

3/2010



Erhvervsjuridisk Tidsskrift

## Indhold

- 149 Konkurrenceloven og konkurrencepraksis 1998 – 2009
- 161 Konkurrencelovens tvangsindgreb
- 171 M&A tendenser i 2010, herunder i lyset af selskabsloven
- 181 Islamiske finansieringsaftaler
- 187 Om begrebet "investering" i Danmarks bilaterale traktater om investeringsbeskyttelse
- 211 Forbrugerkredit – nye regler
- 225 Retlig håndhævelse af informationsforpligtelser i (licens)kontrakter
- 239 Advokatundersøgelser og finansiel (u)stabilitet
- 255 Domscommentar
- 261 Anmeldelser
- 269 Skribenter



THOMSON REUTERS

# Konkurrencelovens tvangsindgreb

Af Jacob Mchangama

**Konkurrencestyrelsens kontrolundersøgelser af danske virksomheder foregår på et grundlag, der rejser berettiget tvivl om, hvorvidt kontrolundersøgelserne overholder den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK's) krav om, at retskendelser skal være præcise og ransagninger proportionale.**

I henhold til konkurrencelovens §§ 17 og 18 kan Konkurrencestyrelsen pålægge virksomheder oplysningspligt, at udlevere dokumenter og/eller at lade sig underkaste en fysisk inspektion. Konkurrencestyrelsen kan endvidere "beslaglægge" dokumenter og oplysninger, som måtte blive tilvejebragt under en fysisk inspektion. Kataloget af tvangsinstrumenter bringes i anvendelse når Konkurrencestyrelsen har "mistanke" om uregelmæssigheder i en branche, samt en begrundet forventning om at en eller flere virksomheder kan bidrage til afdækningen heraf, f.eks. fordi de måtte ligge inde med "belastende" dokumenter eller informationer. Kun såfremt virksomheden således vurderes at kunne yde et bidrag til opklaringen af mulige lovovertrædelser, vil det være proportionalt at iværksætte et tvangsindgreb overfor denne, jf. retssikkerhedslovens § 2 som nærmere omtalt nedenfor. Der skal altså foreligge en grad af mistanke om overtrædelser af konkurrenceloven, der dog ikke behøver være rettet mod den konkrete virksomhed. Omvendt må mistanken, hverken generelt eller mod den specifikke virksomhed, have en sådan fasthed, at sagen rettelig burde være oversendt til politiet til videre efterforskning, jf. retssikkerhedslovens § 9. Konkurrencestyrelsens anvendelse af såvel §§ 17 og 18 forudsætter således en delikat balancegang mellem en mistanke, der hverken må være for løs eller for stærk, og alene indenfor dette rum kan bestemmelserne bringes i anvendelse.

## Udvidelsen af adgangen i 2010

Jf. nedenfor er der væsentlige retssikkerhedsmæssige problemer ved denne balancering grundet Konkurrencestyrelsens konkrete forvaltning af mulighederne for tvangsindgreb. På trods af de eksisterende betænkeligheder har Folketinget i 2010 udvidet adgangen til at bringe tvangsinstrumenterne i anvendelse<sup>1</sup>, og derved forstærket de allerede eksisterende problemer. Inspireret af EU Kommissionens praksis påtænkes kataloget af tvangsinstrumenter fremover tillige anvendt i tilknytning til generelle brancheanalyser, såkaldte sektorundersøgelser. D.v.s. i situationer, hvor der ikke er "mistanke" om konkurrenceovertrædelser og over for virksomheder, der på ingen måde anses for involveret i sådanne. I modsætning til tidligere kan tvangsinstrumenterne nu også anvendes i situationer, hvor der end ikke er identificeret reelle konkurrenceproblemer indenfor en sektor, og hvor ingen form for "mistanke" eksisterer. Det eneste, som danner grundlag for Konkurrencestyrelsens ønske om at åbne en undersøgelse, er en grad af uigennemsigthed, som forventes elimineret via en sektorundersøgelse. Simplificeret set er den nedre grænse for mistankekravet altså ophævet og erstattet af en diskretionær adgang for Konkurrencestyrelsen til at anvende kontrolundersøgelser.

## Kravet om retskendelse – Konkurrencelovens retssikkerhedsgaranti

I henhold til Konkurrencelovens § 18, stk. 3 kan Konkurrencestyrelsens kontrolundersøgelser alene ske efter indhentet retskendelse, som efter anmodning udstedes af den kompetente byret, jf. retsplejelovens § 694. Selvom Konkurrenceloven opstiller krav om retskendelse som betingelse for iværksættelse af kontrolundersøgelser, er

