

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Att.: Chefkonsulent Helle Hübertz Krogsøe
(hhk@kfst.dk) og kontorfuldmægtig Hanne
Colberg (hc@kfst.dk)

Hørings svar – forslag til lov om ændring af konkurrenceloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har 10. november 2023 sendt udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven i høring med høringsfrist 22. december 2023.

Forslaget drejer sig primært om følgende tre elementer:

1. Krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne,
2. Indførelse af mulighed for markedsefterforskning og
3. Ændring af reglerne for bødeudmåling

Danske Arkitektvirksomheder, Danske Rederier Dansk Erhverv, DI, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Forsikring & Pension, Landbrug & Fødevarer og SMVdanmark ("organisationerne") har følgende bemærkninger til høringen.

Overordnede bemærkninger

Erhvervslivet i Danmark støtter op om effektive konkurrenceregler og en effektiv håndhævelse af disse. Organisationerne finder, at den gældende konkurrencelov både indeholder effektive regler og tillige fuldt ud sikrer en effektiv håndhævelse af disse.

Organisationerne mener, at der mangler en dybdegående analyse af behovet for at indføre yderligere nye stramninger af konkurrenceloven – ikke mindst i lyset af, at man endnu ikke har analyseret effekten af seneste skærpede af konkurrenceloven 4. marts 2021 (implementeringen af ECN+-direktivet) hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fik en række nye skærpede håndhævelsesredskaber i forhold til anvendelsen af EUF-traktatens artikel 101 og 102.

Erhvervsministeren har således 6. november 2023 oversendt en evaluering af ændringen af konkurrenceloven 2021 til Folketingets Erhvervsudvalg (ERU Alm.del – Bilag 36), hvor det bl.a. fremgår:

”Formålet med en evaluering er, som anført, at følge op på, om loven har virket efter hensigten. Der er imidlertid her ca. to og et halvt år efter lovens ikrafttræden kun sparsom erfaring med anvendelse af flere af de nye muligheder og beføjelser. [...]

Jeg mener derfor, at evalueringen af konkurrenceloven og implementeringen af ECN+-direktivet skal udskydes med fx to år, dvs. fem år efter lovens ikrafttræden, da der på dette tidspunkt i højere grad vil være erfaringer med anvendelsen af de nye regler.”.

Det synes derfor at være alt for tidligt at overveje nye skærper af konkurrenceloven, når man på nuværende tidspunkt endnu ikke kan overskue konsekvenserne af stramningerne ved den seneste ændring af konkurrenceloven. Under alle omstændigheder ville det være helt naturligt, såfremt man fra regeringens side i den forbindelse havde nedsat et lovforberedende udvalg med en bred inddragelse af erhvervslivet og andre eksterne interessenter og afventet evalueringen af implementeringen af ECN+-direktivet.

Organisationerne vurderer, at forslaget vil medføre betydelige omkostninger for erhvervslivet, da en lang række fusioner fremover vil kunne blive omfattet af de nye regler. Forslaget ville skabe usikkerhed i forhold til virksomhedstransaktioner og medvirke til at bremse innovation og iværksætteri, hvilket står i kontrast til regeringens iværksætterudspil. Forslaget vil også negativt påvirke incitamenterne for at opkøbe virksomheder i Danmark, herunder adgangen til at tiltrække udenlandske investeringer til danske virksomheder samt vanskeliggøre en exitstrategi for sådanne investeringer.

I udkastet til lovforslag anføres det under de økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet, at ændringen af fusionsreglerne vil medføre omkostninger på 10-15 mio. kr. for virksomhederne. Det anføres ydermere i lovforslaget, at indførelsen af et nyt markedsefterforskningsværktøj vil medføre begrænsede omkostninger som helhed. Organisationerne finder, at disse estimater langt undervurderer de eksterne rådgiveromkostninger, som erhvervslivet må forventes at blive påført, særligt fordi parterne i de fleste virksomhedstransaktioner må forventes at gøre brug af advokater til at håndtere den foreslåede fusionsbestemmelse.

