage sit udgangspunkt i elektronisk lagrede dokumenter, hvorom anføres:

> *"Hvis styrelsen under søgningerne støder på et dokument, der muligvis kan være beskyttet efter LPP, eller hvis en tilstedeværende virksomhed anfører, at et dokument er beskyttet af LPP, vil sagsbehandleren kaste et kort blik på dokumentet i det omfang, det er nødvendigt, for at styrelsen kan vurdere, om det umiddelbart kan kategoriseres som LPP. Hvis det er tilfældet, vil styrelsen sørge for, at dokumentet ikke vises som resultat af efterfølgende søgninger, selvom det opfylder søgekriterierne. Hvis styrelsen ikke umiddelbart kan vurdere, om det pågældende dokument er omfattet af LPP, og*

[146] Jf. EU-Domstolens dom i Akzo Nobel sagen (C-550/07), hvor domstolen slog fast, at der i forbindelse med kontrolundersøgelser om overtrædelse af TEUF art. 101 og 102 ikke gælder legal privilege for in house lawyers i en jurisdiktion som Storbritannien, hvor national ret respekterer legal privilege for sådanne advokater.
[147] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Vejledning om kontrolundersøgelser, maj 2016.
[148] Ibid., s. 12.

virksomheden fortsat mener, at det er tilfældet, mærkes dokumentet med et 'LPP-tag', der angiver, at dokumentet muligvis er beskyttet af LPP."[149]

Det anføres endvidere på samme side i vejledningen, uden at der sondres mellem LPP-taggede dokumenter og andre taggede dokumenter, at:

"I enkelte tilfælde kan sagsbehandleren af efterforskningsmæssige årsager have behov for at arbejde lidt mere i dybden med et eller flere taggede dokumenter, mens søgefasen stadig er i gang. Hvis det er tilfældet, og sagsbehandleren printer et eller flere taggede dokumenter eller kopierer sådanne dokumenter elektronisk, vil sagsbehandleren samtidig printe et eksemplar til virksomheden, hvis denne overværer søgningen. Styrelsen vil herefter give virksomheden en rimelig frist til at angive, om den mener, at styrelsen er berettiget til at lægge det eller de taggede dokumenter på sagen. Fristen vil afhænge af det printede materiales omfang og vil blive fastsat på baggrund af en konkret vurdering. Da styrelsen sjældent vil printe store datamængder, vil fristen dog typisk være relativt kort. Hvis virksomheden tilkendegiver, at materialet kan lægges på sagen, kan styrelsen arbejde videre med dette materiale, mens søgefasen fortsætter for de øvrige elektroniske data. Hvis virksomheden ikke kan acceptere, at materialet lægges på sagen, må styrelsen fortsat kun arbejde med materialet i de særligt sikrede lokaler, hvor virksomheden skal have mulighed for at være til stede."[150]

Udsagnet synes at være i modstrid med dette senere udsagn ivejledningen om behandlingen af LPP-taggede dokumenter:

"Dokumenter som virksomheden mener er omfattet af LPP, kigger styrelsen ikke på. Styrelsen vil bede virksomheden om at dokumentere sin påstand om, at dokumenterne er omfattet af LPP ved at virksomheden anfører fx hvilken sag rådgivningen vedrører, og/eller hvilke konkrete forhold rådgivningen omfatter. Virksomheden skal ligeledes redegøre for, om indsigelsen gør sig gældende for hele dokumentet eller kun dele. Hvis styrelsen kan godtage virksomhedens forklaring og er enig i, at et eller flere dokumenter ikke skal indgå i sagen, vil disse dokumenter udgå. Hvis styrelsen, på trods af virksomhedens redegørelse, ikke føler sig overbevist om et eller flere dokumenters karakter, kan den kræve yderligere beviser fremlagt eller træffe en formel beslutning om at lade dokumentet indgå i sagen. Hvis styrelsen træffer en formel beslutning, vil den være skriftlig og angive en frist, efter hvilken styrelsen vil lægge dokumentet på

[149] Ibid., s. 14.
[150] Ibid.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

sagen. Virksomheden kan herefter indbringe styrelsens beslutning for domstolene, der i givet fald også må tage stilling til spørgsmålet om eventuel opsættende virkning."[151]

Som det fremgår af gennemgangen af EU-retten vedr. legal professional privilege nedenfor, synes det at være det sidste udsagn om, at man ikke kigger på dokumenter, som virksomheden mener er omfattede af LPP, der stemmer bedst med EU-retten.

EU-retten om legal professional privilege, som efter konkurrencelovens forarbejder nu må antages at have bindende virkning for såvel konkurrencemyndighederne som domstolene, tager sit udgangspunkt i dommerskabt ret. Her er det navnlig tre afgørelser fra EU-Domstolen (herefter benævnt "Domstolen"), og i en af sagerne tillige en afgørelse fra Retten i 1. Instans (herefter benævnt "Retten"), som har fastlagt retsstillingen ganske detaljeret.[152]

Af de tre afgørelser, og navnlig af Domstolens afgørelse i Akzo Nobel Chemicals-sagen, kan udledes, at det kun er relationen til virksomhedens eksterne advokat, som er omfattet af legal professional privilege. Dette er også lagt til grund ved udformningen af konkurrencelovens § 19, stk. 1.

Heri ligger navnlig, at virksomhedens relation til advokater, som står i et ansættelsesforhold til virksomheden (også betegnet in-house advokater), som udgangspunkt ikke er beskyttet af den EU-retlige definition af legal professional privilege.[153] Derimod er danske advokater, som udøver selvstændig advokatvirksomhed eller er ansat i en sådan virksomhed, omfattet af beskyttelsen. Det må dog antages, at også advokater ansat i f.eks. en lønmodtagerorganisation i visse tilfælde vil være omfattet af privilegiet, idet disse advokater efter retsplejelovens § 124, stk. 3 må udføre retssager og følgelig også rådgive indenfor foreningens interesseområde. Har en direktør i virksomheden, som kunne mistænkes for en strafbar overtrædelse af konkurrenceloven, søgt rådgivning om sin retsstilling hos en organisation, han er medlem af (f.eks. DJØF), og har der været korrespondance herom mellem ham og en advokat ansat i organisationen, må en sådan korrespondance således også være omfattet af legal professional privilege.

Det er imidlertid ikke kun danske advokater, som er omfattet af beskyttelsen. En del af de virksomheder, der kunne tænkes at blive underkastet en kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 1, vil være internationalt orienterede og vil derfor også ofte søge rådgivning hos advokater, som har hjemsted i andre lande end Danmark. I AM&S-sagen anerkendte Domstolen, at princippet om legal professional privilege kunne udstrækkes til alle eksterne

[151] Ibid., s. 16-17.
[152] Sag 155/79 AM&S mod Kommissionen, Sag T-30/89 Hilti mod Kommissionen og endelig de forenede Sager T-125/03 og T-253/03 Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommissionen.
[153] Se Francisco Enrique Gonzalez- Dias og Paul Stuart: Legal professional privilege under EU law: current issues, Competition Law and Policy Debate, Volume 3, Issue 3, september 2017, s. 56 ff., Morten Broberg: Legal professional privilege, Advokaten nr. 8, 2007 og Gitte Holtsø: Legal privilege og in-house jurister – EU-Domstolens afgørelse i Akzo/Akcros-sagen, artikel fra Plesner af 12. november 2020.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

advokater, som praktiserede i en EU-medlemsstat. Det fremgår af Domstolens dom i Akzo Nobel Chemicals-sagen, at kommissionen ikke skelnede mellem uafhængige advokater med beskikkelse i en EU-medlemsstat og uafhængige advokater fra andre jurisdiktioner.[154] Retsstillingen må herefter antages at være den, at kommunikation, som ville være beskyttet mellem virksomheden og en dansk advokat også vil være beskyttet mellem virksomheden og en udenlandsk advokat, som ikke er ansat i virksomheden, og som er autoriseret til at virke som advokat i sit hjemland.

I konkurrencelovens § 19, stk. 1 nævnes alene "korrespondancen mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat" som genstand for legal professional privilege. Den samme afgrænsning fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning.[155] Denne afgrænsning er imidlertid alt for snæver til at være i overensstemmelse med EU-retten, hvilket kan udledes af den afgørelse, som Retten traf i Akzo Nobel Chemicals-sagen.

Advokat Gitte Holtsø har korrekt sammenfattet den EU-retlige retsstilling for virksomheden således:

> *" Legal privilege omfatter:*
>
> - *Korrespondance, som er udvekslet med en uafhængig advokat, i det omfang advokaten er uafhængig og ikke er knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold, dvs. ikke interne jurister eller advokater*
> - *Et internt notat, som gengiver indholdet af en meddelelse fra eller til en sådan uafhængig advokat*
> - *Forberedende dokumenter, selv om der ikke har fundet nogen udveksling sted herom med en advokat, eller de ikke er blevet udarbejdet for at kunne tilsendes denne, men kun såfremt virksomheden kan godtgøre, at disse dokumenter er oprettet alene med det formål at indhente juridisk rådgivning hos en advokat med henblik på udøvelsen af retten til forsvar."*[156]

Det fremgår af Konkurrence– og Forbrugerstyrelsens vejledning om kontrolundersøgelser s. 14, som er citeret tidligere i dette afsnit, at styrelsen i visse tilfælde anser sig for berettiget til at kaste et kort blik på et dokument med henblik på at vurdere, om det efter styrelsens opfattelse er omfattet af legal professional privilege.

Styrelsens vejledning nævner ikke noget specifikt om behandlingen af fysiske dokumenter, som findes under kontrolundersøgelsen, men det er nærliggende at antage, at styrelsen også i sådanne tilfælde vil anse sig for berettiget til at "kaste et kort blik på dokumentet". Denne fremgangsmåde er

[154] Se Francisco Enrique Gonzalez- Dias og Paul Stuart: Legal professional privilege under EU law: current issues, Competition Law and Policy Debate, Volume 3, Issue 3, september 2017, s. 59-61.
[155] Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om kontrolundersøgelser fra maj 2016, s. 12.
[156] Gitte Holtsø: Legal privilege og in-house jurister – EU-Domstolens afgørelse i Akzo/Akcros-sagen, artikel fra Plesner af 12. november 2020.

imidlertid ikke i overensstemmelse med afgørelsen fra Retten i Akzo Nobel Chemicals-sagen. Professor Morten Broberg har korrekt sammenfattet retstilstanden således:

> *"For så vidt angår den procedure, som Kommissionen skal følge i forbindelse med en kontrolundersøgelse, fastslog Retten, at den virksomhed, som er genstand for undersøgelsen, ikke er forpligtet til at afsløre indholdet af et givent dokument, såfremt virksomheden kan fremlægge materiale, der godtgør, at dokumentet har en sådan fortrolig karakter, at det kan tilbageholdes. Retten udledte heraf, at virksomheden var berettiget til at afslå at give Kommissionen adgang til at foretage selv en flygtig gennemkigning af dokumenter, ifald virksomheden var af den opfattelse, at dette ville give Kommissionen indsigt i dokumentets indhold, og under forudsætning af, at virksomheden begrundede dette over for Kommissionens repræsentanter.*
>
> *Hvis Kommissionen ikke var enig i virksomhedens vurdering, ville den være berettiget til at lægge en kopi af dokumentet i en forseglet kuvert med henblik på en efterfølgende afklaring af tvisten. Gennem denne salomoniske løsning søgte Retten både at sikre, at retten til "legal professional privilege" blev respekteret og at sikre, at virksomheden ikke gennem en uberettiget påberåbelse af retten til fortrolighed kunne skjule eller ændre dokumentet.*
>
> *Retten i Første Instans fastslog endvidere, at Kommissionen ikke var berettiget til at læse de omtvistede dokumenter uden først at træffe en afgørelse, som virksomheden kunne indbringe for Retten. Virksomheden skulle med andre ord gives adgang til at få en retslig prøvelse af spørgsmålet, inden Kommissionen eventuelt læste dokumenterne."*[157]

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilgang, hvorefter en medarbejder kan kaste et kort blik på et dokument, som virksomheden gør gældende er omfattet af legal professional privilege, er altså ikke i overensstemmelse med EU-retten.

Er der tale om et fysisk dokument, fremgår det af Akzo Nobel Chemicals-dommen, at det uden gennemlæsning skal lægges i en forseglet kuvert. Er der tale om et elektronisk dokument, må det uden gennemlæsning tagges og sikres mod gennemlæsning af styrelsens medarbejdere. Se afsnit 5.3 nedenfor vedr. den videre behandling af en tvist om et dokuments status.

Den seneste lovændring bygger som nævnt på, at der ikke i administrationen af konkurrencereglerne skal være forskel på behandlingen af rent nationale sager og sager, som indebærer anvendelsen af regler i TEUF. Efter forarbejderne til konkurrencelovens § 19, stk. 1 må det derfor være således, at danske konkurrencemyndigheder og domstolene fremover skal fortolke og anvende reglerne om

[157] Morten Broberg: Legal professional privilege, Advokaten nr. 8, 2007.

legal professional privilege i overensstemmelse med EU-retten, både for så vidt angår beskyttelsens omfang og fremgangsmåden under kontrolundersøgelsen.

Som anført ovenfor kan en protest mod inddragelsen af et fysisk eller elektronisk dokument fremsættes allerede mens, kontrolundersøgelsen finder sted. For elektroniske dokumenter vil det i praksis nok nærmere være i den efterfølgende undersøgelsesfase nævnt i konkurrencelovens § 18, stk. 4, at det vil være praktisk muligt at identificere dokumenter, som virksomheden eller dens advokat mener skal holdes uden for undersøgelsen. Dette skyldes, at der som udgangspunkt foretages en fuldstændig spejling af virksomhedens elektronisk lagrede dokumenter under selve kontrolundersøgelsen. Det kan derfor næppe undgås, at dokumenter omfattet af legal professional privilege spejles.[158] Det er således af afgørende betydning, at virksomheden udnytter sin ret efter § 18, stk. 4 til at overvære, at de indsamlede data gøres tilgængelige for læsning og gennemgås, så virksomheden har mulighed for at fremsætte en protest. Det må antages, at styrelsen ikke har ret til at gøre sig bekendt med indholdet af et elektronisk dokument, som virksomheden eller en person, som er under mistanke, gør gældende er omfattet af legal professional privilege.[159]

Det må antages, at styrelsen ikke har lov til at gøre sig bekendt med indholdet af et elektronisk dokument, som virksomheden eller en person som er under mistanke gør gældende er omfattet af legal professional privilege.[160]

En virksomhed kan selvsagt ikke blot uden nogen begrundelse hævde, at et fysisk eller elektronisk dokument er omfattet af legal professional privilege. Virksomheden eller dennes advokat må - uden at røbe indholdet af dokumentet - forklare fra hvem dokumentet hidrører, hvem der er dets adressat, den sammenhæng dokumentet indgår i og andre oplysninger, som kan begrunde, at det er omfattet af legal professional privilege, således som dette begreb er fastlagt i EU-retten.