<sup>1</sup> Lov nr. 495 af 12. maj 2010 om ændring af konkurrenceloven og lov om benzinforhandlerkontrakter (ikrafttræden 1. oktober 2010)

dette i sig selv utilstrækkeligt til at imødegå de retssikkerhedsmæssige problemer. Jf. nærmere nedenfor følger det af retssikkerhedsloven og i særdeleshed EMRK, at der skal ske en proportionalitetsprøvelse samt opstilles værn imod misbrug fra myndighedernes side i tilknytning til kontrolundersøgelser, herunder særligt i forbindelse med udformningen af retskendelser. Begge krav forudsætter ultimativt en vurdering af de foreliggende "beviser" for og karakteren af "mistanken" samt hvordan virksomhedens konkrete forhold relaterer sig hertil. Et krav, der igen forudsætter, at Konkurrencestyrelsen for retten fremlægger den foreliggende dokumentation, der støtter anmodningen om retskendelse. Retten kan herefter tage stilling til begrundelsen og proportionaliteten af anmodningen og tillade det påtænkte tvangsskridt under den forudsætning, at tvangsindgrebet respekterer de materielle begrænsninger opstillet i retskendelsen. Hvor det i sagens natur er umuligt at fremlægge nogen form for dokumentation i tilknytning til en sektorundersøgelse, har der i forhold til egentlige konkurrencesager så vidt ses udviklet sig en praksis, hvor Konkurrencestyrelsen kun oversender få og sparsomme oplysninger til retterne, f.eks. at Konkurrencestyrelsen har "formodning" om overtrædelser, der dog ikke begrundes nærmere. Konkurrencestyrelsen forsyner altså ikke retterne med de oplysninger, der skal muliggøre den foreskrevne prøvelse, og det er her konflikten med bl.a. EMRK for alvor opstår.

Ovenstående retsstilling sætter – særligt i lyset af den nylige udvidelse af retshåndhævelsen – spørgsmålstegn ved, hvorvidt Konkurrencestyrelsens kontrolundersøgelser lever op til retssikkerhedslovens og særligt EMRK's beskyttelse. Navnlig fremstår retsstillingen som uforenelig med retten til respekt for privatliv og hjemmet jf. EMRK artikel 8, der også gælder for virksomheder.

### Grundlovens § 72

Grundlovens § 72 fastslår, at "*Boligen er ukrænkelig. Husundersøgelse, beslaglæggelse og undersøgelse af breve og andre papirer samt brud på post-, telegraf- og telefonhemmeligheden må, hvor ingen lov hjemler en særegen undtagelse, alene ske efter en retskendelse*".

Grundlovens udgangspunkt er således, at tvangsind-

greb i private hjem (og virksomheder)<sup>2</sup> kræver retskendelse. Det antages generelt i litteraturen og lovgivningspraksis, at grundlovens § 72 også finder anvendelse uden for strafferetsplejen.<sup>3</sup> Grundlovens udgangspunkt tillader imidlertid, at kravet om retskendelse kan fraviges ved lov. Da grundlovens hovedregel om lovhjemmel for tvangsindgreb ikke stiller nogle materielle krav til sådan lovhjemmel rejser konkurrencelovens §§ 17 og 18 ikke nogen spørgsmål om grundlovmæssigheden af disse bestemmelser eller de kontrolundersøgelser der iværksættes med hjemmel heri.

### Vedtagelsen af Retssikkerhedsloven og betydningen heraf

I 2003 afgav Retssikkerhedskommissionen betænkning 2003/1428, der bl.a. indeholdt Retssikkerhedskommissionens udkast til retssikkerhedsloven. I det daværende regeringsgrundlag fra 2001, der dannede baggrund for nedsættelse af Retssikkerhedskommissionen, hed det bl.a.:

*"Regeringen ønsker at forbedre borgerens retssikkerhed. Den stigende regulering har medført, at de offentlige myndigheder forlanger flere og flere oplysninger. I alt for mange tilfælde har myndighederne fået adgang til private boliger og ejendomme uden retskendelse. Det udgør en voksende risiko for den enkelte borgers retssikkerhed og de grundlovssikrede frihedsrettigheder".<sup>4</sup>*

Retssikkerhedsloven trådte i kraft 1. januar 2005 og indeholder en række generelle bestemmelser, som skal iagttages, når offentlige myndigheder uden for strafferetsplejen foretager tvangsindgreb overfor borgere og virksomheder. Loven fastslår bl.a., at der gælder et proportionalitetsprincip, at visse bestemmelser i forvaltningsloven skal overholdes i forbindelse med udførelsen af tvangsindgreb, en hovedregel om forudgående underretningspligt og beskyttelse mod selvinkriminering. Loven fastslår også, at retsplejelovens bestemmelser skal anvendes, hvis der er en rimelig mistanke om en lovovertrædelse. En række af disse bestemmelser udgør kodificering eller sammenskrivning af almindelige forvaltningsretlige retsgrundsætninger eller retsregler fra andre relevante love.

2 Henrik Zahle, Dansk Forfatningsret, bind 3, Menneskerettigheder, 3. Udgave, 2003, p. 259.

3 Se betænkning 1428/2003 kapitel 3.3 for en kort redegørelse herfor med yderligere litteraturhenvisninger.

4 Betænkning 1428/2003 kapitel 7.1

Ved vedtagelsen af retssikkerhedsloven i 2004<sup>5</sup> blev Konkurrencestyrelsens kontrolundersøgelser i første omgang ikke omfattet heraf. Det skete først ved en lovændring i 2007.<sup>6</sup> Baggrunden herfor var lovteknisk,<sup>7</sup> idet loven ved vedtagelsen var begrænset til kontrolundersøgelser, der skete uden retskendelse. Konkurrenceretlige kontrolundersøgelser kan jf. ovenfor alene iværksættes efter indhentet retskendelse.

