

Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

København
27. august 2021

Ved mail af 2. august 2021 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, anmodet om Justitias bemærkninger til udkast til vejledning om selvinkriminering på konkurrencelovens område (herefter vejledningen).

Justitia finder helt overordnet, at udkastet til vejledning loyalt og fyldestgørende redegør for såvel virksomheders som enkeltpersoners retsstilling for så vidt angår det EU retlige forbud mod selvinkriminering for virksomheder, jf. konkurrencelovens § 17b og retssikkerhedslovens § 10 for så vidt angår enkeltpersoner, således som disse bestemmelser skal anvendes ved afgrænsningen af virksomheders og enkeltpersoners oplysningspligt i konkurrencesager.

Vejledningens tekst giver dog anledning til enkelte bemærkninger.

Det anføres flere steder i vejledningens tekst, f.eks. i første afsnit i faktaboks i indledningens side 2, at oplysningspligten indebærer en pligt for virksomheden til at udlevere *alle* allerede eksisterende dokumenter, også selv om disse måtte indeholde bevis for en overtrædelse. Disse udsagn om pligten til at udlevere dokumenter forekommer at være for bastante og unuancerede, idet dokumenter omfattet af legal professional privilege ikke kan forlanges udleveret. Det samme gælder dokumenter "out of scope". Der henvises til Justitias analyse "Konkurrencelovens Tvangsindgreb"¹ (herefter Justitias analyse) afsnit 4.2.3.3 om legal professional privilege og afsnit 4.2.3.4 om dokumenter "out of scope". Teksten i vejledningen bør derfor tilpasses, således at disse begrænsninger i pligten til at udlevere dokumenter beskrives. Det kan eventuelt ske ved en henvisning til den kommende vejledning om kontrolundersøgelser, som bør indeholde en mere udbygget beskrivelse af reglerne om legal professional privilege og dokumenter "out of scope".

I vejledningens afsnit 1.2 tredjesidste afsnit anføres, at en virksomhed kan have pligt til at foretage beregninger, hvis styrelsen måtte have brug herfor i forhold til oplysning af sagen. Dette udsagn, som ikke inddrager proportionalitetshensyn, bør genovervejes. Der henvises til Justitias analyse side 55, 1. afsnit.

¹ http://justitia-int.org/konkurrencelovens_tvangsindgreb_2021/

I vejledningens afsnit 1.2 anføres, at en virksomhed kan have pligt til at oplyse om forretningsstrategier og vurderinger af markedsforhold. Eksemplerne er måske ikke de heldigste, idet spørgsmål om netop sådanne forhold indebærer en risiko for selvinkriminering. Det samme gælder for så vidt spørgsmål om omkostninger, herunder beregning af enhedsomkostninger, hvor der kan være en ikke ringe risiko for, at en virksomhed tvinges til at inkriminere sig selv ved de facto at give oplysninger, som beviser, at virksomheden har misbrugt en dominerende stilling. Dette er selvsagt ikke til hinder for, at virksomheden vil have pligt til at udlevere alt relevant regnskabsmateriale.

I vejledningens afsnit 1.4 beskrives muligheden for at klage til Konkurrenceankenævnet over en afgørelse om, at en virksomhed har pligt til at besvare et spørgsmål, som virksomheden finder er omfattet af det EU retlige forbud mod selvinkriminering. Det tilsvarende afsnit for så vidt angår fysiske personer findes i afsnit 2.3.

Det anføres, at den der klager, kan anmode Konkurrenceankenævnet om at tillægge klagen opsættende virkning. Der henvises om dette spørgsmål til Justitias analyse side 92-93. Det fremgår heraf, at en klage normalt bør tillægges opsættende virkning, og at også styrelsen selv kan tillægge klagen opsættende virkning. Denne mulighed bør fremgå af vejledningen. Det bør overvejes om det også bør fremgå af vejledningen, at styrelsen undtagelsesvis kan omgøre sin afgørelse med den virkning, at klagen bortfalder.