Der er desværre eksempler på, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke har respekteret princippet om legal professional privilege, jf. bl.a. Glostup rets dom af 21. april 2017 i sag 15-2543.[161] I denne straffesag for overtrædelse af konkurrenceloven blev tiltalte foreholdt "advarsler" fra sin advokat, der synes indsamlet under en kontrolundersøgelse.

4.2.3.4 Særligt om dokumenter "out of scope"

Som det fremgår ovenfor under afsnit 4.2.3.2 vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen under en kontrolundersøgelse i medfør af § 18, stk. 1 kunne afkræve virksomheden ethvert dokument, alle data og andre oplysninger af betydning for styrelsens sagsbehandling, også når de faktuelle oplysninger vil kunne indgå som bevis for, at virksomheden har overtrådt konkurrenceloven. De

[158] Christian Bergqvist: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 856.
[159] Ibid., men cfr. Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1249.
[160] Ibid., men cfr. Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1249.
[161] Refereret i Christian Bergqvist: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 857, note 56.

eneste undtagelser herfra er dokumenter eller elektroniske meddelelser, som ikke er omfattet af undersøgelsens genstand - et såkaldt "out of scope" dokument -, eller dokumenter og andre meddelelser, som kan være omfattet af legal professional privilege.

Hvorvidt et dokument eller andre oplysninger indsamlet under kontrolundersøgelsen er "out of scope" må afgøres på grundlag af styrelsens begæring om retskendelse efter § 18, stk. 3 og selve retskendelsen. Dette understreger betydningen af, at genstanden for kontrolundersøgelsen afgrænses præcist i rettens kendelse, da denne udgør det egentlige grundlag for kontrolundersøgelsen.

Er kontrolundersøgelsen således begæret på grundlag af en mistanke om overtrædelse af konkurrencelovens § 6, kan styrelsen ikke medtage oplysninger, som vedrører en overtrædelse af § 11, idet sådanne oplysninger vil være "out of scope" og altså ikke en del af genstanden for kontrolundersøgelsen. I et sådant tilfælde må styrelsen derfor anmode retten om en ny kendelse, som også angår overtrædelse af konkurrencelovens § 11, hvis oplysningerne skal inddrages.[162]

Der kan vedrørende behandling og registrering af dokumenter og andre oplysninger, herunder elektroniske data, henvises til konkurrencelovens § 18, stk. 4-7 og til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om kontrolundersøgelser fra maj 2016, som forventes at blive opdateret i den nærmeste fremtid.

Det må imidlertid understreges, at det af hensyn til virksomhedens retssikkerhed er meget vigtigt, at repræsentanter for virksomheden, og helst også virksomhedens advokat, meget nøje følger registreringen af dokumenter, herunder elektronisk lagrede dokumenter. Det er hertil vigtigt, at virksomheden sørger for straks under kontrolundersøgelsen, eller senest i den såkaldte "stand still"-periode på 10 dage efter udløbet af 40 dages-fristen i konkurrencelovens § 18, stk. 4, at protestere mod inddragelsen af "out of scope"-dokumenter og dokumenter omfattet af legal professional privilege.

Kan virksomheden og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke senest ved udløbet af stand still-perioden opnå enighed om, hvorvidt et dokument eller anden meddelelse falder uden for rammerne af kontrolundersøgelsen, kan styrelsens afgørelse herom ikke indbringes for Konkurrenceankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1, 1. pkt. Vil virksomheden derfor anfægte, at et dokument skal indgå i undersøgelsen, må spørgsmålet herom indbringes for domstolene. Det naturlige vil være at anlægge sagen ved Sø- og Handelsretten, som efter de nye regler er den ret, der afsiger den kendelse, der tillader og afgrænser kontrolundersøgelsen. Et sådant sagsanlæg har ikke opsættende virkning, medmindre styrelsen diskretionært beslutter at tillægge sagsanlægget denne retsvirkning.

[162] Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1244, hvor det dog på et meget tvivlsomt grundlag antages, at dokumenterne alligevel kan medtages af styrelsen som "tilfældighedsfund".

4.2.4 Fysiske personers oplysningspligt, når disse er under mistanke for medvirken til overtrædelse af konkurrenceloven

Når der gennemføres en kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 1, vil de spørgsmål, der stilles om virksomhedens forhold, blive stillet til fysiske personer, som enten er en del af virksomhedens ledelse eller ansat i virksomheden. Den seneste lovændring, som medførte, at virksomheder ikke længere forfølges strafferetligt for overtrædelser af konkurrenceloven, muliggjorde samtidig overgangen til anvendelsen af det EU-retlige selvinkrimineringsforbudi relation til, hvad sådanne fysiske personer har pligt til at svare på vedrørende virksomhedens forhold.

Ved ændringen af konkurrenceloven valgte man imidlertid at opretholde muligheden for at straffe fysiske personer for groft uagtsom eller forsætlig overtrædelse af konkurrenceloven. Straffen kan i særlige tilfælde være helt op til ubetinget fængsel i halvandet år. Det siges herom i de særlige bemærkninger til lovforslaget til den seneste ændring af konkurrenceloven, at

> *"Direktiv 2019/1 berører ikke medlemsstaternes ret til at strafforfølge fysiske personer for overtrædelse af konkurrencereglerne, hvilket fortsat vil kunne ske efter de gældende regler og under iagttagelse af de gældende retssikkerhedsgarantier, herunder reglerne i retssikkerhedslovens § 10, stk. 1, og retsplejelovens § 171 om den manglende pligt for en parts nærmeste til at afgive forklaring som vidne."*[163]

En fysisk persons pligt til at skulle afgive oplysninger under en kontrolundersøgelse vil således skulle vurderes efter retssikkerhedslovens § 10, hvis personen er under konkret mistanke for groft uagtsomt eller forsætligt at have medvirket til en virksomheds overtrædelse af konkurrencereglerne. Retssikkerhedslovens § 10, stk. 1 reflekterer i sit indhold den praksis, der har udviklet sig i relation til EMRK artikel 6. Dette indebærer, at en person, der er sigtet eller tiltalt for en forbrydelse, ikke har pligt til at udtale sig om det påståede lovbrud og ikke kan tvinges til at medvirke til en opklaring heraf. Retssikkerhedslovens § 10, stk. 1 regulerer de tilfælde, hvor der i loven er fastsat en pligt til at give oplysninger til en offentlig myndighed. Bestemmelsen gælder også i de tilfælde, hvor en tilsidesættelse af oplysningspligten kan sanktioneres med tvangsbøder eller straf.[164]

I situationer omfattet af retssikkerhedslovens § 10, stk. 1 har en fysisk person ikke *pligt* til at svare på spørgsmål – heller ikke vedrørende virksomhedens forhold –, hvis styrelsen har en konkret mistanke mod den pågældende på det tidspunkt, hvor spørgsmålet stilles. En sådan person har dog mulighed for efter vejledning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at meddele samtykke til at afgive oplysninger, jf. retssikkerhedslovens § 10, stk. 3. Vejledningen skal angå det forhold, at den mistænkte person ikke har pligt til at meddele oplysninger, som kan have betydning for bedømmelsen af den lovovertrædelse, som personen er under mistanke for.

---

[163] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, som fremsat, specielle bemærkninger til § 1, nr. 24.

[164] Om anvendelsen af retssikkerhedslovens § 10 i konkurrencesager se også Ole Hasselgaard m.fl.: Retssikkerhedsloven med kommentarer, 1. udgave (2005), s. 170 ff.

Før den seneste ændring af konkurrenceloven af 4. marts 2021 var fysiske personers oplysningspligt altid begrænset af retssikkerhedslovens § 10, uanset om de var mistænkt for at have medvirket til lovovertrædelsen eller blot blev stillet spørgsmål om virksomhedens forhold på baggrund af en formodning mod virksomheden.. Efter lovændringen gælder dette kun førstnævnte fysiske personer, mens oplysningspligten for fysiske personer, der ikke på det tidspunkt, hvor spørgsmålene stilles, er mistænkt for at have medvirket til lovovertrædelsen, alene er begrænset af det EU-retlige selvinkrimineringsforbud.

Når fysiske personer afkræves en forklaring inden en kontrolundersøgelse, kan der altså opstå et afgrænsningsproblem både i forhold til det EU-retlige selvinkrimineringsforbud, som er beskrevet ovenfor, og i forhold til selvinkrimineringsforbuddet i retssikkerhedslovens § 10.

Dette uddybes i ovennævnte lovforslags bemærkninger til § 1, nr. 24 således:

> *"Bestemmelsen i retssikkerhedslovens § 10, stk. 1 indebærer, at en fysisk person, som er under konkret mistanke for groft uagtsomt eller forsætligt at have medvirket til en virksomheds eller virksomhedssammenslutnings overtrædelse af konkurrencereglerne, ikke har pligt til at svare på spørgsmål – heller ikke selv om disse spørgsmål måtte angå virksomhedens forhold – hvis der foreligger en sådan mistanke på det tidspunkt, hvor spørgsmålet stilles. Baggrunden herfor er, at den pågældende ved at besvare spørgsmål om virksomhedens forhold vil kunne risikere at inkriminere sig selv. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil skulle vejlede en konkret mistænkt fysisk person om, at vedkommende ikke har pligt til at svare på styrelsens spørgsmål. Den pågældende har dog mulighed for at meddele samtykke til at afgive oplysninger, jf. retssikkerhedslovens § 10, stk. 3. Bestemmelsen i retssikkerhedslovens § 10, stk. 1, finder alene anvendelse på fysiske personer, som er under konkret mistanke for groft uagtsomt eller forsætligt at have medvirket til en virksomheds eller virksomhedssammenslutnings overtrædelse, og kun hvis der foreligger en sådan mistanke på det tidspunkt, hvor spørgsmålet stilles. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil derfor have mulighed for at stille spørgsmål til fysiske personer, som ikke er under en sådan konkret mistanke".*

Spørgsmålet om hvor stærkt mistankekravet skal være for at bringe retssikkerhedslovens § 10 i anvendelse er illustreret i erhvervsministerens svar på spørgsmål. 25, som blev stillet den 20. januar 2021 under behandlingen af den seneste ændring af konkurrenceloven. Ministeren citerede i besvarelsen følgende fra forarbejderne til § 10:

> *"Med hensyn til kravet om, at der skal foreligge en konkret mistanke, må det som udgangspunkt være afgørende, om myndighedens mistanke er så stærk, at der ville*

> *være grundlag for inden for strafferetsplejen at rejse en sigtelse eller at tillægge vedkommende en sigtets rettigheder. Der skal således foreligge omstændigheder, spor mv., som på objektivt grundlag og med rimelighed kan tale for vedkommendes mulige skyld. En person skal normalt anses for sigtet, når mistanken samler sig om vedkommende, og efterforskningen direkte retter sig mod den pågældende og ikke mod en bredere kreds. Det forudsættes, at det er den myndighed, der i givet fald skal anvende oplysningspligten, som i almindelighed foretager vurderingen af, om der er grundlag for en konkret mistanke."*[165]

Også i relation til bestemmelsen i retssikkerhedslovens § 10, stk. 1 vil der kunne opstå vanskelige afgrænsningsspørgsmål bl.a. i forhold til tilregnelsesspørgsmålet. Har en person alene ved simpel uagtsomhed medvirket til virksomhedens overtrædelse af konkurrencereglerne, kan den pågældende ikke ifalde personligt strafansvar, da dette som minimum kræver grov uagtsomhed. Den pågældende har derfor som udgangspunkt pligt til at svare på styrelsens spørgsmål, medmindre vedkommende ved at besvare spørgsmålet på virksomhedens vegne tvinges til at tilstå, at virksomheden har overtrådt konkurrencereglerne, jf. ovenfor om virksomheders oplysningspligt. Omvendt er der en risiko for, at en person, som ikke er under konkret mistanke for en groft uagtsom eller forsætlig overtrædelse af konkurrenceloven, under en afhøring med udgangspunkt i de EU-retlige selvinkrimineringsregler utilsigtet kommer til at røbe forhold, som senere vil kunne anvendes mod den pågældende som bevis under en straffesag.