Selvom retssikkerhedsloven oprindeligt ikke var rettet mod konkurrenceretlige kontrolundersøgelser, har den dog alligevel haft betydning herfor, bl.a. ved at opstille såvel en øvre som en nedre grænse for, hvornår sådanne undersøgelser kan iværksættes. Den øvre grænse fremgår således af § 9, der henviser sagen til behandling hos politiet, såfremt mistanken er tilstrækkelig stærk, mens den nedre grænse fremgår af § 2, der kodificerer det almindelige forvaltningsmæssige princip om proportionalitet således, at tvangsindgreb – in casu kontrolundersøgelser – alene kan iværksættes, såfremt der ikke findes mindre indgribende tiltag, samt at selve kontrolundersøgelsen skal stå i rimeligt forhold til det mål, som undersøgelsen søger at opnå.<sup>8</sup> Selvom begge krav i princippet fulgte af andre retsregler,<sup>9</sup> har den eksplicite formulering af disse principper skabt en øget grad af klarhed. Navnlige det sidste krav, dvs. proportionalitetsforudsætningen, forudsætter en rimelighedsvurdering, hvilket implicit må forudsætte en grad af mistanke rettet mod den enkelte virksomhed, jf. det tidligere gennemgåede omkring formuleringen af konkurrencelovens §§ 17 og 18. Koblingen mellem retssikkerhedsloven og konkurrenceloven tydeliggør altså, at kataloget af tvangsinstrumenter i sidste ende alene kan bringes i anvendelse i tilknytning til en konkret sag. Selvom der således ikke nødvendigvis forefindes en konkret mistanke rettet mod den specifikke virksomhed, må der som minimum findes en mistanke

om alvorlige konkurrenceproblemer og/eller lovovertrædelser i sektoren, førend en kontrolundersøgelse kan igangsættes. Dette mistankekrav adskiller konkurrencelovens kontrolundersøgelser fra de tvangsindgreb i form af uvarslet stikprøvekontrol på eksempelvis fødevare- og skatteområdet, der i sagens natur ikke er baseret på mistankekrav eller opfyldelsen af andre materielle betingelser, som udgør en stor del af de tvangsindgreb der er omfattet af retssikkerhedsloven.<sup>10</sup> Det er således den klare undtagelse, at der som i konkurrenceloven opstilles krav om forudgående retskendelse ved tvangsindgreb (uanset at grundlovens § 72 opstiller en hovedregel om retskendelse) uden for strafferetsplejen.

### EMRK og kontrolundersøgelser

Udover grundlovens § 72 og retssikkerhedsloven finder EMRK også anvendelse for så vidt angår tvangsindgreb. EMRK artikel 8 sikrer enhver retten "*til respekt for... privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance*". Indgreb i denne rettighed kan kun finde sted "*for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed*." Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har slået fast, at EMRK artikel 8 også gælder for private virksomheder.<sup>11</sup> EMRK's beskyttelsesområde er således bredere end grundlovens, idet ethvert indgreb i "*hjemmet*" eller "*privatlivet*" ikke blot kræver lovhjemmel, men også at loven forfølger et legitimt mål, og at indgrebet er proportionelt.

EMD har i en række sager fundet, at tvangsindgreb i form af ransagelser og beslaglæggelse af virksomheders

5 Jvf. lov nr. 442 af 9. juni 2004, om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt med forudgående betænkning nr. 1423 - Retssikkerhedskommissionens betænkning.

6 Lov nr. 525 af 6. juni i 2007 om ændring af lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter (Udvidelse af lovens anvendelsesområde og ophævelse af revisionsbestemmelse)

7 Ved vedtagelsen blev loven begrænset til kontrolundersøgelser, der skete uden retskendelse. Jf. ovenfor forudsætter konkurrencelovens § 18 retskendelse, hvorved konkurrenceretlige kontrolundersøgelser ikke var omfattet af loven.

8 Ole Hasselgaard m.fl. Retssikkerhedsloven med Kommentarer, Jurist- og Økonomforbundet, 2005, p. 50.

9 Proportionalitetsprincippet følger af den almindelige forvaltningsretlige grundsætning, jf. Hans Gammeltoft Hansen m.fl., Forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundet, 2. Udgave 2003, p. 372.

10 Justitsministeriets redegørelse om forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter uden for strafferetsplejen februar 2009. Tilgængelig her: <http://jm.schultzboghandel.dk/upload/microsites/jm/ebooks/redegoerelser/all.pdf>.