Derudover bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med markedsefterforskningsværktøjet vil få beføjelse til at udstede påbud overfor virksomheder i situationer, hvor lovgivningen ikke er overtrådt. Dette er en temmelig vidtgående beføjelse, som gør et væsentligt indgreb i virksomhedernes retssikkerhed. Når der står i lovforslaget, at det

vurderes at have ”begrænsede omkostninger for erhvervslivet som helhed”, er der således tale om en underdrivelse.

Organisationerne finder, at det er helt afgørende for en saglig behandling af forslaget i Folketinget, at der foretages en reel og retvisende analyse af de økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet i forbindelse med de påtænkte stramninger.

Samlet set lægges der op til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen får øgede skønsmæssige beføjelser, samtidig med at bødeniveauet i mange situationer hæves betragteligt, hvilket rejser retssikkerhedsmæssige udfordringer for virksomhederne. Organisationerne finder, at der er behov for at højne retssikkerheden både i det foreliggende forslag og generelt. Derfor peges også på en række konkrete forbedringsforslag, jf. de supplerende bemærkninger sidst i dette høringsvar.

Kommentarer til de enkelte elementer i udkastet til lovforslag

Ad. 1 Krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne

Der lægges op til, at styrelsen får hjemmel til at kræve fusioner, som er under de gældende omsætningstærskler, anmeldt, hvis de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 50 mio. kr., og hvor styrelsen vurderer, at der er risiko for, at fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt.

Organisationerne finder, at der kan stilles spørgsmål ved behovet for at indføre krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne i lyset af henvisningsreglen i artikel 22 i Kommissionens fusionskontrolforordning og EU-Domstolens dom af 16. marts 2022 i sag C-449/21 (Towercast), hvorefter en medlemsstat kan henvise en sag til fusionsbehandling hos Kommissionen, selv om tærskelværdierne ikke er opfyldt. Organisationerne opfordrer derfor styrelsen til at fremlægge dokumentation for behovet for en sådan udvidelse af reglerne, da organisationerne ikke er bekendt med sådan dokumentation. Organisationerne finder, at de få enkelte sager, der måtte være, vil kunne håndteres gennem artikel 22 baseret på den relaterede vejledningsnote, og i tillæg hertil vil udvidelsen blot medføre mere usikkerhed, især for lokale transaktioner.

Hvis forslaget føres ud i livet, må det forventes, at parterne i størstedelen af alle transaktioner, der kan blive berørt af den nye tærskelværdi, vil give styrelsen besked om transaktionen. Dette vil lede til forsinkelser i transaktionsprocessen og påføre parterne betydelige omkostninger. Ingen virksomheder ønsker at leve med den risiko, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – efter fusionens gennemførelse – udsteder et påbud om deling af virksomheden, hvilket ifølge lovforslaget kan være et af de værktøjer, der kan komme i spil. Denne usikkerhed forstærkes ydermere af, at der ikke i selve lovteksten fremgår et maksimalt tidsmæssigt loft over, hvor langt styrelsen kan gå tilbage. Det må således forventes, at virksomhederne søger rådgivning i forbindelse med overvejelserne om, hvorvidt man for en sikkerheds skyld skal gøre styrelsen bekendt med en fusion

eller ikke. Størrelsen af de samlede omkostninger til rådgivning må derfor forventes at blive markant højere end estimeret i forslaget til lovudkastet. Byrderne, der rammer det samlede erhvervsliv, er således uproportionalt høje ikke mindst ud fra, at det i udkastet til lovforslaget fremgår, at det forventes, at der årligt maksimalt vil være en til to fusioner (såkaldte "killer acquisitions"), som vil kræves anmeldt i medfør af den foreslåede bestemmelse.