Erhvervsministeren behandlede denne problemstilling i sinbesvarelse af spørgsmål 27, som blev stillet den 20. januar 2021 af Folketingets Erhvervsudvalg. Spørgsmålet lød:

> *"Kan ministeren oplyse, om oplysninger indhentet fra personer i medfør af de foreslåede § 17, stk. 2, eller § 17 a, jf. § 17 b, i konkurrenceloven, som ikke på det tidspunkt, hvor oplysningerne indhentes, er under konkret mistanke for at have begået strafbare forhold, senere vil kunne anvendes som grundlag for en domfældelse i en efterfølgende straffesag mod de pågældende personer, såfremt mistankegrundlaget ændres og resulterer i, at sagen overgives til SØIK med henblik på tiltalerejsning i strafferetsplejens former?"*

Hertil svarede erhvervsministeren følgende:

> *"Jeg kan oplyse, at en fysisk person, som er under konkret mistanke for groft uagtsomt eller forsætligt at have medvirket til en virksomheds overtrædelse af konkurrencereglerne, ikke har pligt til at afgive oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Det følger af forbuddet mod selvinkriminering i retssikkerhedslovens § 10, stk. 1. Omvendt vil en fysisk person, som ikke er under en*

[165] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, besvarelse af spørgsmål 25.

sådan konkret mistanke, have pligt til at afgive oplysninger i henhold til bestemmelserne i konkurrencelovens § 17, § 17 a og § 18, stk. 1, 3. pkt. Det skyldes, at en fysisk person, som ikke er under konkret mistanke for groft uagtsomt eller forsætligt at have medvirket til en virksomheds overtrædelse, ikke risikerer at inkriminere sig selv. Det kan hænde, at der efterfølgende opstår et tilstrækkeligt mistankegrundlag mod en fysisk person til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder grundlag for at anmelde den pågældende til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK). I så fald vil sagens relevante oplysninger blive medsendt anmeldelsen, herunder eventuelt oplysninger som den fysiske person måtte have afgivet til styrelsen, før der opstod en konkret mistanke mod vedkommende. Det vil herefter være SØIK's kompetence at vurdere, om oplysningerne har en karakter, der egner sig til fremlæggelse under en straffesag, og det vil være domstolenes kompetence at vurdere de konkrete oplysningers bevisværdi. Bestemmelserne om, hvornår en fysisk person har pligt til at afgive oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen følger af retssikkerhedslovens § 10, som ikke ændres med lovforslaget. Det er derfor allerede i dag sådan, at hvis en ikke-mistænkt fysisk person afgiver oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og vedkommende senere kommer under konkret mistanke, vil de oplysninger, som vedkommende har afgivet til styrelsen, kunne anvendes i en eventuel straffesag mod den pågældende. Det ændrer lovforslaget ikke på."[166]

Den omstændighed at en person har besvaret et spørgsmål, som han eller hun ikke havde pligt til at svare på, udelukker efter dansk ret således ikke i sig selv anklagemyndigheden fra at anvende de notater, som Konkurrences- og Forbrugerstyrelsens medarbejdere måtte have udfærdiget, som bevis under en senere straffesag mod den pågældende. Retten må selvsagt nøje overveje bevisværdien af sådanne notater, navnlig hvis den pågældende som tiltalt nægter at udtale sig om forholdet.[167]

Også i relation til afhøring af enkeltpersoner under en kontrolundersøgelse i medfør af konkurrencelovens § 18, stk. 1 er det ganske vigtigt, at de pågældende bistås af en advokat. Advokaten bør sikre, at det afklares, om den pågældende er mistænkt for groft uagtsomt eller forsætligt at have overtrådt konkurrenceloven, inden et spørgsmål besvares. Hvis dette er tilfældet, skal advokaten sikre, at den pågældende ikke besvarer spørgsmål, ikke er pligt der til at svare på, medmindre den pågældende efter vejledning fra styrelsen og sin advokat vælger at besvare spørgsmålet i medfør af retssikkerhedslovens § 10, stk. 3. Det er af stor betydning, at virksomheden og dens medarbejdere og advokat løbende i processen meget nøje overvejer, hvilke spørgsmål der retter sig til virksomheden og ansatte i virksomheden som repræsentanter for denne, og hvilke der retter sig til enkeltpersoner i deres personlige egenskab.

[166] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, besvarelse af spørgsmål 27.
[167] Se U 2000.1309H og Ole Hasselgaard m.fl.: Retssikkerhedsloven med kommentarer, 1. udgave (2005), s. 147-148.

Både spørgsmål om enkeltpersoners ret til at nægte at svare på spørgsmål under henvisning til retssikkerhedslovens § 10, stk. 1 og virksomheders ret til at nægte at besvare spørgsmål under henvisning til det EU-retlige selvinkrimineringsforbud, jf. konkurrencelovens § 17 b, sidste pkt., kan i tilfælde af tvist herom mellem styrelsen og den pågældende indbringes for Konkurrenceankenævnet. Se yderligere herom i afsnit 5.3 nedenfor, hvor det også behandles, hvordan en virksomhed eller en person skal forholde sig, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen stiller og fastholder spørgsmål, som den pågældende ikke mener at være forpligtet til at svare på. Det samme gælder sanktioner i relation til tilsidesættelse af oplysningspligten.

4.2.5 Særligt om enkeltmandsvirksomheders retsstilling

Som nævnt ovenfor er en virksomheds overtrædelse af konkurrencelovens §§ 6 og 11 samt TEUF artikel 101 og 102 efter den netop gennemføre ændring af konkurrenceloven ikke længere en strafbar handling. Sager mod virksomheder behandles derfor i det hele som civile sager og sanktionen for overtrædelse er en civil bøde. Danmark har, i modsætning til en række andre af EU's medlemslande, valgt ved siden af dette system at opretholde en ordning, hvor enkeltpersoner kan forfølges strafferetligt for overtrædelse af konkurrenceloven, jf. lovens § 23, hvor strafferammen går helt op til fængsel i 1 år og 6 måneder for overtrædelse af kartelreglerne. Tilregnelseskravet er uændret grov uagtsomhed eller fortsæt. Sådanne personer er beskyttet mod selvinkriminering efter retssikkerhedslovens § 10, og skal dokumenter eller lignende sikres som bevis, sker det under en ransagning i strafferetsplejens former.

Det lader til, at det ved den seneste ændring af konkurrenceloven er blevet overset, at et meget stort antal danske virksomheder drives som personligt ejede enkeltmandsvirksomheder. Sådanne virksomheder, som er omfattet af konkurrencelovens virksomhedsbegreb,[168] kan spænde fra virksomheder, hvor kun ejeren arbejder, til større virksomheder med mange ansatte. Ofte vil indehaverens ægtefælle og børn også være involveret i driften af sådanne virksomheder. Enkeltmandsvirksomheden er i mange tilfælde et relevant alternativ til selskabsformer med begrænset ansvar, bl.a. fordi man i Danmark skattemæssigt har mulighed for at benytte sig af en beskatningsmodel, som i vidt omfang sidestiller enkeltmandsvirksomheder med virksomheder drevet i selskabsform.

Enkeltmandsvirksomheden kan i princippet idømmes en civil bøde for en simpelt uagtsom overtrædelse af konkurrenceloven. Hvis ejeren har overtrådt loven forsætligt eller ved grov uagtsomhed opstår dog spørgsmålet, om sagen skal forfølges i det civilretlige bødesystem, eller om der i det strafferetlige system skal rejses en straffesag mod ejeren af virksomheden.[169]

[168] Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 74-75.
[169] Ibid., s. 1354 ff.

Skal der gennemføres en indsamling af oplysninger i virksomheden, synes det også at være noget tvivlsomt, om der skal gennemføres en kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 1 eller en ransagning efter retsplejelovens § 794. Det må i denne forbindelse bemærkes, at det mistankegrundlag, som kan begrunde en kontrolundersøgelse, er et andet og lempeligere end det mistankekrav, der skal være opfyldt for at gennemføre en ransagning i strafferetsplejen former.

Gennemføres en kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens regler, vil der meget hurtigt opstå det spørgsmål, om ejerens oplysningspligt alene begrænses af det EU-retlige selvinkrimineringsforbud, eller om ejeren kan påberåbe sig retssikkerhedslovens § 10. Og hvad med ejerens ægtefælle og børn, som arbejder i virksomheden, og som er omfattet af vidnefritagelsesgrundene i retsplejelovens § 171. Har de pligt til at svare på spørgsmål under en kontrolundersøgelse eller et interview, med risiko for at inkriminere ejeren, og til at afgive forklaring om forhold, de vil være fritaget for at forklare om under en strafferetlig efterforskning eller en retssag?

Alle disse retssikkerhedsmæssigt særdeles vigtige problemstillinger er helt ubelyste i konkurrencelovens forarbejder. Forarbejderne bidrager således ikke med en afklaring af, hvordan problemstillingerne skal løses.

Spørgsmålet er herefter, hvordan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bør forholde sig, såfremt der er behov for at gennemføre en uvarslet kontrolundersøgelse i en enkeltmandsvirksomhed. I disse overvejelser må både hensynet til en effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne og hensynet til eneejerens retssikkerhed indgå.

Tærsklen for at gennemføre en kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 1 er, som nævnt i afsnit 3.1.1.2, at der skal være en formodning om, at virksomheden har overtrådt konkurrencereglerne samt en rimelig grund til mistanke om, at der kan findes relevante beviser for overtrædelse af konkurrenceloven ved en kontrolundersøgelse.

Efter retsplejelovens § 794 er betingelserne for at foretage en ransagning i strafferetsplejens former, at ejeren af enkeltmandsvirksomheden med rimelig grund er mistænkt for forsætligt eller groft uagtsomt at have overtrådt straffebestemmelsen i konkurrencelovens § 23, og at ransagningen må antages at være af væsentlig betydning for efterforskningen. Herudover er det et krav, at overtrædelsen enten kan medføre fængselsstraf, eller at der er bestemte grunde til at antage, at der ved ransagningen kan findes beviser i sagen eller genstande, der kan beslaglægges.

Betingelserne for ransagning kan være svære at opfylde for konkurrencemyndighederne, og den praktiske løsning vil derfor i mange tilfælde være, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indleder en kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 1. Dette er muligt, fordi konkurrencelovens § 18, stk. 1 nu fastslår, at retssikkerhedslovens § 9 ikke finder anvendelse ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser mod virksomheder, hvilket betyder, at disse ikke længere

skal gennemføres som ransagninger i strafferetsplejens former i de tilfælde, hvor styrelsen har en rimelig mistanke mod virksomheden om at have begået en strafbar lovovertrædelse.

Ved gennemførelsen af en sådan undersøgelse må Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen imidlertid, af hensyn til ejerens retssikkerhed, være særdeles tilbageholdende med at stille spørgsmål alene med udgangspunkt i det EU-retlige forbud mod selvinkriminering. Dette skyldes, at et spørgsmål jo i realiteten altid vil rette sig både mod personen og virksomheden, da der er identitet mellem disse. Har styrelsen mistanke om, at virksomheden - og dermed i realiteten også ejeren - har overtrådt konkurrenceloven eller TEUF artikel 101 eller 102 forsætligt eller groft uagtsomt, vil det rigtigste derfor være at vejlede ejeren også om selvinkrimineringsreglerne i retssikkerhedslovens § 10 og acceptere, at denne bestemmelse angiver grænserne for, hvad ejeren har pligt til at svare på.

Under en kontrolundersøgelse efter § 18, stk. 1 i enkelmandsvirksomheder bør reglerne om vidnefritagelse i retsplejelovens § 171 respekteres. Dette indebærer, at en medhjælpende ægtefælle og ansatte børn eller en samlever bør vejledes om, at de ikke har pligt til at afgive forklaring. Baggrunden for denne anbefaling er, at det vil være et alvorligt indgreb i eneejerens retssikkerhed, hvis en forklaring fra en person, som er fritaget fra vidnepligt, og som ikke er vejledt om vidnefritagelsesreglerne, senere udgør det bevis, som er med til at danne grundlag for en sigtelse/tiltale mod eneejeren for overtrædelse af konkurrenceloven.

Står det allerede på det tidspunkt, hvor en kontrolundersøgelse overvejes, klart, at betingelserne for at foretage en ransagning efter retsplejelovens § 794 er opfyldt, bør Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afstå fra selv at gennemføre en kontrolundersøgelse og i stedet anmode SØIK om at forsøge at gennemføre en ransagning efter at have indhentet en retskendelse herom. Herved vil eneejeren nyde godt af de retssikkerhedsgarantier, som strafferetsplejen rummer, herunder forbuddet mod selvinkriminering.

4.3 Kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 a

Inden den seneste ændring af konkurrenceloven indeholdt loven ikke hjemmel til, at der kunne foretages kontrolundersøgelser i andet end virksomhedens egne lokaler, grunde eller transportmidler. Det er imidlertid påkrævet efter artikel 7 i direktiv 2019/1, at en national konkurrencemyndighed også kan foretage kontrolundersøgelser i andre lokaler, grunde og transportmidler end virksomhedens egne.

Direktivets artikel 7 er sålydende:

Artikel 7

Beføjelse til at foretage kontrolundersøgelser af andre lokaler

1. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder, såfremt der er rimelig grund til mistanke om, at bøger eller andre forretningspapirer, der vedrører genstanden for kontrolundersøgelsen, og som måtte være relevante som bevis for en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF, opbevares i andre end de i dette direktivs artikel 6, stk. 1, litra a), omhandlede lokaler eller på grunde eller i transportmidler, herunder private hjem tilhørende de pågældende virksomheders eller virksomhedssammenslutningers direktører, ledere og andre ansatte, kan foretage uanmeldte kontrolundersøgelser i sådanne lokaler, på sådanne grunde eller i sådanne transportmidler.

2. Sådanne kontrolundersøgelser foretages ikke uden en forudgående godkendelse fra en national domstol.

3. Medlemsstaterne sikrer, at de embedsmænd og andre ledsagende personer, som de nationale konkurrencemyndigheder har bemyndiget eller udpeget til at foretage en kontrolundersøgelse i overensstemmelse med denne artikels stk. 1 som minimum har de beføjelser, der er fastlagt i artikel 6, stk. 1, litra a), b) og c), og artikel 6, stk. 2.

De nærmere betingelser for at anvende denne bestemmelse er uddybet i præambel 34, hvor 1-3 punktum er sålydende:

(34) Erfaringerne viser, at forretningspapirer kan være opbevaret i direktørers, lederes og andre af virksomhedernes eller virksomhedssammenslutningernes ansattes hjem, navnlig på grund af den øgede brug af mere fleksible arbejdsformer. For at sikre effektive kontrolundersøgelser bør de nationale administrative konkurrencemyndigheder kunne kræve adgang til alle lokaler, herunder private hjem, hvis de kan påvise, at der er en rimelig grund til mistanke om, at forretningspapirer, som kan være relevante som bevis for en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF, opbevares i disse lokaler. En forudsætning for udøvelsen af denne beføjelse bør være, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder har indhentet forudgående godkendelse fra en national domstol, hvilket i visse nationale retssystemer kan omfatte en offentlig anklager.

