

NOTAT

Dato: 5. maj 2015

Sag: JUS-14/06296-3

Sagsbehandler: /LOB

Brug af indskærpelser - baggrundsnotat

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

Formålet med dette baggrundsnotat er at angive, hvordan indskærpelser på konkurrenceområdet skal udformes.

Afsnit 1 redegør for indskærpelsers retlige form, dvs. hvornår de vil udgøre henholdsvis afgørelser eller vejledning, samt for retsvirkningerne heraf. Afsnit 2 ser på afslutning af en sag med en indskærpelse i forhold til hjemlen i konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt. for Konkurrencerådet til at afvise sager. I afsnit 3 gennemgås mulighederne for at afgive indskærpelser på konkurrenceområdet, dvs. efter konkurrencelovens §§ 6, 11 og 11 a. Afsnit 4 angiver, hvilke partsbeføjelser der bør knyttes til indskærpelser. I afsnit 5 angives, hvornår og hvordan offentliggørelse af en indskærpelse skal ske, og endelig angiver afsnit 6, hvordan en eventuel klager skal behandles.

**ERHVERVS- OG
VÆKSTMINISTERIET**

De centrale budskaber er:

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens indskærpelser vedrørende konkurrenceloven skal udformes på en måde, så de udgør vejledning og ikke afgørelser.
- Indskærpelser kan bruges i situationer, hvor der er indikationer på, at konkurrenceloven er overtrådt, men hvor det ikke er endeligt fastlagt.
- Det skal i indskærpelsen angives, hvilke (yderligere) undersøgelser, der ville skulle laves for at fastlægge, om virksomheden har overtrådt konkurrenceloven.
- Ved afslutning af en sag med en indskærpelse skal der henvises til konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt.
- Virksomheden skal høres over det faktum, der ligger til grund for indskærpelsen.
- Indskærpelser kan offentliggøres, hvis de har vejledningsmæssig værdi for andre virksomheder, og hvis offentliggørelse kan ske i anonymiseret form.

1. Indskærpelsers retlige form

En indskærpelse vil kunne udgøre enten vejledning eller en afgørelse. Dette afhænger af indskærpelsens indhold.

Hvis en indskærpelse giver indtryk af, at der foreligger en overtrædelse, vil der kunne foreligge en afgørelse. Hvis indskærpelsen omvendt giver indtryk af, at der – hvis der foretages de nødvendige undersøgelser – vil kunne foreligge en overtrædelse af konkurrenceloven, vil indskærpelsen udgøre en vejledning.

Forskellen på, om der er tale om en vejledning eller en afgørelse, er blandt andet, at afgørelser udløser partsrettigheder efter forvaltningsloven i form af adgang til at blive hørt, begrundelsespligt samt klagevejledning.

En påklage af en indskærpelse vil blandt andet kunne bevirke, at Konkurrenceankenævnet hjemviser sagen til styrelsen til fornyet behandling, dvs. med henblik på nærmere undersøgelser. Eftersom formålet med at afslutte en sag med en indskærpelse netop er *ikke* at bruge ressourcer på at undersøge sagen til bunds, vil det ikke være hensigtsmæssigt, hvis indskærpelser vedrørende konkurrenceloven påklages til Konkurrenceankenævnet.

Det er derfor vigtigt, at styrelsens indskærpelser udformes på en måde, så de udgør vejledninger og ikke har et indhold, der bevirker, at de kan få karakter af afgørelser.¹

2. Indskærpelser i forhold til afvisningshjemlen i konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt.

I henhold til konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt. afgør Konkurrencerådet, om der er tilstrækkelig anledning til at undersøge eller træffe afgørelse i en sag, herunder om sagsbehandlingen midlertidigt eller endeligt skal indstilles. Der vil således være tale om en afgørelse om ikke at ville træffe materiel afgørelse i den pågældende sag. Afgørelser efter konkurrencelovens § 15, stk. 1, kan ikke påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. § 19, stk. 3.

Hvis en sag, der afsluttes med en indskærpelse, er startet op på baggrund af fx en klage, er der reelt tale om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afviser at foretage de undersøgelser, der vil skulle til for at træffe en egentlig afgørelse om, at konkurrenceloven er overtrådt. Afslutning af sagen bør derfor ske under henvisning til konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt. fx med angivelse af, at det er ressourcehensyn, der begrunder, hvorfor styrelsen har valgt ikke at foretage tilbundsående undersøgelser af sagen².