11 Société Colas Est and others v. France, (16. juli 2007), para.41 og Buck v. Germany (28. April 2005) para. 31.

dokumenter var i strid med artikel 8. EMD har tillige slået fast, at undtagelser til hovedreglen om at tvangsindgreb er tilladt, skal fortolkes indskrænkende.<sup>12</sup> Endvidere skal EMRK's rettigheder være "praktiske og effektive", således at deres beskyttelse ikke bliver illusorisk.<sup>13</sup> I vurderingen af om et indgreb er nødvendigt i et demokratisk samfund, har EMD endvidere klargjort, at den relevante lov skal indeholde "tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier mod misbrug og vilkårlighed".<sup>14</sup>

EMD vil i sin vurdering af tvangsindgreb lægge betydelig vægt på, hvorvidt indgreb er baseret på retskendelser og kendelsens udformning særligt i sager, hvor tvangsindgreb kan resultere i alvorlige sanktioner, hvilket er tilfældet på konkurrencerettens område.<sup>15</sup> Det skal i den forbindelse nævnes, at daværende Økonomi- og Erhvervsminister Lene Espersen i 2009 nedsatte et udvalg, der bl.a. skal se på muligheden for at idømme fængselsstraf for overtrædelse af konkurrenceretten.<sup>16</sup> Hvor national ret stiller krav om retskendelser, vil en retskendelse, der er udformet på en bred og upræcis måde, kunne udgøre en selvstændig krænkelse af EMRK artikel 8.<sup>17</sup>

I Van Rossem-sagen fandt EMD således, at fem retskendelser, der tillod politiet at "gennemse og beslaglægge alle genstande og dokumenter der kan være behjælpelig for undersøgelsen," var for bredt formuleret, uanset at den belgiske lovgivning indeholdt en række proceduremæssige retsgarantier. Da retskendelsen ikke indeholdt nogen begrænsninger, gav den for vidtgående beføjelser til myndighederne. EMD fastslog, at kendelsen som minimum skulle indeholde tilstrækkelig information til at fastslå, hvorvidt politiets ransagning og beslaglæggelse rent faktisk levede op til retskendelsens bemyndigelse.<sup>18</sup>

Det forhold, at de personer, der udførte ransagningen, "vidste hvad de skulle lede efter", var ikke et tilstrækkeligt værn, da det er afgørende, at adressaten for en

ransagning samt uafhængige tredjeparter har tilstrækkelig information til at kunne identificere, forhindre og imødegå misbrug.

I afgørelsen Tamosius mod Storbritannien afviste EMD at realitetsbehandle en klage over skattemyndighedernes ransagning af et advokatkontor. Klager gjorde bl.a. gældende, at to retskendelser var udformet for bredt og upræcist og ikke indeholdt detaljer om relevante genstande og personer. EMD konkluderede, at:

*the first warrant related to any items relating to serious tax fraud. However, a second warrant was issued, which included a schedule of 35 companies and individuals listed as being under investigation. It was this warrant that was executed, although the domestic courts gave the opinion that both were equally lawful. The Court is not persuaded that in these circumstances the applicant was denied sufficient indication of the purpose of the search to enable him to assess whether the investigation team acted unlawfully or exceeded their powers.*<sup>19</sup>

EMD lagde således afgørende 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, som ransagningen knyttede sig til.

I Iliya Stefanov v. Bulgaria fandt EMD, at artikel 8 var krænkert i forbindelse med en ransagning af et advokatkontor. EMD slog fast, at:

*The mere fact that an application for a warrant has been subject to judicial scrutiny will not in itself necessarily amount to a sufficient safeguard against abuse. The Court must rather examine the particular circumstances and evaluate whether the legal framework and the limits on the powers exercised were an adequate protection against arbitrary interference by the authorities*

12 Société Colas Est and others v. France (16. Juli 2007) para 47.

13 Louizidou v. Turkey (23. Marts 1995), para. 72 og Jon Fredrik Kjølbros "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere" (2005) p. 20.

14 Ibid para 48, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria (16. oktober 2007) par. 57, Buck v. Germany (28. April 2005) para. 46 og 50, og Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004) para. 45. Se også Jon Fredrik Kjølbros "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere" (2005) p. 475.

15 Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria (16. oktober 2007) par. 57.

16 <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/index.php?id=28818>.

17 Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004) para. 45.

18 Ibid.

19 Afgørelse af 19. september 2002 Application no. 62002/00.

I sin vurdering af selve retskendelsen lagde EMD vægt på, at:

*neither the application for its issue nor the warrant itself specified what items and documents were expected to be found in the applicant's office, or how they would be relevant to the investigation[...] According to the Court's case-law, search warrants have to be drafted, as far as practicable, in a manner calculated to keep their impact within reasonable bounds[...] The Court therefore finds that, in the circumstances, the warrant was drawn in overly broad terms and was thus not capable of minimising the interference with the applicant's Article 8 rights<sup>20</sup>*

I Aleksyan mod Rusland der også vedrørte en ransagning af et advokatkontor fortsatte EMD linjen fra Van Rossem og Iliya Stefanov og fandt artikel 8 krænkede da:

*the search warrants at issue were formulated in excessively broad terms. They allowed the prosecution authorities to search for "documents and objects important for the investigation". Such wording gave the prosecution unrestricted discretion in determining which documents were "of interest" for the criminal investigation. The Court recalls that in the case of Smirnov v. Russia, cited above, the vagueness of the search warrant was the key element which led the Court to conclude that the search in the lawyer's flat had been incompatible with Article 8 of the Convention.*

På den baggrund fandt EMD, at de mangelfulde retskendelser i sig selv var tilstrækkelige til, at artikel 8 var overtrådt.