Det fremgår af udkastet til lovforslaget, at "*med den foreslåede ordning kan det bl.a. undgås, at dominerende, internationale virksomheder opkøber mindre nystartede, danske virksomheder med lav omsætning, der ikke afspejler den nystartede virksomheds konkurrencemæssige potentiale [...]*". I lyset heraf kan det undre, at forslagets tærskelværdi på samlet 50 mio. kr. omsætning i Danmark potentielt vil kunne ramme danske virksomheder oftere end udenlandske. Eksempelvis vil en fusion mellem en dansk virksomhed med en omsætning på 49,5 mio. kr. og en anden lille dansk virksomhed med en omsætning på 0,5 mio. kr. være omfattet. Derimod vil fusion mellem en dansk virksomhed med en omsætning på 49,5 mio. kr. og en meget stor udenlandske virksomhed, der ikke har nogen omsætning i Danmark, ikke være omfattet.

Rækkevidden af bestemmelsen er uklar. Hvordan er situationen eksempelvis, hvis en udenlandsk virksomhed A har en omsætning i Danmark på 50 mio. kr. samt er dominerende (eksempelvis fordi markedet er snævert, og der ikke er nogle konkurrenter), og en virksomhed B i et tredjeland opfinder et alternativ til det dominerende produkt, og den dominerende virksomhed A opkøber virksomhed B, før virksomhed B får nogen omsætning i Danmark? Vil der i dette eksempel være tale om, at virksomhed A styrker sin dominerende stilling, og vil transaktionen – selv om target (virksomhed B) ikke har nogen omsætning i Danmark – blive omfattet af det nye forslag?

Sluttelig bemærkes, at mange mindre virksomheder netop har det som strategi at udvikle noget, hvorefter virksomheden sælges. Dette udgør således finansieringsstrategien, når virksomheden startes op. Lovforslaget vil derfor kunne spænde ben for denne udvikling.

Ad. 2 Indførelse af mulighed for markedsefterforskning

Der lægges op til, at styrelsen skal have adgang til at udstede adfærdsmæssige påbud også i situationer, hvor der ikke foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Organisationerne finder, at det er retssikkerhedsmæssigt meget betænkeligt, at der således lægges op til et paradigmeskift, der giver konkurrencemyndighederne adgang til at udstede adfærdsmæssige påbud til virksomheder, der driver deres virksomhed i respekt for og i fuld overensstemmelse med konkurrencelovgivningen.

Det fremgår ikke klart af lovbemærkningerne, hvad styrelsen i praksis vil bruge dette håndhævelsesværktøj til. Organisationerne noterer sig, at der "kun" er tale om adfærdsmæssige påbud og ikke strukturelle påbud. Skillelinjen mellem disse to former for påbud er dog ikke

fuldstændig klar. Påbud om adgang til eksempelvis særligt følsomme og kritiske data rejser også en potentiel problemstilling i forhold til den nationale sikkerhed.

Set fra virksomhedernes perspektiv er ejerskab af data typisk en konsekvens af målrettede investeringer, og et påbud om at give konkurrenter adgang til data vil fratage dem en legitim konkurrencefordel. Lovgiver skal derfor sikre, at den virksomhed, der ejer data, modtager rimelig kompensation fra de konkurrenter, der får adgang.

Afgrænsning af det relevante marked spiller en væsentlig rolle, og det vil være vigtigt, at der ikke – som det er set i flere tidligere konkurrencesager – anlægges en meget snæver markedsafgrænsning. Hvordan sikres det, at værktøjet ikke anvendes på nystartede virksomheder, der høster fordele ved at være først på markedet? Under hvilke præmisser vil brugen af oplysninger, der er indhentet under markedsundersøgelsen, kunne anvendes som bevis i en potentielt senere overtrædelsessag?

Organisationerne skal pege på, at der allerede i dag i § 16b i konkurrenceloven er en adgang til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i hastetilfælde, hvor der skønnes at være risiko for alvorlig skade på konkurrencen, og hvor det umiddelbart skønnes, at § 6 eller § 11 eller EUF-traktatens artikel 101 eller 102 er overtrådt, kan træffe afgørelse om at pålægge en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning et foreløbigt påbud. Organisationerne finder, at der ikke er dokumenteret et behov for indførelsen af et nyt håndhævelsesværktøj, der går videre end § 16b.