¹ Jf., Konkurrenceankenævnets kendelse af 15. november 2001, *Kirudan mod Konkurrencerådet*.

² Der henvises til vidensnotat af 15. august 2008 om formulering af styrelsens § 14-afvisninger i klagesager, hvor det bl.a. konkluderes, at der skal henvises til konkurrencelovens § 14 (i dag: konkurrencelovens § 15), når styrelsen afviser en klagesag.

3. Brug af indskærpelser på konkurrenceområdet

I dette afsnit ses på, hvordan og hvornår indskærpelser kan bruges på konkurrenceområdet.

3.1. Fastlæggelse af konkurrencelovsovertrædelser

Kendetegnene for konkurrenceområdet er, at vurdering af en aftale eller en adfærd skal ses i lyset af den retlige eller økonomiske sammenhæng, aftalen mv. befinder sig i. Medmindre der er tale om klart enten lovlige eller ulovlige forhold, kræver en sådan vurdering, at styrelsen har de nødvendige oplysninger, så vurderingen kan ske på et fuldt oplyst grundlag. Det vil ofte være nødvendigt at indhente oplysninger både fra de virksomheder, som evt. har begået overtrædelser, og fra andre virksomheder på markedet. Derudover vil vurderingen ofte forudsætte såvel juridiske som økonomiske analyser, herunder fastlæggelse af det relevante marked, før det kan fastlægges, om aftalen eller adfærden er ulovlig.

Det betyder, at medmindre der er tale om helt klare overtrædelser af konkurrenceloven, vil fastlæggelse af, om der foreligger en konkurrencelovsovertrædelse forudsætte en række nærmere undersøgelser.

3.2. Betingelser for at kunne fastlægge overtrædelse af konkurrencelovens §§ 6, 11 og 11 a

De bestemmelser, hvor man vil kunne tænkes at anvende indskærpelser, er konkurrencelovens §§ 6, 11 og 11 a. I det følgende foretages en overordnet gennemgang af betingelserne for at kunne fastlægge en overtrædelse af disse bestemmelser.

Konkurrencelovens § 6

Medmindre der er tale om helt klare overtrædelser i form af fx pris- eller markedsdelingsaftaler mellem virksomheder, der klart er konkurrenter, eller tilbudskoordinering, forudsætter fastlæggelse af, om en eller flere virksomheder har overtrådt konkurrencelovens § 6, afgrænsning af det relevante marked, undersøgelse af den pågældende aftale eller adfærds virkning på konkurrencen samt af, om aftalen opfylder betingelserne for en fritagelse efter konkurrencelovens § 8 og dermed er lovlig.

Konkurrencelovens § 11

Fastlæggelse af, om en virksomhed har udøvet misbrug af dominerende stilling forudsætter for det første fastlæggelse af det relevante marked og af, om virksomheden er dominerende. For det andet skal det fastslås, om virksomheden har misbrugt sin dominerende stilling.

Konkurrencelovens § 11 a

Fastlæggelse af, om en virksomhed har modtaget ulovlig støtte, forudsætter for det første, at det konstateres, at virksomheden har modtaget uhjælpelig støtte. Dette afgøres af det pågældende ressourceministerium hhv. den kommunale tilsynsmyndighed. For det andet skal støtten være konkurrenceforvridende. Fastlæggelse heraf forudsætter analyse af støttens konkurrencepåvirkning, fx at en leje har været fastsat for lavt i forhold til markedsløjen.

Som det fremgår, er området for fastlæggelse af, at der er sket en overtrædelse af konkurrenceloven uden, at der forinden foretages relativt omfattende undersøgelser, meget snævert.

I de situationer, hvor det uden videre undersøgelser kan konstateres, at en virksomhed har overtrådt konkurrenceloven, bør styrelsen ikke bruge indskærpelser, idet sådanne indskærpelser vil have karakter af afgørelser med deraf følgende retsvirkninger.

I de fleste situationer vil styrelsen dog uden forudgående undersøgelser sjældent have belæg for at konstatere, at virksomheden har overtrådt konkurrenceloven. Det vil i sådanne situationer i nogle tilfælde kunne være relevant at orientere en virksomhed om reglerne og herunder om den risiko, der kan være for at overtræde reglerne. Det kan fx være i situationer, hvor styrelsen gennem længere tid har undersøgt en sag, men beslutter at indstille sagsbehandlingen enten af ressourcehensyn, eller fordi det vurderes, at det vil være vanskeligt at finde de nødvendige beviser til dokumentation af overtrædelsen. Der kan også være tale om, at styrelsen er blevet opmærksom på en mulig mindre overtrædelse af konkurrenceloven, som styrelsen ikke ønsker at bruge ressourcer på enten selv at efterforske eller af hensyn til anklagemyndighedens ressourceanvendelse ikke ønsker at oversende sagen til SØIK.