Det forhold, at der foreligger en retskendelse, vil således ikke automatisk medføre, at et givet tvangsindgreb lever op til kravene i EMRK artikel 8. Det vil også have væsentlig betydning, hvorvidt myndighedernes adgang til tvangsindgreb indeholder materielle og tidsmæssige begrænsninger, eller om den er ubegrænset og dermed indeholder en høj grad af diskretion for myndighederne til at udføre indgrebet.<sup>21</sup>

Uanset om den relevante lovgivning og eventuelle retskendelse lever op til legalitetsprincippet i artikel 8s forstand, skal den konkrete ransagning og beslaglæggelse også være proportional. I denne vurdering vil EMD

lægge vægt på "karakteren og alvoren af den lovovertrædelse, der begrundet indgrebet, den måde og de omstændigheder under hvilke beslutningen blev truffet, indholdet og omfanget af beslutningen om ransagning, karakteren af de ransagede lokaler og omfanget af mulige følger for den berørte persons omdømme".<sup>22</sup> Muligheden for at påklage tvangsindgreb kan ligeledes indgå i vurderingen.<sup>23</sup>

Det skal bemærkes, at de ovennævnte afgørelser med undtagelse af Société Colas Est vedrører tvangsindgreb indenfor strafferetsplejen. Tvangsindgreb her i landet skal gennemføres efter reglerne i retsplejeloven om strafferetsplejen i tilfælde, hvor adressaten "med rimelig grund mistænkes for at have begået en lovovertrædelse", jf. retssikkerhedslovens § 9 som omtalt ovenfor. I Société Colas Est lagde EMD dog udtrykkeligt til grund, at der var tale om "a large-scale administrative investigation", og ransagningen blev da også forestået af de franske konkurrencemyndigheder. På denne baggrund må ovennævnte principper antages også at finde anvendelse for så vidt angår andre administrative tvangsindgreb og ikke være forbeholdt tvangsindgreb indenfor strafferetsplejen. Retsikkerhedskommissionens betragtning om, at Société Colas sagen involverede "efterforskningskridt indenfor strafferetsplejen", da den franske konkurrencelov indeholdt strafsanktioner, kan således ikke uden videre føre til den konklusion, at EMD's ovennævnte praksis ingen relevans har for tvangsindgreb uden for strafferetsplejen.<sup>24</sup> Særligt ikke hvor loven indeholder indgribende sanktioner, der ikke udgør straf i lovens forstand.

EMRK's krav til anvendelsen af kontrolundersøgelser Samlet må det antages, at EMRK herunder navnlig artikel 8 – i tillæg til retssikkerhedsloven – finder anvendelse i forhold til Konkurrencestyrelsens kontrolundersøgelser. Endvidere opstiller disse bestemmelser en retslig ramme indenfor hvilken bl.a. Konkurrence洛vens § 18 skal anvendes.

Den præcise karakter af rammen lader sig vanskeligt fastlægge. Det må dog være klart, at der kan opstilles et krav om, at indgreb er konkret begrundede, dvs. tilstrækkeligt sandsynliggjort og proportionalt i forhold til

20 Dom af 22. maj 2008.

21 Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria (16. oktober 2007) par. 57 og Van Rossem c. Belgique, (9. december 2004) para. 45.

22 Jon Fredrik Kjølbros "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for Praktikere" (2007) p. 582 med henvisning til Buck v. Germany.

23 Buck v. Germany (28. april 2005) para 46.

24 Betænkning 1428/2003 kapitel 6.10.

de "beviser", som ønskes tilvejebragt samt "grovheden" af den mulige overtrædelse. Reelt skal indgrebet altså vejes op mod graden af "mistanken." Desto mere konkret denne mistanke er, desto mere rimelig vil en beslutning om kontrolundersøgelse fremstå. Dette stiller krav til detaljeringsgraden og begrundelsen i anmodninger om retskendelser og udformningen af selve retskendelsen. Denne skal være tilstrækkelig præcis og afgrænset og relatere sig til den konkrete mistanke, som anmodningen om retskendelse er baseret på. Det betyder bl.a., at det må anses for problematisk, at man reelt fjerner bunden i mistankekravet, jf. det fremlagte lovforslag om sektorundersøgelser. Implicit i det nye lovforslag ligger nemlig muligheden for at anvende kontrolundersøgelser i tilknytning til sektorundersøgelser, hvor der netop ingen form for mistanke eksisterer. Et forhold, der eksplicit fremhæves i lovbemærkningerne.<sup>25</sup> Også i forhold til retssikkerhedsloven rejser lovændringen i 2010 problemer, jf. denne lovs § 2, der som nævnt indeholder et proportionalitetskrav. I teorien antages det rigtigt nok, at der i "praksis kun helt undtagelsesvist vil kunne opstå tilfælde, hvor gennemførelsen af et tvangsindgreb rejser spørgsmål i forhold til [retssikkerhedslovens] § 2".<sup>26</sup> Denne antagelse kan dog ikke uden videre opretholdes med samme vægt efter, at retssikkerhedsloven nu også omfatter tvangsindgreb baseret på retskendelser – såsom konkurrencelovens kontrolundersøgelser – når henses til Konkurrencelovens mistankekrav og den ovennævnte retspraksis fra EMD. De konkurrencemæssige kontrolundersøgelser efterlevelse af både retssikkerhedslovens § 2 og EMRK artikel 8 bliver i særdeleshed problematisk i forhold til EMRK, såfremt der ikke i tilknytning til hver kontrolundersøgelse sker en forudgående afgrænsning af formålet hermed i både anmodning og retskendelse. Brede og meget generelle beslutninger må således anses for uforenelige med EMRK.