Det fremgår af udkastet til lovbemærkningerne, at *"Hvis der er en relevant ressortmyndighed på det pågældende område, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved høringen skulle afklare, om der er modstående hensyn. Hvis ressortmyndigheden tilkendegiver, at der er vægtige hensyn, som taler imod, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen griber ind, skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretage en afvejning af på den ene side de hensyn, som ressortmyndigheden anfører, og på den anden side hensynet til at sikre en effektiv konkurrence, når styrelsen vurderer, om det er nødvendigt og proportionalt at pålægge påbuddet. Hvis en ressortmyndighed ikke besvarer en høring inden høringsfristen, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne lægge til grund, at ressortmyndigheden ikke mener, at der er modstående hensyn."* Organisationerne finder, at det bør tydeliggøres, at det foreslåede håndhævelsesværktøj ikke kan anvendes, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering og dermed undtaget fra konkurrencelovens anvendelsesområde, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2.

Derudover vil en eventuel introduktion af markedsefterforskning på nationalt niveau bidrage til markedssegmentering med risiko for at isolere den danske økonomi, danske virksomheder og forbrugere fra EU. Der er ingen europæiske standarder for sådanne undersøgelser og for de markeds-mæssige indgreb, man lægger op til at kunne pålægge virksomheder. En sådan national tilgang vil uundgåeligt føre til fragmentering og medføre overlap med andre værktøjer på EU-niveau under Digital Markets Act.

Ad. 3 Ændring af reglerne for bødeudmåling

Der lægges op til, at reglerne for bødeudmåling skal ændres, så principperne for udmåling af civile bøder til virksomhederne for overtrædelser af konkurrencelovgivningen og EUF-traktatens artikel 101 og 102 fremover skal bygge på Kommissionens gældende retningslinjer for beregning af bøder for overtrædelser af EUF-traktatens artikel 101 og 102. Derudover lægges der op til, at reglerne for bøder til fysiske personer også ændres, så der ikke fremover tages udgangspunkt i faste bødeintervaller baseret på en vurdering af overtrædelsens grovhed. Fastlæggelse af bøder til fysiske personer vil herefter bero på domstolens konkrete vurdering i det enkelte tilfælde.

Der er tale om en form for overimplementering, idet der lægges op til, at Kommissionens retningslinjer også skal gælde på rent nationale sager, dvs. sager uden samhandelspåvirkning. Organisationerne finder endvidere, at stramning af bødeniveauerne i forhold til overtrædelse af den danske konkurrencelov ikke harmonerer med den gængse tradition for udmåling af bøder i rent danske sager.

Organisationerne noterer sig, at det i lovbemærkninger fremgår, at bødeberegningen vil tage hensyn til de involverede virksomheders omsætning af de varer eller tjenesteydelser, som er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, hvilket i nogle tilfælde vil kunne resultere i lavere bøder. Dette er umiddelbart positivt. Det fremgår dog af udkastet til lovbemærkningerne, at der, for at sikre at bøden har en afskrækkende effekt, vil kunne lægges et ekstrabeløb på mellem 15 og 25 pct. af den relevante omsætning til grundbeløbet, såfremt der er tale om en horisontal aftale mv. om prisfastsættelse, begrænsning af produktion eller markedsdeling. Der er således tale om, at bødeniveauet samlet set vil kunne øges. Der er allerede i dag betydelige bøder og endda risiko for fængselsstraf i kartelsagerne, så behovet for endnu højere bøder synes at være unødvendigt og udokumenteret.

For at kunne vurdere hvad forslaget om ændringer af reglerne for bødeudmåling præcist vil betyde i praksis, finder organisationerne, at der er behov for, at en række illustrative eksempler tydeliggør konsekvenserne af ændringerne i forhold til de nuværende bødeberegningsregler.

Derudover vil det af hensyn til gennemskueligheden være nyttigt med et bødeskema.