Selv om en indskærpelse ikke må have et indhold, der bevirker, at den har karakter af en afgørelse, vil afgivelse af en indskærpelse i mange tilfælde kunne forventes at have en tilsvarende effekt på den pågældende virksomhed, dvs. at virksomheden "retter ind" efter det, der anføres i indskærpelsen. Afgivelse af en indskærpelse forudsætter derfor, at der er klarhed over den mulige overtrædelses kvalificering efter konkurrenceloven. Som følge heraf vil indskærpelsesinstrumentet sjældent egne sig til spørgsmål vedrørende konkurrencelovens § 11, hvor det ofte forudsætter omfattende undersøgelser både at fastlægge, om virksomheden er dominerende, og om den pågældende adfærd udgør misbrug. Der er derfor en stor risiko for, at en indskærpelse vil kunne angå en adfærd, som reelt ikke er en overtrædelse (enten fordi virksomheden alligevel ikke er do-

minerende, eller fordi adfærden efter nærmere undersøgelser ikke udgør misbrug). Det samme gør sig i vidt omfang gældende for til følge overtrædelser af konkurrencelovens § 6. Hvad angår konkurrencelovens § 11 a skal det være rimelig klart, under hvilke omstændigheder der vil foreligge støtte.

For at undgå, at en indskærpelse kommer til at fremstå som en afgørelse, men derimod udgør en vejledning, er det endvidere vigtigt, at det tydeligt fremgår, at indskærpelsen er givet på et ufuldstændigt grundlag, at styrelsen ikke hermed har taget stilling til, om konkurrencereglerne rent faktisk er overtrådt, og at der ikke er tale om en afgørelse. Det er derfor vigtigt at angive, hvilke (yderligere) undersøgelser, der ville skulle laves for at fastlægge, om virksomheden har overtrådt konkurrenceloven.

4. Partsbeføjelser ved brug af indskærper

Når der er tale om en indskærpelse, der er udformet på en måde, at der ikke er tale om en afgørelse, udløser den ikke partsrettigheder efter forvaltningsloven. Der er dog intet til hinder for at give virksomheden flere rettigheder, end den har efter forvaltningsloven.

For at sikre at det faktum, der ligger til grund for indskærpelsen, er korrekt, bør virksomheden høres over dette med en frist på fx to uger, medmindre virksomheden allerede er bekendt med det faktum, der er indhentet i sagen (fx at virksomheden tidligere har fået en klage i høring). Ligeledes bør en eventuel anmodning om aktindsigt imødekommes.

Eftersom der er tale om en vejledning og ikke en afgørelse, vil virksomheden ikke kunne klage over denne type indskærper til Konkurrenceankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1, modsætningsvis. Der skal orienteres herom ved afslutning af sagen.

5. Offentliggørelse af indskærper

På samme måde, som styrelsen offentliggør vejledningsskrivelser, vil indskærper kunne offentliggøres, hvis de vurderes at kunne have vejledningsmæssig værdi for andre virksomheder. Vurdering af, om der skal ske offentliggørelse, skal foretages efter de principper, der følger af konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 3 (dvs. offentliggørelse, hvis indskærpelsen skønnes at have betydning for forståelsen af konkurrenceloven eller at være af interesse for offentligheden i øvrigt).

Offentliggørelse skal ske i anonymiseret form. Hvis anonymisering ikke er muligt (fx hvis det ikke vil kunne undgås, at virksomhedens identitet kan identificeres), skal der ikke ske offentliggørelse. Styrelsen kan i stedet offentliggøre et resumé af indskærpelsen. Resuméet vil kunne angive, hvad det er, styrelsen har anset for problematisk i forhold til konkurrence-

loven, og hvad styrelsen som følge heraf har indskærpet over den pågældende virksomhed.

6. Forholdet til en evt. klager i sager, der afsluttes med en indskærpelse

Ved afslutning af sagen skal en eventuel klager orienteres om, at styrelsen af ressourcemæssige hensyn har afsluttet sagen efter konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt.

Eftersom KFST ikke offentliggør indskærpelser, skal en eventuel klager ikke have kopi af indskærpelsen og heller ikke orienteres om, at der er givet en indskærpelse.