Det må også være klart, at rammen forudsætter instrumenter egnede til at foregribe misbrug. Hvad der nærmere kan udgøre et misbrug, kan heller ikke udtømmende afgrænses. Et oplagt eksempel på misbrug er dog iværksættelsen af såkaldte "fisketure", dvs. kontrolundersøgelser, hvor Konkurrencestyrelsen reelt ikke fra starten har nogen form for mistanke, men "håber" på at fremfinde belastende dokumenter undervejs. Eventu-

elt at Konkurrencestyrelsen nok har mistanke om visse mindre overtrædelser, men reelt "håber" på at finde dokumenter, der understøtter eksistensen af grovere overtrædelser. Allerede i det eksisterende regelsæt er der risiko for fisketure og misbrug. Den nylige ophævelse af mistankekravet i forbindelse med kontrolundersøgelser iværksat som led i en sektorundersøgelse, vil alt andet lige øge risikoen herfor. Ved at åbne en egentlig konkurrencesag som en sektorundersøgelse gøres det muligt at påbegynde sager på et langt mere løst grundlag, og herefter løbende lade disse udvikles sig afhængigt af de fremskaffede midler. Selv hvor der ikke sker et egentlig misbrug, øger lovforslaget væsentligt risikoen for en række vanskelige grænsedragninger mellem "lejlighedsfund", dvs. beviser der dukker op under i øvrigt legal sektorundersøgelse, og "yderst belejlige fund", dvs. egentlig misbrug af regelsættet.

Det må dog også antages, at medlemsstaterne nyder en vis diskretion i, hvordan ovenstående ramme sikres, idet det primært er reglerens praktiske anvendelse, som kan danne grundlag for konflikter. Et probat og alment accepteret instrument er dog opstillingen af et krav om eksternt legalitetsprøvelse forud for iværksættelsen af kontrolundersøgelser f.eks. via krav om retskendelse. En sådan ordning er der da også, jf. nærmere nedenfor, formelt etableret i Danmark.

### Konkurrencestyrelsens forvaltning af konkurrencelovens § 18

Mens konkurrencelovens §§ 17 og 18 jf. ovenfor opstiller et katalog af tvangsinstrumenter, der kan bringes i anvendelse overfor virksomhederne, opstiller konkurrencelovens § 18, stk. 3 en væsentlig retssikkerhedsmæssig garanti i forhold til fysiske inspektioner. Disse kan således alene iværksættes efter indhentet retskendelse. Konkurrenceloven giver ikke nærmere retningslinjer for domstolens prøvelse af en fremsat anmodning og spørgsmålet er ikke nærmere behandlet i de specielle bemærkninger til lovforslaget fra 1997, hvoraf det alene fremgår, 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".<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og lov om benzinforhandlerkontrakter.

<sup>26</sup> Ole Hasselgaard m.v. Retssikkerhedsloven med Kommentarer, Jurist- og Økonomforbundet, 2005, p. 51.

<sup>27</sup> LFF 1997-02-20 nr. 172 Forslag til Konkurrencelov.

Bemærkningerne lægger umiddelbart op til en vid skønsadgang for Konkurrencestyrelsen. Denne forståelse bekræftes af domspraksis, der viser, at Konkurrencestyrelsen nyder en endog meget betragtelig skønsfrihed, og at den retlige prøvelse deraf er tilsvarende overordnet.<sup>28</sup>

I Trioplastsagen foretog Højesteret således ikke nogen egentlig prøvelse og i den såkaldte Telia sag tillagde Højesteret det ikke betydning, at Konkurrencestyrelsen foretog en kontrolundersøgelse på en adresse, der ikke var omfattet af den underliggende retskendelse.

Det må dog følge af såvel retssikkerhedsloven som EMRK, at der skal ske en proportionalitetsprøvelse, der igen forudsætter et katalog af oplysninger. Endvidere skal risikoen for misbrug imødegås, hvilket ligeledes kan tilsikres igennem opstillingen af et dokumentationskrav. Konkurrencestyrelsen skal altså i tilknytning til sin oversendelse af en anmodning om afsigelse af retskendelse dels opliste, hvilke konkrete lovovertrædelser der "efterforskes" og dels de forhold, der gør det plausibelt, at virksomheden enten selv er involveret heri og/eller er i besiddelse af belastende dokumenter. På baggrund heraf efterprøver domstolene boniteten af Konkurrencestyrelsens "mistanke" og afsiger i bekræftende fald retskendelse om at kontrolundersøgelsen kan iværksættes.

