

Hørings svar Vejledning om kontrolundersøgelser

Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Ved e-mail af 29. oktober 2021 har styrelsen anmodet om Justitias bemærkninger til udkast til "Vejledning om kontrolundersøgelser".

Justitia har noteret sig, at vejledningen er skrevet i et sprog, som også ikke-jurister kan forstå. Justitia kan tiltræde denne tilgang, men bemærker, at en forenkling af sproget ikke bør føre til, at vejledningen ikke udførligt beskriver virksomhedernes retsstilling.

Om kravene til styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse og den efterfølgende retskendelse

I udkastets kapitel 2 angives det, at virksomheden ved kontrolundersøgelsens begyndelse bl.a. skal have udleveret en kopi af beslutningen fra styrelsens direktør eller vicedirektør om at gennemføre kontrolundersøgelsen samt en kopi af den retskendelse, der giver styrelsen adgang til at gennemføre undersøgelsen. Der angives imidlertid intet i vejledningen om de krav, der kan stilles til indholdet af disse dokumenter, hvilket må anses for en væsentlig mangel ved vejledningen.

Uden en vejledning herom er virksomheden ikke i stand til at vurdere, om grundlaget for kontrolundersøgelsen er i orden. Virksomheden er også ude af stand til at vurdere, hvorledes kontrolundersøgelsen skal afgrænses. Er kontrolundersøgelsens genstand en overtrædelse af konkurrencelovens regler om misbrug af dominerende stilling, kan kontrolundersøgelsen ikke lovligt udvikle sig til en "fiskeriekspedition", hvor der søges efter andre overtrædelser eller medtages dokumenter eller filer som er såkaldt "out of scope". Er virksomheden ikke tilstrækkeligt informeret om grundlaget for og afgrænsningen af kontrolundersøgelsen, er det imidlertid vanskeligt for virksomheden at sikre sig imod et sådant misbrug.

De krav, som efter EMRK¹ art. 8 og tilhørende retspraksis fra EMD² kan udledes til såvel styrelsens beslutning som til den efterfølgende retskendelse, er beskrevet i Justitias analyse om konkurrencelovens tvangsindgreb fra maj 2021.³ Kravene i EMRKs art 8 til styrelsens beslutninger og rettens kendelse ses ikke tidligere beskrevet i den danske juridiske litteratur.

Justitias analyse af styrelsens og domstolens praksis er udførligt beskrevet i analysens kap. 3 og resultaterne sammenfattes således:

"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

¹ Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

² Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

³ Analysen er fremsendt til Konkurrencestyrelsen og kan læses her: www.justitia-int.org/konkurrencelovens_tvangsindgreb_2021/.

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.”

Justitia opfordrer på denne baggrund styrelsen til at indsætte et afsnit i vejledningen, som beskriver de krav, der efter EMRK art 8 og retssikkerhedsloven kan stilles til såvel styrelsens beslutninger som til domstolens kendelser om kontrolundersøgelser. Kun herved sættes virksomheden i stand til at bedømme selve grundlaget for kravet om at gennemføre kontrolundersøgelsen og afgrænse denne.

Om dokumenter ”out of scope”

Det bør endvidere præciseres i vejledningens afsnit 2.1, at de dokumenter, der kan medtages, alene er dokumenter, som falder indenfor kontrolundersøgelsens afgrænsning. Det bør også præciseres, at det samme gælder for elektroniske filer. Dette indebærer, at kopierede filer, der viser sig ikke at være omfattet af undersøgelsens genstand, skal slettes.

Om kontrolundersøgelser i private hjem m.v.

I vejledningens afsnit 2.2 beskrives adgangen til at foretage kontrolundersøgelser i andre lokaler, f.eks. private hjem. Langt de fleste af denne type undersøgelser vil ifølge erhvervsministeren i praksis formentlig blive gennemført af politiet som en ransagning.⁴ Politiets adgang til at foretage ransagning er imidlertid først beskrevet til allersidst i afsnittet.

Der bør ifølge Justitia rettes op på denne ubalance ved at afsnittet ”vendes om”, så det indledes med en beskrivelse af politiets adgang til at foretage ransagning, og betingelserne herfor, og afsluttes med styrelsens adgang til undtagelsesvis at gennemføre sådanne undersøgelser og reglerne herfor. Justitia foreslår også i denne forbindelse, at afsnittet om hvad styrelsen *ikke* kan uddybes.

Om legal professional privilege

I vejledningens afsnit 2.3.2 beskrives princippet om legal professional privilege. Beskrivelsen af regelsættet forekommer meget ufuldstændig, og virksomhedens rettigheder afgrænses alt for snævert i forhold til gældende ret, som er beskrevet i Justitias analyse.⁵

Justitia har i analysen sammenfattet retsstillingen 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*

⁴ Se herom Justitia: [Konkurrencelovens tvangsindgreb](#), maj 2021, s. 81-82.

⁵ Justitia: [Konkurrencelovens tvangsindgreb](#), maj 2021, s. 64 ff.