Direktivet er udmøntet i konkurrencelovens § 18 a, som har følgende ordlyd:

"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan, såfremt der er rimelig grund til mistanke om, at oplysningerne i § 18, stk. 1, 1. pkt., der vedrører genstanden for kontrolundersøgelsen, og som måtte være relevante som bevis for en overtrædelse af § 6 eller § 11 eller EUF-traktatens artikel 101 eller 102, opbevares i andre lokaler, på

andre grunde eller i andre transportmidler end dem, der er anført i § 18, stk. 1, 1. pkt., herunder private hjem tilhørende de pågældende virksomheders eller virksomhedssammenslutningers direktører, ledere og andre ansatte, foretage uanmeldte kontrolundersøgelser i sådanne andre lokaler m.v., jf. dog stk. 3.
Stk. 2. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan ikke under en kontrolundersøgelse efter stk. 1 forlange mundtlige forklaringer, men herudover finder bestemmelserne i § 18, stk. 1, 3, 4 og 6-10, tilsvarende anvendelse på sådanne kontrolundersøgelser.
Stk. 3. Hvis der er rimelig grund til mistanke om, at en fysisk person, som har rådighed over en lokalitet omfattet af stk. 1, har medvirket til en virksomheds eller virksomhedssammenslutnings overtrædelse som nævnt i stk. 1 og betingelserne i retsplejelovens § 794 i øvrigt er opfyldt, gennemfører politiet en ransagning i henhold til retsplejelovens § 794. Ransagningen foretages under tilstedeværelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen."

Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, kan der enten gennemføres en kontrolundersøgelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter en forudgående kendelse fra retten i den civile retsplejes former eller en ransagning af SØIK i strafferetsplejens former. Gennemføres en ransagning i strafferetsplejens former, skal SØIK indgive anmodning om ransagning til den byret, hvor den mistænkte person har værneting. Denne byret må herefter i sin kendelse tage stilling til, om betingelserne for ransagning er opfyldt.

Erhvervsministeren har behandlet spørgsmålet om opgavefordelingen mellem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og SØIK i sin besvarelse af spørgsmål 31, som blev stillet af Folketingets Erhvervsudvalg under behandlingen af den seneste ændring af konkurrenceloven. Af besvarelsen fremgår følgende:

"Det er afgørende for en effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne, at eksempelvis en direktør ikke kan gemme beviser for en overtrædelse hjemme i sin private bolig, uden at myndighederne har mulighed for at finde dem. Derfor er der i ECN+-direktivet krav om, at konkurrencemyndighederne skal kunne gennemføre kontrolundersøgelser i private hjem. Det er baggrunden for, at der i lovforslaget er indsat en bestemmelse herom. Den foreslåede bestemmelse indebærer, at det i alle tilfælde, hvor der foreligger mistanke om, at en fysisk person groft uagtsomt eller forsætligt har medvirket til en virksomheds overtrædelse af konkurrencereglerne, skal være Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK), der foretager en ransagning efter bestemmelserne herom i retsplejeloven. I disse tilfælde vil det således ikke være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der udfører en kontrolundersøgelse hjemme hos den pågældende. På den måde sikres det, at en mistænkt person omfattes af de strafferetlige retssikkerhedsgarantier. Hvis der ikke foreligger mistanke mod den fysiske person, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

kunne gennemføre en kontrolundersøgelse i vedkommendes private hjem. Det vil dog være en betingelse herfor, at der foreligger rimelig grund til mistanke om, at der findes relevante beviser for en overtrædelse i det pågældende hjem. Endvidere vil det være en betingelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forud for kontrolundersøgelsen har indhentet en retskendelse. Det er således i lovforslaget forudsat, at tvangsindgreb i private hjem og andre lokaliteter, som en mistænkt person råder over, som altovervejende hovedregel foretages af politiet. Kun hvis betingelserne i den foreslåede bestemmelse i konkurrencelovens § 18 a, stk. 1, er opfyldt, men betingelserne for ransagning i retsplejelovens § 794, stk. 1, nr. 2, undtagelsesvis ikke er opfyldt, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne gennemføre en kontrolundersøgelse hos en mistænkt fysisk person. Det er således forudsat i lovforslaget, at undersøgelser af en mistænkts private hjem som altovervejende udgangspunkt skal foretages af politiet i form af en ransagning."[170]

Som det kan udledes af erhvervsministerens besvarelse, er det kun i relativt sjældne tilfælde, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil anmode Sø- og Handelsretten om at afsige en kendelse om kontrolundersøgelse i medfør af 18 a, stk. 1. Styrelsen vil i sådanne tilfælde skulle begrunde sin anmodning om en kendelse på samme måde som ved kontrolundersøgelser efter § 18, stk. 1, og retten skal på samme måde foretage en vurdering af mistankegrundlaget og proportionalitetshensyn som ved kontrolundersøgelser efter § 18. stk. 1. Kravene til kendelsens afgrænsning af genstanden for kontrolundersøgelsen er ikke mindre, men snarere større end de krav, der gælder for kendelser efter § 18, stk. 1, fordi undersøgelsen i disse tilfælde specifikt retter sig mod lokaler og genstande, som ikke er under virksomhedens kontrol.

Gennemføres kontrolundersøgelsen af styrelsen, må der som følge af § 18 a, stk. 2 ikke anmodes om mundtlige forklaringer, og spørgsmålet om selvinkriminering opstår derfor ikke. Til gengæld kan der, ganske som ved en kontrolundersøgelse efter § 18, stk. 1, opstå spørgsmål om, hvorvidt dokumenter er omfattede af legal professional privilege som afgrænset i EU-retten. Disse spørgsmål må i så fald behandles som beskrevet ovenfor i afsnit 4.2.3.3. Gennemføres en ransagning af SØIK i stafferetsplejens former, er den ransagningen retter sig imod beskyttet af de retssikkerhedsgarantier, som er gældende i straffesager.

Findes der under ransagningen af f.eks. en direktørs hjem udelukkende fysiske eller elektroniske dokumenter, som angår korrespondance mellem virksomheden og dennes eksterne advokat,vil disse formentlig være dækket af virksomhedens ret til legal professional privilege. Sådanne dokumenter kan derfor ikke indgå i styrelsens sag. Findes der korrespondance eller lignende mellem direktøren og dennes personlige advokat, må der ikke foretages ransagning heraf, jf. retsplejelovens § 794, stk. 3.

[170] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, besvarelse af spørgsmål 31.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

4.4 Særligt om interviews

Med den seneste ændring af konkurrenceloven blev der indført en ny bestemmelse i konkurrencelovens § 17 a, som skal sikre Danmarks efterlevelse af kravene i artikel 9 i direktiv 2019/1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan ifølge bestemmelsen indkalde ikke alene repræsentanter for en virksomhed, men også repræsentanter for andre virksomheder eller enhver fysisk person, til at deltage i og besvare spørgsmål under et interview. Det er en betingelse for pligten til at deltage, at de pågældende kan være i besiddelse af oplysninger, der er relevante for anvendelsen af konkurrencelovens §§ 6 eller 11 eller TEUF artikel 101 og 102.

Repræsentanter for den virksomhed, hvis forhold undersøges, vil i forvejen være forpligtede til at besvare spørgsmål under en kontrolundersøgelse. Denne pligt vil alene være begrænset af det EU-retlige forbud mod selvinkriminering eller alternativt retssikkerhedslovens § 10, hvis den der afkræves forklaring selv kan mistænkes for personligt at have overtrådt konkurrenceloven forsætligt eller groft uagtsomt.

Det nye med indførelsen af bestemmelsen er altså, at oplysningspligten i sager, som ultimativt sanktioneres med en civil bøde, udstrækkes til repræsentanter for andre virksomheder og enkeltpersoner, samt at denne pligt kan håndhæves ved udstedelse af tvangsbøder såvel som pålæggelse civile bøder. Sådanne personer er imidlertid også beskyttet af retssikkerhedslovens § 10, hvis den pågældende selv er under mistanke for forsætligt eller groft uagtsomt at have overtrådt konkurrencelovens §§ 6 og 11 eller TEUF artikel 101 og 102.

De, der indkaldes til et interview, skal på forhånd orienteres om temaet for interviewet, og de har ret til at lade sig bistå af en advokat eller anden rådgiver. I realiteten er der tale om en afhøring, og der burde derfor - navnlig af hensyn til både virksomhedens og de personer som ikke er ansat i virksomhedens retssikkerhed - have været indsat bestemmelser om udfærdigelse af referat af interviewet og regler om den interviewedes ret til at gennemlæse og godkende referatet, inden det indgår i styrelsens sag, jf. principperne i retsplejelovens § 751 om politirapporter gengivelse af forklaringer. Dette er særligt vigtigt, fordi en forklaring, hvor den interviewede i strid med retssikkerhedslovens § 10 forklarer om noget, der ikke var pligt til at forklare om, med rettens tilladelse kan indgå i en straffesag mod den pågældende selv eller andre personer, jf. ovenfor i afsnit 4.2.3.2 vedr. tilfældighedsfund.

4.5 Vurderinger og anbefalinger

Retten til repræsentation

Virksomheder - og virksomheders ansatte og ledelse – har ret til at lade sig bistå af en advokat eller anden besidder i forbindelse med en kontrolundersøgelse, gennemgang af dokumenter og filer eller deltagelse i interview. Dette følger af forvaltningslovens § 8, som er udtryk for et generelt princip om, at det styrker en parts retssikkerhed at have ret til at lade sig bistå af en ekstern bisidder, som ofte vil være en advokat. Retten til repræsentation er behandlet nærmere i afsnit 4.2.2.

Justitia anbefaler i relation til retten til repræsentation:

- At virksomheder og de personer, som repræsenterer virksomheden, i almindelighed lader sig bistå af en ekstern advokat med særlig indsigt i konkurrenceret.
- At virksomheder og disses ledelse og ansatte i videst muligt omfang venter med at besvare spørgsmål og tage stilling til pligten til at besvare disse, til de har haft mulighed for at få rådgivning fra en ekstern advokat.
- At virksomheder som hovedregel inddrager en ekstern advokat i stillingtagen til, om et givent dokument eller en fil er omfattet af legal professional privilege og i overvejelser om, hvorvidt et dokument eller en fil er "out of scope".

Retten til ikke at inkriminere sig selv

Virksomheder og disses ansatte og ledelse har en meget vidtgående oplysningspligt efter konkurrenceloven, som alene begrænses af det EU-retlige forbud mod selvinkriminering (medmindre disse personer er under mistanke for at have medvirket til overtrædelsen, jf. nedenfor). Virksomhedernes ledelse, medarbejdere m.v. har efter det EU-retlige selvinkrimineringsforbud ikke pligt til at svare på spørgsmål, som fremtvinger en tilståelse af, at virksomheden har overtrådt konkurrenceloven, f.eks. ved at kvalificere eller vurdere oplysninger. Det er derfor vigtigt, at virksomheden er opmærksom på, hvilke af styrelsens spørgsmål den har og ikke har pligt til at svare på. Dette er behandlet nærmere i afsnit 4.2.3.2.

Justitia anbefaler i relation til virksomheders oplysningspligt:

- At virksomheder og de personer, der repræsenterer virksomheden, altid er repræsenteret af en ekstern advokat, som kan vejlede dem om grænserne for oplysningspligten både generelt og i forhold til konkrete spørgsmål.
- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forelægger Konkurrencerådet den interne vejledning til styrelsens medarbejdere om oplysningspligten, som er annonceret i lovens forarbejder, til godkendelse. Det anbefales ligeledes, at styrelsen gør vejledningen tilgængelig for offentligheden, så virksomheder m.v. opnår størst mulig klarhed om deres retsstilling.

Vejledningen bør omfatte både virksomheder, enkeltpersoner og enkeltmandsvirksomheder (se nærmere om de to sidstnævnte nedenfor).

Hvis et medlem af en virksomheds ledelse eller en ansat er under konkret mistanke for at have medvirket til en strafbar overtrædelse af konkurrenceloven, reguleres pligten til at svare ikke af det snævre EU-retlige forbud mod selvinkriminering, men derimod af retssikkerhedslovens § 10. Dette er behandlet nærmere i afsnit 4.2.4.

Justitia anbefaler i relation til fysiske personers oplysningspligt:

- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, inden et spørgsmål stilles til en person, meget nøje overvejer, om den pågældende er under konkret mistanke for at have medvirket til en strafbar overtrædelse af konkurrenceloven. Det anbefales af hensyn til den pågældendes retssikkerhed og stilling under en evt. senere straffesag,, at selv den ringeste tvivl herom fører til, at styrelsen vejleder den pågældende om, at vedkommende alene har pligt til at svare i overensstemmelse med retssikkerhedslovens § 10.

Hvilket selvinkrimineringsforbud der gælder for enkeltmandsvirksomheder er ubelyst i forarbejderne til den seneste ændring af konkurrenceloven. Det er således uklart, i hvilket omfang enkeltmandsvirksomheder falder ind under det EU-retlige selvinkrimineringsforbud, som gælder for virksomheder, eller selvinkrimineringsforbuddet efter retssikkerhedslovens § 10, der gælder for fysiske personer under mistanke for medvirken til en overtrædelse af konkurrenceloven. Dette giver anledning til usikkerhed om retsstillingen for ejere af enkeltmandsvirksomheder. Spørgsmålet er nærmere behandlet i afsnit 4.2.5.

Justitia anbefaler i relation til enkeltmandsvirksomheders oplysningspligt:

- At Konkurrence - og Forbrugerstyrelsen vejleder ejeren af en enkeltmandsvirksomhed om, at den pågældende er omfattet af selvinkrimineringsforbuddet i retssikkerhedslovens § 10, medmindre det med stor sikkerhed kan fastslås, at virksomheden – og dermed også ejeren - alene har gjort sig skyldig i en *simpelt uagtsom* overtrædelse af konkurrenceloven eller TEUF. Da fysiske personer ikke kan ifalde strafansvar for simpelt uagtsomme lovovertrædelser, opstår der i en sådan situation ikke spørgsmål om, hvilket selvinkrimineringsforbud virksomhedsejeren falder ind under.
- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen under kontrolundersøgelser i enkeltmandsvirksomheder er særligt opmærksomme på vidnefritagelsesgrundene i retsplejeloven for nærtstående. Styrelsen bør vejlede om og respektere disse, når der stilles spørgsmål til eneejerens nærtstående, som måtte være ansat i virksomheden.

Legal professional privilege

Med den seneste lovændring er eksistensen af det EU-retlige princip om legal professional privilege blevet anerkendt direkte i loven. Som beskrevet i afsnit 4.2.3.3 synes Konkurrence- og

Forbrugerstyrelsens praksis ikke i alle henseender at være i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis på området.

Justitia anbefaler i relation til legal professional privilege:

- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen revurderer sin hidtidige praksis om legal professional privilege og bringer denne i overensstemmelse med EU-retten.