Den præcise karakter og omfang af de påkrævede oplysninger er vanskelig, hvis ikke umuligt at fastlægge på udtømmende vis. Det må dog være evident, at en anmodning, der alene støttes på en formodning om overtrædelser af konkurrenceoven, er utilstrækkelig. Den konkrete bestemmelse, som formodes overtrådt, bør angives, formentlig sammen med en angivelse af, om der f.eks. er tale om adfærd og aftaler indgået i forhold til kunder og eller konkurrenter. Konkurrenceretligt er der således signifikant forskel på en overtrædelse vedr. et vertikalt forhold (kunder og leverandører) eller et horisontalt forhold (konkurrenter). Endvidere bør det angives, hvilke faktuelle forhold, der begrunder "formodningen", f.eks. indgivelsen af en anmeldelse, en tilståelse eller en mistænkelig paralleladfærd.

Udover at muliggøre en proportionalitetsvurdering samt opstille et værn mod misbrug giver en korrekt og fyldig beskrivelse af mistanken og forholdene, der støtter denne, en virksomhed mulighed for at varetage deres berettigede interesser. Simplificeret set gøres virksomhederne via retskendelsen bekendt med karakteren og

grundlaget af "anklagerne" rettede mod denne. Derved kan virksomheden både planlægge sit forsvar, hvis relevant, og medvirke til at mistanken fjernes igennem en proaktiv udlevering af dokumenter og informationer. Retskendelsen er således nøglen til at imødegå konflikter med både retssikkerhedsloven og EMRK.

I forbindelse hermed er det problematisk, at Konkurrencestyrelsen almindeligvis kun oversender sparsomme oplysninger til retterne i tilknytning til fremsendelsen af en anmodning om retskendelse. Navnlig i sager, hvor der faktisk eksisterer andre og mere detaljerede "beviser" internt hos Konkurrencestyrelsen.

De sparsomme oplysninger kan belyses med en række eksempler, taget fra konkrete (anonymiserede) beslutninger fra Konkurrencestyrelsen, som har resulteret i, at domstolene har udstedt retskendelser hjemlende kontrolundersøgelser.

I en anmodning om kontrolundersøgelser skriver Konkurrencestyrelsen, at

*Konkurrencestyrelsen har en formodning om, at der på markedet for [udeladt] kan foregå konkurrencebegrænsende aktiviteter.*

*Konkurrencestyrelsen har en formodning om, at [udeladt] er involveret i de nævnte aktiviteter.*

*Konkurrencestyrelsens formodning er begrundet i flere henvendelser til styrelsen over, at [Udeladt] anvender urimelige pris- og rabatvilkår og andre konkurrencebegrænsende vilkår på markedet for [udeladt].*

*En sådan adfærd kan både indebære en overtrædelse af [...] konkurrenceovens § 6, stk. 1 [...] og § 11, stk. 1.*

Konkurrencestyrelsens beslutning om kontrolundersøgelse baserer sig således alene på en ikke specificeret formodning, der ikke er dokumenteret eller uddybet. Beslutningen kunne styrkes, såfremt Konkurrencestyrelsen medsendte og uddybede de henvendelser, som beslutningen er baseret på. Henvisningen til både §§ 6 og 11, to markant forskellige bestemmelser og "forbrydelser", indikerer også et meget tyndt grundlag for beslutningen. Konkurrencestyrelsen kan således end ikke bestemme sig for hvilken af konkurrenceovens to forbudsbestemmelser, som eventuelt er overtrådt.

I en anden anmodning hedder det i begrundelsen:

28 Se U.2003.1328H og U.2008.1098H.



*Konkurrencestyrelsen har en formodning om, at der på markedet for [udeladt] kan foregå konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aktiviteter i form af aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.*

*Konkurrencestyrelsens formodning er begrundet i en henvendelse, der indikerer, at der på markedet for [udeladt] foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.*

*[Udeladt] er en forhandler af varer på dette marked, og Konkurrencestyrelsen har en formodning om, at virksomheden kan være involveret i disse aktiviteter.*

Der synes således ikke at være nogen konkrete holdpunkter for, at netop den udvalgte virksomhed er involveret i konkurrencebegrænsende aktiviteter udover, at den forhandler varer på det marked, hvor Konkurrencestyrelsen har en generel formodning om at der foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter, hvorfor virksomheden kan være involveret heri. Beslutningen savner begrundelse og dokumentation, samt fornøden afgrænsning og præcisering.