For så vidt angår enkeltmandsvirksomheder, er der, som påpeget i Justitias analyse side 77-79, i forbindelse med lovændringen opstået en række vanskelige afgrænsningsproblemer i relation til såvel oplysningspligt, sanktioner for overtrædelse af konkurrenceloven og i relation til både kontrolundersøgelser og ransagninger iværksat af SØIK.

Det er utvivlsomt rigtigt, som antaget af styrelsen, at enkeltmandsvirksomheder opfylder virksomhedsbegrebet i konkurrenceloven og at virksomheden derfor skal sanktioneres for overtrædelser af loven i form af en civil bøde enten i form af en bødevedtagelse eller en civil dom afsagt af Sø- og Handelsretten.

Hverken en civil bødevedtagelse eller en bøde pålagt ved en civil dom, kan formentlig tillægges positiv retskraft, således at resultatet skal lægges til grund i eventuelle straffesager mod ejeren af en enkeltmandsvirksomhed eller enkeltmandsvirksomhedens ledende medarbejdere, som forsætligt eller groft uagtsomt måtte have medvirket til enkeltmandsvirksomhedens overtrædelse af konkurrenceloven. Hertil er den bevisbedømmelse og de processuelle regler, der gælder for henholdsvis behandlingen af civile sager og straffesager alt for forskellig.

En bødevedtagelse eller en civil bøde pålagt ved dom kan imidlertid næppe heller tillægges negativ retskraft således, at sådanne sanktioner i sig selv udelukker, at der senere rejses en straffesag mod eneejeren.

Det er derfor meget tvivlsomt, om det er rigtigt, når styrelsen i vejledningens afsnit 1.3 anfører, at ejeren af en enkeltmandsvirksomhed, som følge af princippet om "ne bis in idem", ikke vil kunne blive pålagt en personlig straf for forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af konkurrenceloven eller kunne blive udsat for en ransagning iværksat i strafferetsplejens former af SØIK.

Det står naturligvis styrelsen frit for at anlægge en praksis, som indebærer, at man ikke anmelder eneejerens forsætlige eller groft uagtsomme medvirken til virksomhedens overtrædelse af konkurrenceloven til SØIK, men en sådan praksis vil ikke binde SØIK i tilfælde, hvor tredjemand (f.eks. en konkurrent) indgiver en anmeldelse til SØIK om eneejerens forsætlige eller groft uagtsomme medvirken til, at enkeltmandsvirksomheden har medvirket til indgåelse af en ulovlig kartelaftale.

Rigtigheden af styrelsens fortolkning, af det i dansk ret gældende princip om "ne bis in idem", beror i høj grad på, hvorledes en civil bøde, enten i form af en vedtagelse eller en civil dom, anskues i relation til art 4 i protokol nr.7 til EMRK.

Det følger af retspraksis fra EMD, at det *ikke* efter ovennævnte protokol er udelukket at rejse en strafferetlig tiltale mod en person for f.eks. overtrædelse af skattelovgivningen, selv om skattemyndighederne har pålagt personen en administrativ bøde for den samme forseelse, som skal prøves under straffesagen. Justitia skal i denne forbindelse henvise til EMDs dom af 10. februar 2009 i Zolotukhin mod Rusland i appl. nr. 14939/03, EMDs dom af 15. november 2016 i sagen A og B mod Norge i appl. 24130/11 og 29758/11 og endelig EMDs dom af 18. maj 2017 i sagen Jóhannesson mod Island i sagen appl. 22007/11.

En bøde pålagt ved en civil dom er en ganske ny retlig model, men der er i relation til negativ retskraft næppe grundt til at anskue en sådan dom på en anden måde end en administrativ bøde. Rent administrative bøder for overtrædelse af konkurrenceloven er i Europæisk sammenhæng den absolutte hovedregel, så i de fleste andre lande som har gennemført Effektiviseringsdirektivet vil spørgsmålet om negativ retskraft af en bøde fastsat i en civil dom slet ikke opstå. Hertil kommer, at de processuelle regler der gælder for Sø- og Handelsrettens behandling af civile sager om civile bøder, på helt afgørende punkter adskiller sig fra behandlingen af straffesager.