Dokumenter der er "out of scope"

Som beskrevet i afsnit 4.2.3.4 er det kun dokumenter og filer, som falder ind under kontrolundersøgelsens genstand, således som denne afgrænses i rettens kendelse om kontrolundersøgelse, som kan tages i besiddelse under kontrolundersøgelsen. Alle andre dokumenter og filer må anses for at være "out of scope".

Justitia anbefaler i relation til "out of scope"-dokumenter:

- At konkurrenceloven ændres således, at en virksomheds påstand om at et dokument eller en fil er "out of scope" kan indbringes for Konkurrenceankenævnet i lighed med tvister om, at et dokument eller en fil er beskyttet af legal professional privilege.

Kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 a

Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har rimelig grund til mistanke om, at beviser for en formodet lovovertrædelse opbevares på andre lokaliteter, end de der undergivet virksomhedens råden, har styrelsen efter den seneste konkurrencelovsændring fået adgang til at foretage kontrolundersøgelser på disse lokaliteter efter konkurrencelovens § 18 a. Det er en forudsætning, at styrelsen indhenter en retskendelse inden kontrolundersøgelsen, samt at den som kontrolundersøgelsen retter sig imod ikke er under mistanke for groft uagtsomt eller forsætligt at have medvirket til en overtrædelse af konkurrenceloven. Bestemmelsen er behandlet ovenfor i afsnit 4.3.

Justitia anbefaler i relation til kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 a:

- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodninger om retskendelse til at gennemføre kontrolundersøgelser efter § 18 a indeholder en meget udførlig beskrivelse af,
    - hvilke lokaliteter der ønskes undersøgt og
    - hvilke faktiske omstændigheder, der ligger til grund for styrelsens mistanke om, at der på lokaliteten kan findes beviser for overtrædelser af konkurrenceloven eller TEUF.

  Dette er nødvendigt for retten kan vurdere, om styrelsens anmodning om en kendelse skal imødekommes.

- At retten i sin kendelse om kontrolundersøgelse meget nøje afgrænser undersøgelsens genstand.

Interviews

Ved den seneste ændring af konkurrenceloven fik Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med § 17 a adgang til at foretage interviews. Styrelsen kan indkalde enhver repræsentant for en virksomhed m.v., enhver repræsentant for andre juridiske personer eller enhver fysisk person til at deltage i et interview, når den pågældende kan være i besiddelse af oplysninger der er relevante for anvendelsen af konkurrencelovens §§ 6 og 11 eller TEUF artikel 101 eller 102. Bestemmelsen er behandlet ovenfor i afsnit 4.4.

Justitia anbefaler i relation til interviews efter konkurrencelovens § 17 a:

- At resultatet af interviewet udmøntes i en rapport med samme indhold og grundighed som en politirapport, så der, af hensyn til den undersøgte virksomheds retssikkerhed, ikke senere kan opstå tvist om, hvad der er forklaret.
- At rapporten forelægges den interviewede til godkendelse, så det, af hensyn til såvel den interviewedes som den undersøgte virksomheds retssikkerhed, sikres, at vedkommende får mulighed for at korrigere fejl eller misforståelser i gengivelsen af den afgivne forklaring.

5 Anke og kære af afgørelser i forbindelse med kontrolundersøgelser

I dette kapitel gennemgås spørgsmålet om anke og kære af afgørelser i forbindelse med kontrolundersøgelsen. I afsnit 5.1 beskrives virksomhedernes mulighed for at anke *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning* om at foretage en kontrolundersøgelse hos virksomheden. Dernæst behandles virksomhedens mulighed for i stedet at kære *rettens kendelse* om at tillade den undersøgelse, som styrelsen har besluttet at foretage, i afsnit 5.2. Til sidst behandles i afsnit 5.3 virksomhedernes mulighed for at anke afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege til Konkurrenceankenævnet. Afsnit 5.4 indeholder Justitias anbefalinger i relation til anke og kære af afgørelser i forbindelse med kontrolundersøgelser.

5.1 Styrelsens beslutning om at iværksætte en kontrolundersøgelse

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beslutter at iværksætte en kontrolundersøgelse mod en bestemt virksomhed, skal der både være en rimeligt begrundet mistanke om, at virksomheden har overtrådt konkurrencelovene, og indgrebet - kontrolundersøgelsen – skal være proportionalt.[171] Beslutningen om at iværksætte kontrolundersøgelsen træffes af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør eller vicedirektør. Beslutningen er ikke en egentlig forvaltningsafgørelse, men en såkaldt procesbeslutning, og den kan ikke indbringes for Konkurrenceankenævnet.[172]

Den omstændighed, at der ikke er tale om en egentlig forvaltningsakt, afskærer ikke virksomheden fra at gå direkte til domstolene (Sø- og Handelsretten) og anfægte styrelsens beslutning.[173] Det vil dog ikke være en særligt hensigtsmæssig fremgangsmåde at indbringe styrelsens beslutning for domstolene, idet både den indenretlige behandling af styrelsens anmodning om retskendelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 3 og en eventuel kontrolundersøgelse i forlængelse heraf vil være overstået længe før, at domstolsprøvelsen vil kunne finde sted.

5.2 Kære af Sø- og Handelsrettens kendelse om kontrolundersøgelse

Når Sø- og Handelsretten har afsagt en kendelse om en kontrolundersøgelse, eller ved kendelse har afslået anmodningen om kontrolundersøgelse, vil denne kendelse ikke umiddelbart kunne kæres til

[171] Christian Bergqvist: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 854-55.
[172] Jf. i det hele Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1234 ff.
[173] Christian Bergqvist: Konkurrenceretten, 1. udgave (2019), s. 855 og Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1236.

landsretten. Dette skyldes, at kære af Sø- og Handelsrettens kendelser kræver Procesbevillingsnævnets tilladelse, jf. retsplejelovens § 392 a, stk. 2.

Denne retsstilling hænger sammen med, at Sø- og Handelsretten ikke er en byret, men en overordnet ret, hvis kendelser kun under særlige omstændigheder kan efterprøves af landsretten. Ved udformningen af bestemmelsen i § 392 a har det imidlertid ikke været forudset, at kompetencen til at afsige kendelser om kontrolundersøgelser ville havne i Sø- og Handelsretten. Det er derfor nærliggende at antage, at Procesbevillingsnævnet ikke alene vil tage hensyn til, om sagen er af principiel karakter, men også om der i øvrigt foreligger særlige grunde til at meddele tilladelsen.[174]

Ansøgningen om kæretilladelse skal indgives til Procesbevillingsnævnet inden 2 uger efter, at kendelsen er afsagt, jf. retsplejelovens § 392 a, stk. 3. Giver Procesbevillingsnævnet tilladelse, skal kære ifølge retsplejelovens § 394, stk. 2 ske senest 2 uger efter, at tilladelsen er meddelt. Kære skal ske til landsretten i den kreds, hvor virksomheden er beliggende, jf. retsplejelovens § 392 a, stk. 2, 3. pkt. Kære kan selvsagt iværksættes af den virksomhed, som kontrolundersøgelsen retter sig imod, men er der tale om en afgørelse om kontrolundersøgelse i medfør af konkurrencelovens § 18 a, stk. 1, kan kære iværksættes af enhver, der berøres af kendelsen, jf. retsplejelovens § 393, stk. 1.

Kære har ikke opsættende virkning, medmindre Sø- og Handelsretten eller landsretten beslutter det. På grund af de specielle kæreregler for Sø- og handelsrettens kendelser vil dette dog kun få begrænset praktisk betydning, idet sagen først skal behandles af Procesbevillingsnævnet, og hverken Sø- og Handelsretten eller Procesbevillingsnævnet kan tillægge ansøgningen opsættende virkning i den periode, hvor den behandles.[175]

Som hovedregel vil landsretten behandle kæresagen på skriftligt grundlag, men landsretten kan dog efter begæring beslutte, at der skal ske mundtlig forhandling, jf. retsplejelovens § 398. Har Procesbevillingsnævnet givet kæretilladelse, fordi sagen rejser principielle spørgsmål - f.eks. om anvendelse af EMRK artikel 8 - vil det være nærliggende at tillade mundtlig forhandling.

Som altovervejende hovedregel vil den virksomhed eller tredjemand, som en kendelse om kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens §§ 18, stk. 1 eller 18 a, stk. 1 retter sig imod, ikke have været til stede i det retsmøde, hvor begæringen om kendelse i medfør af § 18, stk. 3 blev behandlet. Den der kærer kan derfor i medfør af en analogi af retsplejelovens §§ 383 - 384 fremsætte nye påstande under kæremålet, og kæremålet kan også støttes på nye anbringender og beviser, jf. retsplejelovens § 395, stk. 5.

Landsrettens kendelse kan gå ud på stadfæstelse, ændring, hjemvisning eller ophævelse af den påkærede kendelse. Stadfæster landsretten kendelsen, kan kontrolundersøgelsen som gennemført anvendes af styrelsen i den videre sagsbehandling.

---

[174] Jens Møller m.fl.: Kommenteret Retsplejelov, 10. udgave (2018), Bind I, s. 1180.
[175] Jf. i det hele Jens Møller m.fl.: Kommenteret Retsplejelov, 10. udgave (2018), bind 1, s. 1195.

Landsretten kan imidlertid også stadfæste kendelsen og i den forbindelse foretage justeringer i den påkærede kendelse. Justeringerne kan f.eks. vedrøre sagens genstand eller udstrækningen af kontrolundersøgelsen. Indebærer justeringer af kendelsen, at der ved en allerede gennemført kontrolundersøgelse i henhold til kendelsen er indsamlet materiale, som efter landsrettens kendelse falder uden for kontrolundersøgelsen, - f.eks. ved at dokumenter har ændret status til "out of scope" dokumenter - må sådanne dokumenter, fysiske såvel som elektroniske, udgå af styrelsens sag.

Hjemviser landsretten sagen til Sø- og Handelsretten, kan der være flere grunde hertil. Hjemvisning kan f.eks. bruges, hvis der er begået formelle fejl i sagsbehandlingen i 1. instans. Hjemvises sagen, har den først trufne afgørelse ikke retskraft. Behandlingen af materiale indhentet under kontrolundersøgelsen må derfor i det hele sættes på pause, indtil Sø- og Handelsretten har truffet en ny afgørelse.

Ophæver landsretten Sø- og Handelsrettens kendelse om en kontrolundersøgelse, indebærer dette, at alle dokumenter skal tilbageleveres til virksomheden, og at alle spejlede dokumenter skal slettes. Det samme må formentlig gælde referater af forklaringer afgivet under kontrolundersøgelsen. Ophævelse vil komme på tale, såfremt det af landsretten lægges til grund, at betingelserne for at afsige en kendelse om kontrolundersøgelse ikke har været opfyldt.

Indgiver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i medfør af retsplejelovens § 392, stk. 3 en anmodning om 3. instansbevilling, bør tilbagegivelse og sletning af dokumenter formentlig afvente udfaldet af Procesbevillingsnævnets afgørelse af, om sagen skal prøves i Højesteret.

5.3 Anke til Konkurrenceankenævnet af afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege

Som led i behandlingen af lovforslaget om den seneste ændring af konkurrenceloven blev der foruden en høringsrunde arrangeret en høring i Folketinget den 13. januar 2021 af Folketingets Erhvervsudvalg mellem lovforslagets 1. og 2. behandling. I sine høringssvar og under høringen anbefalede både Justitia og DI, at der i konkurrenceloven blev introduceret såkaldte høringskonsulenter med henblik på at styrke virksomhedernes retssikkerhed under behandlingen af konkurrencesager.[176]

Disse anbefalinger blev ikke imødekommet, men til gengæld fremsatte erhvervsministeren mellem 1. og 2. behandling et forslag om ændring af konkurrencelovens § 19, stk. 1, som fik tilføjet et 2. pkt. med følgende ordlyd:

[176] Præsentationerne fra udvalgets høring findes i bilag 11 til lovforslag nr. L 116, FT 20/21, og kan tilgås her. Justitias høringssvar findes både under lovforslagets dokumenter og på Justitias hjemmeside og kan tilgås her.

"Endvidere kan afgørelser om det EU-retlige forbud mod selvinkriminering, jf. § 17 b, 2. pkt., afgørelser om forbuddet mod selvinkriminering, jf. § 10 i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter, og afgørelser om beskyttelsen af fortroligheden af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat påklages til Konkurrenceankenævnet af den, som afgørelsen retter sig mod."

Forslaget til denne ændring af konkurrencelovens regler, om hvilke afgørelser der kan indbringes for Konkurrenceankenævnet, blev ledsaget af følgende bemærkninger:

"Det foreslås med nr. 05 at udvide klageadgangen til Konkurrenceankenævnet, således at også afgørelser om det EU-retlige forbud mod selvinkriminering, jf. § 17 b, 2. pkt., afgørelser om forbuddet mod selvinkriminering i retssikkerhedslovens § 10 og afgørelser om beskyttelsen af fortroligheden af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat kan påklages til ankenævnet, men kun af den, som afgørelsen retter sig mod.

I tilfælde af uenighed mellem en virksomhed og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om konsekvensen af det EU-retlige forbud mod selvinkriminering eller forbuddet mod selvinkriminering i retssikkerhedslovens § 10 i en konkret sag vil styrelsen skulle træffe en afgørelse herom. Det kan f.eks. være en afgørelse om, at en virksomhed er forpligtet til at besvare et spørgsmål stillet som led i et krav om oplysninger efter § 17, stk. 1. Denne afgørelse vil efter den foreslåede bestemmelse kunne indbringes for Konkurrenceankenævnet af den virksomhed, som har fået spørgsmålet stillet, og som i henhold til afgørelsen er forpligtet til at besvare det.