- *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.”*

Justitia opfordrer til, at styrelsen udbygger vejledningens afsnit om legal professional privilege, så det afspejler virksomhedernes retsstilling efter gældende ret.

Om virksomhedernes pligt til at samarbejde om kontrolundersøgelsens gennemførelse

I afsnit 2.4.1 bør det præciseres, at det kun er oplysninger der er omfattede af rettens kendelse (sagens genstand) det kan kræves adgang til.

Om klagemuligheder

I vejledningens afsnit 2.5 om klagemuligheder anføres det, at den retskendelse, der giver styrelsen adgang til at gennemføre kontrolundersøgelsen, kan kæres til landsretten inden 14 dage. Der henvises som hjemmel til retsplejelovens §§ 910, 968 og 969. Der er her tale om en alvorlig juridisk fejltagelse, som synes at bygge på, at rettens kendelse om en kontrolundersøgelse behandles i strafferetsplejens former.

Efter den seneste ændring af konkurrenceloven, som trådte i kraft den 4. marts 2021, anses virksomheders overtrædelse af konkurrenceloven ikke længere for strafbare. Overtrædelser sanktioneres i stedet ved en såkaldt civil bøde. Dette har den indlysende og nødvendige konsekvens, at sager om idømmelse af civile bøder behandles som civile sager i den civile retsplejes former, jf. konkurrencelovens § 24, stk. 2.

Konkurrencelovens § 18, stk. 3, som foreskriver, at en kontrolundersøgelse mod en virksomhed kun kan gennemføres efter en forud indhentet retskendelse, indeholder ingen anvisninger på efter hvilke processuelle regler en anmodning om retskendelse skal behandles. Det er derfor ikke konkurrenceloven, men derimod retsplejeloven, som regulerer, hvorledes anmodninger om retskendelse efter konkurrencelovens § 18, stk. 3 skal behandles.

Da virksomheders overtrædelse af konkurrenceloven ikke er strafbelagte, og da sager om idømmelse af civile bøder behandles i den civile retsplejes former, er det efter Justitias opfattelse helt utvivlsomt, at en kontrolundersøgelse hos en virksomhed må karakteriseres som et tvangsindgreb uden for strafferetsplejen. Reglerne i retsplejelovens fjerde bog om strafferetsplejen finder derfor med sikkerhed ikke anvendelse på anmodninger til retten om

kontrolundersøgelser hos virksomheder efter konkurrencelovens § 18, stk. 3 eller på kære af rettens afgørelser herom.

Anmodninger om kontrolundersøgelser skal derfor behandles i den civile retsplejes former.

Der kan herved henvises til betænkning 1039/1985 om tvangsindgreb uden for strafferetsplejen.

Det anføres i betænkningens på side 16:

”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 nåede landsretten til i en kendelse af 24. marts 1933.⁶

Efter afgivelsen af denne betænkning er retsplejelovens regler om saglig kompetence ændret således, at det i § 225, stk. 2, nr. 5 foreskrives, at sager, hvor anvendelse af konkurrenceloven har væsentlig betydning, behandles ved Sø- og Handelsretten og ikke ved byretten. Denne bestemmelse har da også ført til, at det er styrelsens opfattelse, at sager om civile bøder skal behandles ved Sø- og Handelsretten. Det er Justitias opfattelse, at også begæring om kontrolundersøgelser hos virksomheder skal indgives til Sø- og Handelsretten.⁷

Styrelsens begæring skal følgelig indgives via domstolenes portal ”minretssag.dk” og opfylde kravene til en stævning.⁸

Vil virksomheden påkære rettens kendelse om kontrolundersøgelse, skal dette ikke ske i strafferetsplejens former, men efter reglerne i retsplejelovens kap 37. Kære sker via sagsportalen ”minretssag.dk”, og landsretten kan kun behandle kæresagen, hvis selve kendelsen også findes på denne portal tillige med sagens akter.

⁶ Justitia: [Konkurrencelovens tvangsindgreb](#), maj 2021, s. 18 og Buch i U 1933B.157ff. Der kan endvidere henvises til Jens Møller m.fl.: Kommenteret Retsplejelov, 10 udgave (2018), s. 752 om retsplejelovens § 1018, stk. 2.

⁷ Se i det hele om kompetencespørgsmålet og fremgangsmåden Justitias analyse, afsnit 3.1.2.

⁸ Se Justitias analyse, s. 16.

Det er Justitias opfattelse, at styrelsens tilgang til såvel den indenretlige behandling af kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18, stk. 3 i 1. instans såvel som ved kære af afgørelsen fra 1. instans beror på en retsvildfarelse.

Justitia skal derfor opfordre styrelsen til - forinden vejledningen publiceres - at forelægge spørgsmålet om domstolenes behandling af begæring samt kære af rettens afgørelser om kontrolundersøgelser for Justitsministeriets procesretskontor.

Henrik Rothe

Projektleder i Justitia.

Adjungeret professor CBS.