I en tredje anmodning hedder det, at

*Konkurrencestyrelsen har en formodning om, at der på markedet for [udeladt] kan foregå konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af 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 [...] besluttet at foretage en kontrolundersøgelse hos [udeladt].*

*Kontrolundersøgelsen[...] har til formål – via indhentning af den fornødne dokumentation – at få be- eller afkræftet den opståede formodning om en mulig overtrædelse af konkurrenceloven.*

Denne anmodning indeholder ingen information om eller dokumentation for, hvad Konkurrencestyrelsens formodning bygger på, eller hvorfor den pågældende virksomhed specifikt skulle være involveret i konkurrencebegrænsende adfærd. Endvidere medfører henvis-

ningen til, at Konkurrencestyrelsen ønsker at få be- eller afkræftet formodningen via indhentning af fornøden dokumentation, risiko for en "fiskeekspedition", hvor Konkurrencestyrelsen kan indhente og gennemgå store mængder af virksomhedens fortrolige dokumenter på mere eller mindre vilkårlig vis.

Ingen af de nævnte – ikke udtømmende – eksempler på Konkurrencestyrelsens beslutninger om kontrolundersøgelser kan siges at leve op til de krav, der følger af EMD's praksis for retskendelser til brug for ransagninger og rejser også spørgsmål i forhold til retssikkerhedslovens proportionalitetskrav. Beslutningerne må således betegnes som utilstrækkeligt begrundede, udokumenterede og formuleret i et generelt, bredt og upræcist sprog, hvilket giver konkurrencemyndighederne vid diskretion, uden mulighed for at virksomhederne effektivt kan forsvare sig mod misbrug i form af eksempelvis fiskeekspeditioner. Samlet set må det således antages at de ovennævnte beslutninger ikke burde nyde fremme ved danske domstole, der er forpligtede til at anvende EMRK.

Til sammenligning opfattes EU Kommissionen, hvis beføjelser i dag danner grundlag for formuleringen og anvendelsen af Konkurrencelovens § 18, langt mere villig til at begrunde sine anmodninger. Dette kan illustreres med Højesterets kendelse af 28. marts 2003,<sup>29</sup> der implicit rummer gengivelse af en EU anmodning. Af domsresumet fremgår det således, at Kommissionen fremsætter anmodningen om retskendelse under henvisning til, at:

*... Kommissionen har modtaget information om at de førende producenter af plastik film for industriel og/eller landbrugsmæssig brug i Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, inklusive den virksomhed til hvem denne beslutning er rettet, deltager eller har deltaget i aftaler og/eller samordnet praksis involverende (i) fastsættelse af priser for relevante produkter især gennem udveksling af prislister og/eller fastsættelse af prisstigninger eller maksimumrabatter som kan tildeles kunder og (ii) fordeling af markedsandele. Hvis der fastslås at foreligge en sådan adfærd og/eller sådanne aftaler eller praksis, vil der være tale om overtrædelse af EF-Traktatens artikel 81.*

*Ifølge Kommissionens information opererer de mistænkelige aftaler/samordnede praksis under strengt hemmelige forhold. Viden om deres eksistens og aktiviteter er begrænset til topledere og et*

<sup>29</sup> Højesterets kendelse af 28. marts i sag 156/2002, gengivet i UFR 2003 1328H.

*begrænset antal betroede medarbejdere i hver virksomhed. Den eksisterende dokumentation vedrørende de mistænkelige aftaler/samordnede praksis forventes at være begrænset til det absolutte minimum, og opbevaret og vedligeholdt i en form som vil gøre det lettere at gemme, tilbageholde eller ødelægge materialet i tilfælde af en undersøgelse.*

*For at Kommissionen kan få kendskab til alle de faktiske omstændigheder ved de eventuelle aftaler/samordnede praksis og den sammenhæng, hvori disse indgår, er det nødvendigt at foretage kontrolundersøgelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17.*

*Af hensyn til kontrolundersøgelsens effektivitet er det nødvendigt at virksomheden ikke gives forhåndsunderretning herom. Det er derfor nødvendigt ved en beslutning at påbyde virksomheden at underkaste sig en kontrolundersøgelse efter artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17.*

Udover nærmere at begrunde karakteren af overtrædelser, et horisontalt priskartel uforeneligt med hvad der svarer til konkurrencelovens § 6, angives det specifikt hvorfor virksomheden mistænkes involveret heri samt eksistensen. Virksomheden er således dels blandt kredsen af virksomheder, der anses for involveret i priskartellet og dels specifikt nævnt i indleverede dokumenter. Endeligt leder man specifikt efter dokumentation for ledelsens deltagelse i hemmelige møder og forskellige former for informationsudveksling, idet kredsen af personer med kendskab til kartellet internt i virksomheden vurderes som begrænset, hvilket afskærer konkurrencemyndighederne fra at foretage en "fiskeekspedition" i dokumenter og filer, der ikke relaterer sig til mistanken.

### Konklusion

Konkurrencestyrelsens beslutninger om at indlede kontrolundersøgelser af danske virksomheder er ofte udformet i et vagt, upræcist og generelt sprog, der åbner op for misbrug og fiskeekspeditioner. Konkurrencestyrelsens praksis rejser væsentlige spørgsmål i forhold til efterlevelsen af de retssikkerhedsmæssige krav om fornøden begrundelse og præcision, som følger af EMRK artikel 8, jf. EMD's retspraksis samt i forhold til retssikkerhedslovens proportionalitetskrav.