I forbindelse med kontrolundersøgelser følger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen EU-princippet om fortroligheden af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat – princippet om legal professionel privilege. Hvis en virksomhed under en kontrolundersøgelse eller under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens efterfølgende søgninger i det datasikrede materiale fra kontrolundersøgelsen påberåber sig dette princip og angiver den nærmere begrundelse for, at princippet finder anvendelse på et dokument, som styrelsen ønsker adgang til, må styrelsen – ud fra virksomhedens forklaring og det kendskab, som styrelsen måtte have til dokumentet – træffe afgørelse om, hvorvidt dokumentet kan indgå i styrelsens sag. Går afgørelsen ud på, at dokumentet skal indgå i styrelsens sag, da dokumentet ud fra de oplysninger, styrelsen har kendskab til, ikke kan anses for omfattet af princippet om fortroligheden af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat, vil den pågældende virksomhed efter den foreslåede bestemmelse kunne indbringe denne afgørelse for Konkurrenceankenævnet. Da prøvelsen af afgørelsen ved

> *Konkurrenceankenævnet vil dreje sig om, hvorvidt dokumentet er omfattet af det pågældende princip, vil ankenævnet skulle have adgang til at kunne læse dokumentet under behandlingen ved nævnet. Når ankenævnet frem til, at dokumentet er omfattet af princippet om fortroligheden af korrespondance mellem en virksomhed og dennes eksterne advokat, vil konsekvensen være, at dokumentet ikke kan indgå i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sag."*

Disse kortfattede bemærkninger efterlader en række praktiske og juridiske problemstillinger ubesvaret.

For så vidt angår anke af de afgørelser om selvinkriminering, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen måtte træffe under en kontrolundersøgelse efter § 18, stk. 1 eller i forbindelse med et interview efter § 17 a, er det helt afgørende, at Konkurrenceankenævnet får et så fyldestgørende grundlag som muligt at træffe afgørelse på.

Opstår der tvist om, hvorvidt en person, som repræsentant for virksomheden eller som individuel person, er forpligtet til at *besvare et spørgsmål*, må styrelsen til brug for en eventuel ankesag udarbejde et dokument, hvoraf den præcise formulering af det omtvistede spørgsmål fremgår. Styrelsen må på dette grundlag træffe sin afgørelse om, at spørgsmålet efter styrelsens opfattelse skal besvares og fremføre de synspunkter, som understøtter denne antagelse. Det må af afgørelsen klart fremgå, hvorvidt afgørelsen er truffet med udgangspunkt i det EU-retlige selvinkrimineringsprincip eller retssikkerhedslovens § 10, da begge selvinkrimineringsprincipper kan være relevante i forhold til det formulerede spørgsmål. Det kan afhængigt af mistankegrundlaget f.eks. ikke udelukkes, at en virksomheds direktør, ved at besvare et spørgsmål, som virksomheden har pligt til at besvare, vil kunne bringe sig selv i en situation, hvor han inkriminerer sig selv og derfor vil være fritaget for at svare efter retssikkerhedslovens § 10.

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har truffet en skriftlig begrundet afgørelse om, at et givent spørgsmål kan stilles uden at krænke enten det EU-retlige princip om selvinkriminering eller retssikkerhedslovens § 10, kan virksomheden - og i nogle tilfælde tillige den person, spørgsmålet er rettet til - indbringe sagen for Konkurrenceankenævnet med påstand om ikke at være forpligtet til at besvare spørgsmålet. Det må herefter være op til Konkurrenceankenævnet at sikre, at der er det fornødne sikre grundlag for at træffe afgørelse i sagen.

Der er i lovforslagets bemærkninger ikke taget stilling til, om anke til Konkurrenceankenævnet har opsættende virkning. Administrativ rekurs tillægges normalt ikke opsættende virkning, men den nye retssikkerhedsgaranti, der ligger i ankeadgangen, ville savne mening, såfremt en virksomhed eller en person tvinges til at besvare spørgsmålet, før ankesagen er afgjort. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Konkurrenceankenævnet bør derfor tillægge en anke opsættende virkning.

Går Konkurrenceankenævnets afgørelse ud på, at det omtvistede spørgsmål ikke kan stilles, er sagen dermed slut, idet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke kan indbringe dette spørgsmål for domstolene.[177]

Stadfæster Konkurrenceankenævnet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse om, at spørgsmålet kan stilles, kan Konkurrenceankenævnets afgørelse ved en stævning indbringes for Sø- og Handelsretten til prøvelse. I denne situation kan Konkurrenceankenævnet beslutte at tillægge indbringelsen for retten opsættende virkning. Uanset reglen i grundlovens § 63, stk. 1 følger det af retspraksis, at også Sø- og Handelsretten i særlige tilfælde kan tillægge en anke opsættende virkning. Tillægges indbringelsen opsættende virkning, er der ikke pligt til at besvare det stillede spørgsmål, før retten eventuelt stadfæster Konkurrenceankenævnets afgørelse. Hvorvidt besvarelsen af et spørgsmål vil være i strid med en virksomheds eller persons ret til ikke at inkriminere sig selv, er et spørgsmål af stor retssikkerhedsmæssig betydning, da det vedrører disses helt grundlæggende rettigheder. Det bør derfor efter Justitias opfattelse være hovedreglen, at indbringelse for Sø- og Handelsretten tillægges opsættende virkning.

Indbringes sagen ikke for Sø- og Handelsretten, eller tillægges en indbringelse af Konkurrenceankenævnets afgørelse ikke opsættende virkning, kan en fortsat nægtelse af at besvare spørgsmålet indebære, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør, i medfør af konkurrencelovens § 22, stk. 1, pålægger virksomheden en eller flere tvangsbøder for at undlade at besvare spørgsmål under kontrolundersøgelsen eller under et interview, hvortil en repræsentant for virksomheden er indkaldt. Også en person kan pålægges tvangsbøder, jf. § 22 stk. 2. Derudover vil virksomheden under en civil sag kunne idømmes en civil bøde, jf. konkurrencelovens § 23, stk. 1.

Også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser om at et dokument ikke er omfattet af reglerne om legal professional privilege kan efter konkurrencelovens § 19, stk. 1, 2. pkt. indbringes for Konkurrenceankenævnet. I sådanne sager vil der i praksis ofte være et indlæg fra virksomheden om, hvorfor et fysisk eller elektronisk dokument er omfattet af legal professional privilege, hvorefter styrelsen træffer sin afgørelse, som skal være skriftlig og begrundet. Virksomheden kan indbringe denne afgørelse for Konkurrenceankenævnet. Der er ikke i forarbejderne taget stilling til opsættende virkning af anke, men det er af de samme årsager, som er nævnt ovenfor vedr. afgørelser om selvinkriminering, indlysende, at ankeadgangen vil savne mening, hvis anke ikke har opsættende virkning.

Ifølge forarbejderne har Konkurrenceankenævnet adgang til at gøre sig bekendt med indholdet af det omtvistede dokument. Det må imidlertid fremhæves, at Konkurrenceankenævnet i sin afgørelse af sagen ikke må gengive det omtvistede dokument eller indholdet heraf, heller ikke hvis styrelsens afgørelse stadfæstes. Dette følger af EU-retten om legal professional privilege (som nu er gjort til en

[177] Jf. U2020.1472H, hvor Højesteret fastslog, at en underordnet myndighed som udgangspunkt ikke kan indbringe en overordnet myndigheds afgørelse for domstolene.

del af dansk ret, jf. ovenfor), hvorefter et dokument, som er blevet forseglet som fortroligt på grundlag af en indsigelse fra virksomheden, ikke må åbnes af konkurrencemyndighederne, før spørgsmålet om dokumentets status har været prøvet af en domstol.[178] Da Konkurrenceankenævnet ikke er en domstol men et administrativt organ, ville nævnets gengivelse dokumentet indebære, at det blev tilgængeligt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gennem afgørelsen, før Sø- og Handelsretten havde haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet i forbindelse med en eventuel indbringelse af nævnets afgørelse for retten.

Denne problemstilling udspringer af, at Konkurrenceankenævnet er indskudt som mellemled mellem styrelsens afgørelse og en evt. prøvelse for en uafhængig domstol. Problemstillingen burde, ligesom spørgsmålet om opsættende virkning af anke, have været adresseret i loven ved at indsætte en frist for at indbringe Konkurrenceankenævnets stadfæstelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse for domstolene. Også retsvirkningerne af rettidig indbringelse burde være adresseret. I mangel af en sådan bestemmelse kunne en pragmatisk løsning være, at styrelsen efter Konkurrenceankenævnets afgørelse meddeler virksomheden, at dokumentet vil indgå i styrelsens sag, medmindre virksomheden inden en frist på f.eks. 2 uger indbringer nævnets afgørelse for Sø- og Handelsretten.

5.4 Vurderinger og anbefalinger

Sø- og Handelsrettens kendelser om at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan gennemføre en kontrolundersøgelse hos en bestemt virksomhed kan, som nævnt i afsnit 5.2, kun påkæres til landsretten med Procesbevillingsnævnets tilladelse. Denne begrænsning af kæreadgangen er tilsyneladende ikke indgået i overvejelserne om ændringerne i konkurrenceloven.

Justitia anbefaler i relation til kære af Sø- og Handelsrettens kendelser om kontrolundersøgelser:

- At retsplejelovens § 392 a, stk. 2 ændres, så Sø- og Handelsrettens kendelser om kontrolundersøgelser frit kan påkæres til landsretten, og
- at Procesbevillingsnævnet, så længe kære tilladelse er påkrævet, anlægger en lempelig vurdering af kriterierne i retsplejeloven henset til kontrolundersøgelsers meget indgribende karakter.

Hvis en virksomhed, med tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, kærer en retskendelse om kontrolundersøgelse til landsretten, kan virksomheden nedlægge påstand om, at retskendelsen bl.a. ikke lever op til kravene efter EMRK artikel 8 eller danske retsregler. Justitia anbefaler, at en

[178] Jf. afgørelsen fra Retten i 1. instans i de forenede sager T-125/03 og T-253/03 Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommissionen. Denne retstilstand kan næppe ændres ved at indskyde et administrativt klagenævn som mellemstation.

virksomhed søger Procesbevillingsnævnets tilladelse til at kære en kendelse om kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens §§ 18 eller 18 a:

- Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om kontrolundersøgelse ikke lever op til kravene i EMRK artikel 8 og konkurrenceloven, og retten herefter ikke i sin kendelse afviser anmodningen om kontrolundersøgelse.
- hvis rettens kendelse ikke lever op til retsplejelovens begrundelseskrav, eller
- hvis retten i sin kendelse ikke udtrykkeligt forholder sig til kravene i EMRK artikel 8 og konkurrenceloven om,
    - *at* der skal være en rimelig formodning om, at den, kendelsen retter sig imod, har overtrådt konkurrenceloven,
    - *at* der er en rimelig mistanke om, at der ved en kontrolundersøgelse kan findes beviser for en overtrædelse, som det påhviler styrelsen at bevise,
    - *at* kontrolundersøgelsen skal være proportional, og endelig
    - *at* kontrolundersøgelsens genstand skal afgrænses.

Det bemærkes, at spørgsmålet om overholdelse af EMRK artikel 8 beror på en samlet vurdering af alle sagens omstændigheder. Hvis der meddeles kæretilladelse, skal landsretten vurdere de ovennævnte forhold.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege kan som nævnt i afsnit 5.3 indbringes for Konkurrenceankenævnet. En række problemer vedr. opsættende virkning af sådanne afgørelser er helt uomtalt i lovens forarbejder.

Justitia anbefaler i relation til anke af afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege:

- At enten Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Konkurrenceankenævnet uden undtagelse tillægger en anke opsættende virkning.
- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udfærdiger spørgsmål, der er tvist om, skriftligt, og at styrelsen udførligt redegør for ifølge hvilken hjemmel og med hvilken begrundelse, der er pligt til at besvare spørgsmålet.
- At den, der påberåber sig legal professionel privilege, udførligt begrunder dette uden derved at referere indholdet af det dokument, der er tvist om.
- At Konkurrenceankenævnet i en kendelse om legal professional privilege undlader at referere dokumentets indhold, idet afgørelsen skal kunne indbringes for Sø- og Handelsretten uden at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen får kendskab til dokumentets indhold.
- At Konkurrenceankenævnet tillægger enhver anke til Sø- og Handelsretten af en afgørelse om legal professional privilege opsættende virkning. Nævnet er ikke en domstol, og det følger af EU-domstolens praksis, at konkurrencemyndigheden ikke må få kendskab til dokumentets indhold, før kravet om beskyttelse har været vurderet af en uafhængig domstol.

6 Foreløbige påbud

6.1 Reglerne om foreløbige påbud

Ifølge artikel 11 i direktiv 2019/1, som blev implementeret ved den seneste ændring af konkurrenceloven den 4. marts 2021, skal medlemsstaterne sikre, at de nationale konkurrencemyndigheder har beføjelse til i hastetilfælde at pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger et foreløbig påbud. Sådanne hastetilfælde foreligger, ifølge artikel 11, når der er risiko for alvorlig og uoprettelig skade på konkurrencen. Da der er tale om et minimumsdirektiv, står det dog medlemsstaterne frit for at fravige direktivet ved at give de nationale myndigheder mere vidtrækkende beføjelser.

Der var også hjemmel til at udstede foreløbige påbud til virksomheder før lovændringen den 4. marts 2021, hvilket fulgte af den dagældende konkurrencelovs § 18 b, stk. 1. Det var dog ikke et krav efter den gamle bestemmelse, at et foreløbigt påbud skulle afværge en uoprettelig skade, men alene en alvorlig skade på konkurrencen. Denne ordlyd er videreført i den nye konkurrencelovs § 16 b, som dermed indeholder en mere vidtgående kompetence for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen end den, der kræves efter direktivet. Bestemmelsen udvider derudover kompetencen til også at omfatte virksomhedssammenslutninger.