Den usikkerhed der kan rejses om styrelsens fortolkning af princippet om "ne bis in idem" har også betydning for anvendelse af reglerne om selvinkriminering. Justitia finder det på baggrund af det ovenfor anførte tvivlsomt, om det er rigtigt når styrelsen antager, at ejeren af

en enkeltmandsvirksomhed alene er omfattet af det EU retlige forbud mod selvinkriminering og ikke af forbuddet i retssikkerhedslovens § 10. Der henvises til Justitias analyse side 77-79.

Styrelsens fortolkning af princippet om "ne bis in idem" synes heller ikke have støtte i nyere juridisk litteratur. Justitia skal herved henvise til "Straffeprocessen" 3. udgave 2018 ved Michael Kistrup med flere side 998 ff. og "Dansk Retspleje", 8. udgave 2020 ved Lindencrone/Werlauff side 426 ff.

Justitia tillader sig at foreslå, at styrelsens fortolkning af art 4 i protokol 7 til EMRK forelægges for Justitsministeriet.

Justitia skal endvidere påpege, at vejledningen kan give anledning til tvivl om, hvorvidt styrelsen vil undlade at indgive anmeldelse til SØIK med anmodning om tiltalerejsning mod andre ledende medarbejdere end enejeeren i enkeltmandsvirksomheder, hvorved bemærkes, at enkeltmandsvirksomheder også kan være store virksomheder med mange medarbejdere, herunder også det der må karakteriseres som ledende medarbejdere

Hvis styrelsens fortolkning af "ne bis in idem" reglerne for så vidt angår enejeeren efter styrelsens opfattelse fører til, at der heller ikke vil blive indledt en strafferetlig forfølgning mod ledende medarbejdere i enkeltmandsvirksomheder, bør dette fremgå af vejledningen.

Mener styrelsen omvendt, at ledende medarbejdere i en enkeltmandsvirksomhed kan straffes for groft uagtsom eller forsætlig medvirken til overtrædelse af konkurrenceloven, vil dette kunne føre til det meget stødende resultat, at en ledende medarbejder, som i tæt samarbejde med enejeeren forsætligt har medvirket til overtrædelse af konkurrenceloven idømmes en egentlig straf, medens enejeeren, i hvis økonomiske interesse dispositionen er foretaget, alene sanktioneres med en civil bøde.

Justitia skal også henlede styrelsens opmærksomhed på, at styrelsens løsning for så vidt angår enkeltmandsvirksomheder også kan forekomme stødende og urimelig når den sammenholdes med situationen for så vidt angår anpartsselskaber, hvor alle anparter ejes af den samme person, som er direktør i selskabet og derfor har samme fulde kontrol over virksomheden som enejeeren af en enkeltmandsvirksomhed. Her er der ingen tvivl om, at direktøren vil kunne strafforfølges samtidig med, at selskabet pålægges en civil bøde.

Eksemplet viser, at konsekvenserne af i Danmark at opretholde et dualistisk sanktionssystem for virksomheder og enkeltpersoner, slet ikke i tilstrækkelig grad har været gennemarbejdet i forbindelse med den seneste ændring af konkurrenceloven.

Justitia skal endeligt fremhæve, at Justitia i sin analyse side 79 i forbindelse med enkeltmandsvirksomheder, behandler spørgsmålet om vidnefritagelse for enkeltpersoner, som i relation til enejeeren må anses for nærtstående. Vidnefritagelsesreglerne i retsplejelovens §

171 gælder både i civile sager og i straffesager og vil således formentlig også kunne påberåbes under en civil bødesag i Sø- og Handelsretten mod virksomheden, da der jo er identitet mellem person og virksomhed. Vidnefritagelsesreglerne bør efter Justitias opfattelse også respekteres under den administrative behandling af konkurrencesager og under en eventuel kontrolundersøgelse i henhold til en retskendelse. Det bør overvejes om dette bør fremgå af vejledningens afsnit om enkeltmandsvirksomheder.



Henrik Rothe
Projektleder i Justitia
Adjungeret professor CBS