Supplerende bemærkninger

Indledningsvist skal organisationerne gøre opmærksom på, at der i Kommissionens regi siden 1982 har været en Hearing Officer på konkurrenceområdet, der skal sikre, at berørte virksomheder kan udøve deres processuelle rettigheder på effektiv vis. Det kan undre, at denne sikkerhedsgaranti kun gælder, når Kommissionen behandler sager i henhold til EUF-traktatens artikel 101 og 102, men at denne sikkerhedsgaranti ikke tilsvarende gælder, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i stigende grad anvender artikel 101 og 102 direkte.

Organisationerne skal derfor opfordre til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som minimum forpligtes til at oprette en tilsvarende uafhængig Hearing Officer-funktion, der kan beskytte virksomhedernes proceduremæssige rettigheder og sikre, at alt går rigtigt og retfærdigt til under forløbet af en konkurrencesag. For at sikre løbende politisk fokus på virksomhedernes retssikkerhed i konkurrencesager, bør den udpegede Hearing Officer være forpligtet til en gang årligt at sende en redegørelse til Folketinget.

Derudover finder organisationerne fortsat, at styrelsens tilgang til konsortier skaber retligt usikkerhed og bekymring blandt virksomhederne, da konsortier risikerer at blive sidestillet med karteller. Konsekvensen af dette er, at mange virksomheder afholder sig fra at indgå i konsortiesamarbejder, hvilket kan lede til mindre effektiv konkurrence og hæmme innovation i forhold til at løse de konkrete udbudte offentlige opgaver. Dette er hverken i virksomhedernes, ordregivernes eller samfundets interesse. Der er efter organisationernes opfattelse behov for mere operationel vejledning, der tager højde for blandt andet kompleksiteten forbundet med kapacitetsberegninger. Organisationerne ser frem til, at styrelsen offentliggør en række vejledende udtalelser af generel interesse på sin hjemmeside.

Organisationerne skal pege på, at der er et aktuelt behov for, at Konkurrencerådet følger op på sin analyserapport fra 2016 omkring offentlige aktiviteter på kommercielle markeder, da erhvervslivet fortsat oplever store udfordringer på dette felt. Det vil i den forbindelse være naturligt at kigge i retning af både Sverige og Finland, hvor myndighederne undersøger tilsvarende udfordringer omkring unfair konkurrence, som offentlige aktiviteter påfører det private erhvervsliv.

Organisationerne skal henstille til, at der kigges nærmere på beløbsgrænserne i forbindelse med krav til fusionsanmeldelse, hvor der i øjeblikket ikke er en nedre grænse for pligten hertil. Det giver ikke rigtig mening, at et større selskab i Danmark, som opkøber et mindre selskab, som ikke har væsentlig aktivitet og omsætning i Danmark, automatisk skal fusionsanmelde. Dette er eksempelvis heller ikke et krav i den tyske konkurrencelovgivning. Det danske krav medfører unødvendige byrder på både myndigheds- og selskabssiden. Der bør derfor indsættes en undergrænse for aktivitet/omsætning i Danmark, jf. Konkurrencelovens § 12, stk. 1, nr. 2.

Afslutningsvist skal organisationerne foreslå, at strukturen for Konkurrencerådet ændres, således at den udpegede formand fremover enten er lands- eller højesteretsdommer, hvilket kan være med til at højne retssikkerheden.

Organisationerne står naturligvis til rådighed, hvis dette høringssvar giver anledning til spørgsmål eller bemærkninger.

Med venlig hilsen

Preben Dahl
Danske Arkitektvirksomheder

Henriette Ingvarsdén
Danske Rederier

Sven Petersen
Dansk Erhverv

Morten Qvist Fog
DI

Ulla Sassarsson
Foreningen af Rådgivende Ingeniører

Kristine Lilholt Nilsson
Forsikring & Pension

Charlotte Bigum Lynæs
Landbrug & Fødevarer

Jeppe Rosenmeier
SMVdanmark