Betingelserne for at udstede et foreløbigt påbud efter direktivets artikel 11, stk. 1 er, *at* der er tale om et hastetilfælde, *at* indgrebet er proportionalt, og *at* det skal gælde i et nærmere fastsat tidsrum, som kan forlænges, evt. til den endelige afgørelse er truffet. Disse betingelser reflekteres i konkurrencelovens § 16 b, som endvidere betinger, at det umiddelbart skønnes, at konkurrencelovens §§ 6 eller 11 eller TEUF artikel 101 eller 102 er overtrådt. Denne betingelse uddybes i bemærkningerne vedr. den nye bestemmelse, hvor det bl.a. anføres:

> *"Den foreslåede bestemmelse indebærer ikke, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal bevise en overtrædelse af § 6, § 11 eller EUF-Traktatens artikel 101 eller 102; det vil være tilstrækkeligt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan sandsynliggøre en overtrædelse, hvilket er en videreførelse af gældende ret.*
>
> *Det vil heller ikke være et krav, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har foretaget en fuldstændig markedsundersøgelse og kortlagt en virksomheds stilling. Det vil i relation til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler være tilstrækkeligt, at det kan sandsynliggøres, at der foreligger en aftale, samordnet praksis eller vedtagelse, der er konkurrencebegrænsende, og at den foreløbigt skønnes at kunne udgøre en overtrædelse af forbuddet. Hvad angår forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling, vil det være tilstrækkeligt, at det relevante marked og virksomhedens stilling herpå er sandsynliggjort, og at adfærden foreløbigt skønnes at kunne udgøre en overtrædelse af forbuddet. Hvor det kan komme på tale at anvende forbuddet i EUF-*

> *Traktatens artikel 101 eller artikel 102, eventuelt sammen med konkurrencelovens § 6 eller § 11, vil det herudover være tilstrækkeligt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har sandsynliggjort, at aftalen eller adfærden kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Dette er en videreførelse af gældende ret."*[179]

Det kræves således, ligesom tilfældet var før lovændringen af 4. marts 2021, ikke fuldstændigt bevist, men blot sandsynliggjort, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale m.v. eller adfærd, der på det foreliggende grundlag skønnes at kunne udgøre en overtrædelse af de nævnte bestemmelser. Hvis en sag kan indebære anvendelsen af TEUF artikel 101 eller 102, kræves der ligeledes alene en sandsynliggørelse af, at aftalen eller adfærden kan påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne.[180]

Betingelsen om at der skal være tale om et hastetilfælde indebærer, at der skønnes at være risiko for alvorlig skade på konkurrencen, hvis der ikke gribes hurtigt ind. Det er tilstrækkeligt, at det kan sandsynliggøres, at der kan være en vis risiko for alvorlig skade på konkurrencen på et marked. Det kan ifølge konkurrencelovens forarbejder f.eks. være en situation, hvor en virksomhed forsøger at opretholde en fast videresalgspris ved enten at straffe købere, som ikke overholder den fastsatte pris, eller omvendt belønne de købere, der overholder den.[181]

Inden lovændringen den 4. marts 2021 fik et foreløbigt påbud først virkning, når det var stadfæstet af Konkurrenceankenævnet. Forbuddet skulle indbringes for nævnet af styrelsen inden 10 dage. Skete dette ikke, faldt det bort. Dette er nu ændret, så påbuddet får virkning straks efter, at det er udstedt. Påbuddet har gyldighed, indtil styrelsen træffer afgørelse om, at der foreligger en overtrædelse, eller tilsagn er gjort bindende.

Som følge af indgrebets karakter og mulige skadevirkninger stilles der, ifølge artikel 11, stk. 2 i direktiv 2019/1, krav om, at lovligheden og proportionaliteten af et foreløbigt påbud skal kunne efterprøves indenfor rammerne af en fremskyndet appelprocedure.

Justitia foreslog i sit høringssvar til lovforslaget, at artikel 11, stk. 2 blev udmøntet ved at give adgang til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse kunne indbringes direkte for Sø- og Handelsretten uden inddragelse af Konkurrenceankenævnet som et forsinkende mellemled. Justitia vandt ikke gehør for dette synspunkt, og artikel 11, stk. 2 blev i stedet udmøntet i lovens § 19, stk. 6, som foreskriver, at den, som et foreløbigt forbud retter sig imod - men ikke andre -, inden 4 uger efter styrelsens afgørelse kan indbringe afgørelsen for Konkurrenceankenævnet til prøvelse.

---

[179] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, som fremsat, specielle bemærkninger til § 1, nr. 19.

[180] Se vedr. den før 4. marts 2021 gældende bestemmelse Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1269 og 1272. Se også Konkurrenceloven med kommentarer fra Karnov, note 346 til § 18 b.

[181] Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave (2018), s. 1270-71 med henvisning til lovforslag nr. L 41, FT 12/13, som fremsat. Disse bemærkninger har stadig relevans, da der er tale om en videreførelse af gældende ret, jf. lovforslag nr. L 116, FT 20/21 som fremsat, specielle bemærkninger til § 1, nr. 19.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

Det fremgår af § 19, stk. 6, at Konkurrenceankenævnet alene kan efterprøve påbuddets lovlighed og proportionalitet. Dette uddybes i bemærkningerne til den foreslåede bestemmelse således:

> *"Virkningen af den foreslåede bestemmelse vil være, at Konkurrenceankenævnet alene skal efterprøve, om der var hjemmel for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at udstede det foreløbige påbud, og om der var proportionalitet mellem årsagen til indgrebet, som angivet i afgørelsen, og det valgte middel. Denne begrænsning af Konkurrenceankenævnets prøvelsesadgang skal ses i lyset af, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i afgørelsen om et foreløbigt påbud kun skal sandsynliggøre, at der kan være risiko for alvorlig skade på konkurrencen, og at den pågældende aftale eller adfærd efter en foreløbig vurdering skønnes at kunne udgøre en overtrædelse."*[182]

Efter konkurrencelovens § 19, stk. 4, 2. pkt. kan både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrenceankenævnet tillægge en klage opsættende virkning. Det fremgår dog af bemærkningerne til bestemmelsen, at begge myndigheder forudsættes at være tilbageholdende med at tillægge en klage opsættende virkning.

Efter direktivets artikel 11, stk. 2 skal klager over et foreløbigt påbud behandles efter en særligt fremskyndet klageprocedure. Dette vil i Danmark ske ved at fastsætte bestemmelser om en fremskyndet procedure i bekendtgørelsen om Konkurrenceankenævnets virksomhed. Det anføres herom i lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen:

> *"Det kan f.eks. være bestemmelser om, at skriftvekslingen kun omfatter klageskriftet fra klageren og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens svar herpå. Begge skrifter skal være koncentreret om det, som udgør Konkurrenceankenævnets prøvelsesadgang, dvs. om lovligheden og proportionaliteten af det foreløbige indgreb. Det kan f.eks. også være bestemmelser om, at intervention fra tredjemand ikke kan finde sted, at sagen afgøres på skriftlig grundlag uden en mundtlig forhandling, og at formanden for ankenævnet og to medlemmer deltager i afgørelse"*[183]

Med dette udgangspunkt sendte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 15. december 2020 et udkast til revideret bekendtgørelse om konkurrenceankenævnet i høring, der indeholdt regler for Konkurrenceankenævnets behandling efter en fremskyndet procedure af klager over foreløbige påbud. Efter forslaget til bekendtgørelsens § 9, stk. 3 kan Konkurrenceankenævnet ikke i sådanne sager tillade en tredjemand eller en offentlig myndighed at intervenere til støtte for en af parterne, ligesom nævnets formand ikke kan bestemme, at en tredjemand eller en offentlig myndighed underrettes om sagen og gives mulighed for at intervenere inden en nærmere angiven frist. Ifølge bekendtgørelsens § 10, stk. 4 omfatter skriftvekslingen i sådanne sager kun klagen og myndighedens

[182] Lovforslag nr. L 116, FT 20/21, som fremsat, specielle bemærkninger til § 1, nr. 32.
[183] Ibid.

Justitia | Fruebjergvej 3 | 2100 København Ø | 23926100 | info@justitia-int.org

svar herpå, og sagen afgøres ifølge § 13, stk. 4 ved skriftlig behandling af formanden og to medlemmer.

Justitia indgav et høringssvar til den ændrede bekendtgørelse med en række kritiske bemærkninger, da den foreslåede ordning, ifølge Justitia, ikke i tilstrækkeligt omfang tilgodeså hensynet til den involverede virksomheds retssikkerhed.[184] Justitia anførte om forslagets § 10, stk. 4:

> *"Efter forslagets § 10 stk. 4. skal en hastesag om et foreløbigt påbud behandles på grundlag af klagen og konkurrencemyndighedens svar herpå. Grundlaget vil altså være den oprindelige afgørelse, klagen herover og konkurrencemyndighedens svar herpå. Realiteten er derfor at konkurrencemyndigheden har 2 lejligheder til at redegøre for sin afgørelse, medens klageren kun kan fremkomme med et indlæg. Det bør derfor i det mindste overvejes og giver klageren lejlighed til at kommentere på konkurrencemyndighedens svar på klagen."*

Derudover anførte Justitia i sit høringssvar vedrørende udkastets § 13, stk. 4, hvorefter klager over et foreløbigt påbud behandles skriftligt af formanden og to medlemmer, at

> *",Justitia finder at det svækker klagerens retssikkerhed, at der ikke åbnes mulighed for at klageren og denne advokat mundtligt kan fremføre sine synspunkter for nævnet. Det findes endvidere betænkeligt at der alene skal medvirke 2 medlemmer foruden formanden, og det findes kritisabelt, at det ikke i bestemmelsen lægges fast, at det ene af de deltagende medlemmer skal repræsentere juridisk sagkundskab, medens det andet medlem skal repræsentere økonomisk sagkundskab. Endelig forekommer det påfaldende og retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at der ikke i bekendtgørelsen foreslås fastsat korte frister for sagsbehandlingen. Efter Justitias opfattelse bør fristen for konkurrencemyndighedens svar på klagen fastsættes til 2 uger efter klages modtagelse, og der bør herefter inden for en ny 2 ugers frist træffes afgørelse af nævnet på grudlag af dettes skriftlige votering. Stadfæster nævnet det nedlagte foreløbige påbud vil dette herefter umiddelbart kunne indbringes for Sø- og Handelsretten."*

Folketingets Erhvervsudvalg bad, i et spørgsmål til erhvervsministeren under lovforslagets behandling, ministeren om at kommentere på Justitias høringssvar. [185] Erhvervsministeren svarede følgende til Justitias bemærkninger til forslagets § 10, stk. 4 om, at konkurrencemyndigheden reelt har to lejligheder til at redegøre for sin afgørelse, mens virksomheden kun kan fremkomme med ét indlæg:

[184] Bilag 9 til lovforslag nr. L 116, FT 20/21: www.ft.dk/samling/20201/lovforslag/L116/bilag/9/2309829.pdf.
[185] Se spørgsmål 2 og besvarelsen heraf her: www.ft.dk/samling/20201/lovforslag/L116/spm/2/svar/1736844/2320554.pdf.

> *"Det kan oplyses, at den virksomhed, som er part i en sag om et foreløbigt påbud efter § 15 a, stk. 2 i den gældende konkurrencelov vil blive hørt over et udkast til afgørelse, inden der udstedes et foreløbigt påbud. Denne høring af parten og partens klage til Konkurrenceankenævnet vil indebære, at parten – ligesom konkurrencemyndigheden – vil have to lejligheder til at fremkomme med indlæg om et foreløbigt påbud."*

Til Justitias bemærkninger om, at den skriftlige behandling vil svække retssikkerheden for den klagende virksomhed ved at den og virksomhedens advokat over for Konkurrenceankenævnet ikke mundtligt kan fremføre sine synspunkter, angav erhvervsministeren:

> *"Efter artikel 11, stk. 2, i direktiv 2019/1 er det et krav, at lovligheden og proportionaliteten af et foreløbigt påbud kan efterprøves inden for rammerne af en fremskyndet appelprocedure. Der er tale om en balancegang mellem på den ene side den klagende virksomheds mulighed for at gøre sine synspunkter gældende, og på den anden side hensynet til konkurrencen på et marked og dermed de virksomheder og forbrugere som kan lide skade. Forudsætningen for, at der overhovedet kan udstedes et foreløbigt påbud, er således, at der – som følge af den klagende virksomheds handlinger eller undladelser – er tale om et hastetilfælde, hvor der er risiko for alvorlig skade på konkurrencen, hvis der ikke gribes hurtigt ind.*
>
> *På denne baggrund mener jeg, at den klagende virksomheds retssikkerhed vil blive tilgodeset tilstrækkeligt ved, at den pågældende og dennes advokat vil få mulighed for at gøre synspunkter gældende på skriftligt grundlag."*

Derimod tilsluttede erhvervsministeren sig Justitias kritik om, at det ikke i udkastet til bekendtgørelsen blev lagt fast, at de to medlemmer der, foruden formanden, skal medvirke ved klagesagens behandling skal repræsentere juridisk henholdsvis økonomisk sagkundskab. Erhvervsministeren tilrettede således udkastet til bekendtgørelsen i overensstemmelse med Justitias bemærkninger.

Endelig anførte erhvervsministeren følgende vedrørende Justitias bemærkninger om, at der bør indføres korte frister for behandlingen af en klagesag over et foreløbigt påbud:

> *"Der er i udkastet til bekendtgørelse allerede lagt op hertil, idet det foreslås, at den almindelige frist på fire uger ikke vil finde anvendelse. For at tydeliggøre, hvilke frister der vil skulle gælde, vil udkastet til bekendtgørelse blive tilrettet, således at der fastsættes en frist på to uger for konkurrencemyndighedens svar på klagen, regnet fra modtagelsen af Konkurrenceankenævnets tilsendelse af klagen. Endvidere vil udkastet til bekendtgørelse blive tilrettet, således at Konkurrenceankenævnet, så vidt muligt, skal træffe afgørelse inden for to uger efter nævnets skriftlige votering."*

Det udkast til bekendtgørelse, som blev sendt i høring, blev således i et vist omfang ændret i overensstemmelse med Justitias bemærkninger, inden bekendtgørelsen blev udstedt.[186]

Justitia bemærker i relation til erhvervsministerens svar, at det ikke, som anført af ministeren, af lovens forarbejder fremgår, at parten vil blive hørt over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til et påbud. Justitia finder det dog selvsagt tilfredsstillende, at denne procedure vil blive fulgt uagtet sagens hastende karakter.

Det er endvidere tilfredsstillende, at bekendtgørelsen i vidt omfang er blevet ændret i overensstemmelse med Justitias anbefalinger. Det noteres, at der i den endelige bekendtgørelses § 13, stk. 4 er blevet indsat en bestemmelse, som foreskriver, at nævnet så vidt muligt skal træffe afgørelse i sagen senest 2 uger efter skriftvekslingens afslutning. Dette er en klar forbedring i forhold til ovennævnte udsagn om, at bekendtgørelsen ville blive tilrettet, så der skulle træffes afgørelse 2 uger efter, at nævnet havde afsluttet sin skriftlige votering.

I betragtning af at direktivets artikel 11, stk. 2 alene foreskriver en særlig hurtig behandling af klager over foreløbige forbud, forekommer det ikke nødvendigt, hensigtsmæssigt eller retssikkerhedsmæssigt forsvarligt, at Konkurrenceankenævnets sagsbehandling og efterfølgende prøvelse er begrænset som angivet i lovens forarbejder. En mere dybtgående prøvelse kunne også undergives en hastebehandling og ville ikke være i strid med direktivet.

Det havde derfor været mere retssikkerhedsmæssigt betryggende, hvis man – som foreslået af Justitia – lod disse sager prøve direkte i Sø- og Handelsretten uden de angivne begrænsninger. Dette havde ikke udelukket, at der i retsplejeloven kunne indsættes regler om en særlig fremskyndet behandling af disse sager.

Når Konkurrenceankenævnets afgørelse foreligger, kan den, som påbuddet retter sig imod, indbringe nævnets afgørelse for Sø- og Handelsretten. Genstanden for rettens prøvelse er Konkurrenceankenævnets afgørelse, og retten vil derfor formentlig også være begrænset til at prøve påbuddets lovlighed og proportionalitet. I betragtning af at et foreløbigt påbud kan have meget alvorlige følger for den virksomhed eller virksomhedssammenslutning, som påbuddet retter sig imod, forekommer denne begrænsning i prøvelsen retssikkerhedsmæssigt betænkelig.

I modsætning til hvad der gælder for sagsbehandlingen ved Konkurrenceankenævnet, vil der dog ikke være hjemmel til at begrænse antallet af processkrifter eller processtoffet i øvrigt under behandlingen af sagen i Sø- og Handelsretten, ligesom sagen vil blive undergivet mundtlig behandling. Prøvelsen i Sø- og Handelsretten vil allerede derfor få en anden og mere intensiv karakter end prøvelsen i Konkurrenceankenævnet.

[186] Se bekendtgørelse nr. 496 af 17. marts 2021 om Konkurrenceankenævnet.

6.2 Anbefalinger

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser om foreløbige påbud kan, som beskrevet i afsnit 6.1, indbringes for Konkurrenceankenævnet, hvis prøvelse skal være fremskyndet. Konkurrenceankenævnet skal ifølge bekendtgørelse om Konkurrenceankenævnet træffe afgørelse på skriftligt grundlag på baggrund at et indlæg fra hver part. På trods af at afgørelser om foreløbige påbud må anses for et væsentligt indgreb i virksomhedens frihed til at disponere, og dermed i virksomhedens retssikkerhed, begrænses Konkurrenceankenævnets prøvelse ifølge konkurrencelovens § 19, stk. 6 til en legalitets– og proportionalitetsprøvelse.

Justitia anbefaler i relation til Konkurrenceankenævnets prøvelse at foreløbige påbud:

- At konkurrencelovens § 19, stk. 6 ændres således, at Konkurrenceankenævnet i en særligt tilrettelagt hasteprocedure kan foretage en fuldstændig prøvelse af styrelsens afgørelse på samme faktuelle grundlag, som styrelsen havde ved sin afgørelse.
- At ankesagen kan undergives mundtlig behandling i nævnet, hvis klager måtte ønske dette.

7 Oversigt over Justitias anbefalinger

Analysen indeholder en lang række anbefalinger til ændringer af såvel regler som praksis, der skal forbedre virksomheders og fysiske personers retssikkerhed i forbindelse med tvangsindgreb efter konkurrenceloven. Anbefalinger findes i slutningen af hvert af analysens kapitler, men gengives også i overordnede træk nedenfor. Der henvises til de enkelte kapitler for baggrunden for Justitias anbefalinger.

AFVIKLING AF KONTROLUNDERSØGELSER:

Virksomheder - og disses ansatte og ledelse - har ret til at lade sig bistå af en advokat eller anden bisidder i forbindelse med en kontrolundersøgelse, gennemgang af dokumenter og filer eller deltagelse i interviews. Justitia anbefaler vedr. retten til repræsentation:

- At virksomheder og de personer, som repræsenterer virksomheden, i almindelighed lader sig bistå af en ekstern advokat med særlig indsigt i konkurrenceret.
- At virksomheder og disses ledelse og ansatte i videst muligt omfang venter med at besvare spørgsmål og tage stilling til pligten til at besvare disse, til de har haft mulighed for at få rådgivning fra en ekstern advokat.
- At virksomheder som hovedregel inddrager en ekstern advokat i stillingtagen til, om et givent dokument eller en fil er omfattet af legal professional privilege og i overvejelser om, hvorvidt et dokument eller en fil er "out of scope".

Virksomheder – og disses ansatte og ledelse – har en meget vidtgående oplysningspligt, som alene begrænses af det EU-retlige forbud mod selvinkriminering. Justitia anbefaler vedr. virksomheders oplysningspligt:

- At virksomheder og de personer, der repræsenterer virksomheden, altid er repræsenteret af en ekstern advokat, som kan vejlede dem om grænserne for oplysningspligten både generelt og vedr. konkrete spørgsmål.
- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forelægger Konkurrencerådet den interne vejledning til styrelsens medarbejdere om oplysningspligten, der er annonceret i lovens forarbejder, til godkendelse. Det anbefales ligeledes, at styrelsen gør vejledningen tilgængelig for offentligheden, så virksomheder m.v. opnår størst mulig klarhed om deres retsstilling. Vejledningen bør omfatte både virksomheder, enkeltpersoner og enkeltmandsvirksomheder.

Hvis en ansat eller et medlem af virksomhedens ledelse er under konkret mistanke for at have medvirket til en strafbar overtrædelse af konkurrenceloven, er vedkommende

derimod omfattet af selvinkrimineringsforbuddet i retssikkerhedslovens § 10. Justitia anbefaler vedr. sådanne <u>fysiske personers oplysningspligt:</u>

- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, inden et spørgsmål stilles til en person, meget nøje overvejer, om den pågældende er under konkret mistanke for at have medvirket til en strafbar overtrædelse af konkurrenceloven. Det anbefales af hensyn til den pågældendes retssikkerhed og stilling under en evt. senere straffesag, at selv den ringeste tvivl herom fører til, at styrelsen vejleder den pågældende om, at vedkommende alene har pligt til at svare i overensstemmelse med retssikkerhedslovens § 10.

Hvorvidt enkeltmandsvirksomheder falder ind under det ene eller det andet selvinkrimineringsforbud er ubelyst i konkurrencelovens forarbejder. Dette giver anledning til usikkerhed om retsstillingen for ejere af enkeltmandsvirksomheder. Justitia anbefaler vedr. <u>enkeltmandsvirksomheders oplysningspligt:</u>

- At Konkurrence - og Forbrugerstyrelsen vejleder ejeren af en enkeltmandsvirksomhed om, at den pågældende er omfattet af selvinkrimineringsforbuddet i retssikkerhedslovens § 10, medmindre det med stor sikkerhed kan fastslås, at virksomheden – og dermed også ejeren - alene har gjort sig skyldig i en *simpelt uagtsom* overtrædelse af konkurrenceloven eller TEUF.
- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen under kontrolundersøgelser i enkeltmandsvirksomheder er særligt opmærksomme på vidnefritagelsesgrundene i retsplejeloven for nærtstående. Styrelsen bør vejlede om og respektere disse, når der stilles spørgsmål til eneejerens nærtstående, som måtte være ansat i virksomheden.

Med den seneste lovændringen er eksistensen af det EU-retlige princip om *legal professional privilege* blevet anerkendt direkte i loven. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens praksis synes imidlertid ikke i alle henseender at være i overensstemmelse med EU-domstolens praksis på området. Justitia anbefaler vedr. <u>legal professional privilege:</u>

- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen revurderer sin hidtidige praksis om legal professional privilege og bringer denne i overensstemmelse med EU-retten.

Kun dokumenter og filer, som falder ind under kontrolundersøgelsens genstand kan tages i besiddelse under kontrolundersøgelsen, idet de ellers må anses for at være "out of scope". Justitia anbefaler vedr. <u>"out of scope"-dokumenter:</u>

- At konkurrenceloven ændres således, at en virksomheds påstand om, at et dokument eller en fil er "out of scope", kan indbringes for Konkurrenceankenævnet i lighed med tvister om, at et dokument eller en fil er beskyttet af legal professional privilege.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan efter den seneste ændring af konkurrenceloven foretage kontrolundersøgelser på lokaliteter, som ikke er undergivet virksomhedens råden (f.eks. direktørens private hjem). Justitia anbefaler i relation til sådanne kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 a:

- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodninger om retskendelse til at gennemføre kontrolundersøgelser efter § 18 a indeholder en meget udførlig beskrivelse af,
    - hvilke lokaliteter der ønskes undersøgt og
    - hvilke faktiske omstændigheder, der ligger til grund for styrelsens mistanke om, at der på lokaliteten kan findes beviser for overtrædelser af konkurrenceloven eller TEUF.

  Dette er nødvendigt for, at retten kan vurdere, om styrelsens anmodning om en kendelse skal imødekommes.

- At retten i sin kendelse om kontrolundersøgelse meget nøje afgrænser undersøgelsens genstand.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan efter den seneste lovændring indkalde virksomhedsrepræsentanter m.v. til interviews, når den pågældende kan være i besiddelse af oplysninger, der er relevante for anvendelsen af konkurrencelovens §§ 6 og 11 eller TEUF artikel 101 og 102. Justitia anbefaler vedr. interviews efter konkurrencelovens § 17 a:

- At resultatet af interviewet udmøntes i en rapport med samme indhold og grundighed som en politirapport, så der, af hensyn til den undersøgte virksomheds retssikkerhed, ikke senere kan opstå tvist om, hvad der er forklaret.
- At rapporten forelægges den interviewede til godkendelse, så det, af hensyn til såvel den interviewedes som den undersøgte virksomheds retssikkerhed, sikres, at vedkommende får mulighed for at korrigere fejl eller misforståelser i gengivelsen af den afgivne forklaring.

ANKE OG KÆRE AF AFGØRELSER I FORBINDELSE MED KONTROLUNDERSØGELSER:

Sø- og Handelsrettens kendelser om kontrolundersøgelse kan i dag kun påkæres til landsretten med Procesbevillingsnævnets tilladelse. Denne begrænsning af kæreadgangen er tilsyneladende ikke indgået i overvejelserne om ændringerne af konkurrenceloven. Justitia anbefaler:

- At retsplejelovens § 392 a, stk. 2 ændres, så Sø- og Handelsrettens kendelser om kontrolundersøgelser frit kan påkæres til landsretten, og

- at Procesbevillingsnævnet, så længe kæretilladelse er påkrævet, anlægger en lempelig vurdering af kriterierne i retsplejeloven henset til en kontrolundersøgelses meget indgribende karakter.

Hvis en virksomhed, med tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, kærer en retskendelse om kontrolundersøgelse til landsretten, kan virksomheden bl.a. nedlægge påstand om, at retskendelsen ikke lever op til kravene efter EMRK artikel 8 eller danske retsregler. Justitia anbefaler, at en virksomhed søger Procesbevillingsnævnets tilladelse til at kære en kendelse om kontrolundersøgelse efter konkurrencelovens §§ 18 eller 18 a:

- Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om kontrolundersøgelse ikke lever op til kravene i EMRK artikel 8 og konkurrenceloven, og retten herefter ikke i sin kendelse afviser anmodningen om kontrolundersøgelse,
- hvis kendelsen ikke lever op til retsplejelovens begrundelseskrav, eller
- hvis retten i sin kendelse ikke udtrykkeligt forholder sig til kravene i EMRK artikel 8 og konkurrenceloven om,
    - *at* der skal være en rimelig formodning om, at den, kendelsen retter sig imod, har overtrådt konkurrenceloven,
    - *at* der er rimelig mistanke om, at der ved en kontrolundersøgelse kan findes beviser for en overtrædelse, som det påhviler styrelsen at bevise,
    - *at* kontrolundersøgelsen skal være proportional, og endelig
    - *at* kontrolundersøgelsens genstand skal afgrænses.

  Det bemærkes, at spørgsmålet om overholdelse af EMRK artikel 8 beror på en samlet vurdering af alle sagens omstændigheder. Hvis der meddeles kæretilladelse, skal landsretten vurdere de ovennævnte forhold.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser om selvinkriminering og legal professional privilege kan indbringes for Konkurrenceankenævnet. En række problemer vedr. opsættende virkning af sådanne afgørelser er helt uomtalt i forarbejderne til konkurrenceloven. Justitia anbefaler:

- At enten Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Konkurrenceankenævnet uden undtagelse tillægger en anke opsættende virkning.
- At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udfærdiger spørgsmål, der er tvist om, skriftligt, og at styrelsen udførligt redegør for ifølge hvilken hjemmel og med hvilken begrundelse, der er pligt til at besvare spørgsmålet.
- At den, der påberåber sig legal professional privilege, udførligt begrunder dette uden derved at referere indholdet af det dokument, der er tvist om.
- At Konkurrenceankenævnet i en kendelse om legal professional privilege undlader at referere dokumentets indhold, idet afgørelsen skal kunne indbringes for Sø- og

Handelsretten, uden at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen får kendskab til dokumentets indhold.

- At Konkurrenceankenævnet tillægger enhver anke til Sø- og Handelsretten af en afgørelse om legal professional privilege opsættende virkning. Nævnet er ikke en domstol, og det følger af EU-domstolens praksis, at konkurrencemyndigheden ikke må få kendskab til dokumentets indhold, før kravet om beskyttelse har været vurderet af en uafhængig domstol.

FORELØBIGE PÅBUD

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser om foreløbige påbud kan indbringes for Konkurrenceankenævnet, hvis prøvelse af afgørelsen dog er begrænset til en legalitets- og proportionalitetsprøvelse som led i en særlig hasteprocedure. Justitia anbefaler:

- At konkurrencelovens § 19, stk. 6 ændres således, at Konkurrenceankenævnet i en særligt tilrettelagt hasteprocedure kan foretage en fuldstændig prøvelse af styrelsens afgørelse på samme faktuelle grundlag, som styrelsen havde ved sin afgørelse.
- At ankesagen kan undergives mundtlig behandling i nævnet, hvis klager måtte ønske dette.

JUSTITIA

DANMARKS UAFHÆNGIGE
JURIDISKE TÆNKETANK