



GRUND- OG NÆRHEDSNOTAT TIL FOLKETINGETS EUROPAUDVALG

13. september 2013

13/09357

Direktiv om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceregler (KOM (2013) 404 endelig) og meddelelse om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (KOM (2013) 401)

1. Resumé

Kommissionen har den 11. juni 2013 offentliggjort forslag til direktiv om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceregler, KOM (2013) 404, samt en meddelelse om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (KOM(2013) 401).

Formålet med direktivforslaget er at sikre en effektiv håndhævelse af EU's konkurrenceregler ved at fremme samspillet mellem den offentlige og den private håndhævelse og sikre, at ofre for overtrædelse af konkurrencereglerne kan opnå fuld erstatning for den skade, de har lidt.

Det er regeringens foreløbige vurdering, at forslaget er i overensstemmelse med nærhedsprincippet.

Forslaget vurderes at have lovgivningsmæssige konsekvenser. Forslagets eventuelle statsfinansielle og administrative konsekvenser vurderes fortsat nærmere.

2. Baggrund

Kommissionen har den 11. juni 2013 offentliggjort et forslag til direktiv om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceregler, KOM(2013) 404, samt en meddelelse om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Euro-

pæriske Unions funktionsmåde (KOM(2013) 401). Forslaget blev modtaget i Rådet i dansk sprogversion den 24. juni 2013.

Forslaget er fremsat med hjemmel i henholdsvis TEUF artikel 103 og 114, og forslaget skal derfor behandles efter den almindelige lovgivningsprocedure i TEUF artikel 294. Rådet træffer afgørelse med kvalificeret flertal. Kommissionen begrundet valget af hjemmel med, at forslaget forfølger to hovedformål, der hænger uløseligt sammen, og som ikke kan adskilles i separate retsakter.

Det fremgår af Kommissionens begrundelse for forslaget, at forslaget for det første tilsigter at gennemføre principperne i TEUF artikel 101 og 102 ved at forbedre betingelserne for at kræve erstatning i forbindelse med overtrædelse af EU-konkurrencereglerne og optimere samspillet mellem den offentlige og den private håndhævelse af TEUF artikel 101 og 102. Idet forslaget dermed giver effektiv virkning til TEUF artikel 101 og 102, er forslaget baseret på TEUF artikel 103. Forslaget tilsigter for det andet at sikre mere lige konkurrencevilkår for virksomheder, der opererer i det indre marked, og at gøre det lettere for borgerne og virksomhederne at udnytte de rettigheder, de har i kraft af det indre marked, idet forskellen mellem de nationale regler for erstatningsøgsmål ved overtrædelse af EU's konkurrenceregler ifølge Kommissionen har skabt markant ulige konkurrencevilkår i det indre marked. Forslaget tilsigter en indbyrdes tilnærmelse af de materielle og processuelle regler med henblik på adgang til ufordrejet konkurrence på det indre marked. Forslaget ændrer derfor også de gældende nationale regler om retten til at fremsætte erstatningskrav for overtrædelser af nationale konkurrenceregler. Det er på denne baggrund, at forslaget også har hjemmel i TEUF artikel 114.

Kommissionen har tidligere i december 2005 offentliggjort en grøn bog om erstatningsøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler. Formålet hermed var at identificere de væsentligste hindringer for et mere effektivt system til behandling af erstatningskrav ved overtrædelser af kartel- og monopolreglerne, og at foreslå forskellige muligheder for nye overvejelser og foranstaltninger, der kunne forbedre erstatningsmulighederne i opfølgende eller selvstændige sagsanlæg.

Grøn bogen blev i april 2008 fulgt op af en hvid bog om erstatningsøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler. Heri blev der fremsat en række forslag til retspolitiske valgmuligheder og konkrete foranstaltninger, der skulle sikre adgang til effektive klageprocedurer for ofre for overtrædelser af EU's konkurrenceregler samt sikre adgang til erstatning for skadelidte.

Ifølge Kommissionen viste den offentlige høring, at der er bred opbakning til Kommissionens generelle tiltag til forbedring af erstatningsmulighederne på kartel- og monopolområdet. Der var således bred anerkendelse af de hindringer, som forhindrer effektiv søgsmålsadgang for ofre for overtrædelser af konkurrencereglerne. Høringen viste imidlertid også, at der er forskellige holdninger til de materielle foranstaltninger, som Kommissionen foreslog med henblik på at afhjælpe problemerne.

3. Formål og indhold

3.1. Direktivforslaget

Formålet med direktivet er at sikre en effektiv håndhævelse af EU's konkurrenceregler ved 1) at fremme samspillet mellem den offentlige og den private håndhævelse af konkurrencereglerne og 2) sikre, at ofre for overtrædelser af EU's konkurrenceregler kan opnå fuld erstatning for den skade, de har lidt.

Fremlæggelse af beviser (direktivforslagets kapitel II, artikel 5-8)

Direktivforslaget indeholder en række bestemmelser, der skal sikre, at de nationale domstole kan pålægge sagsøgte eller tredjemand at fremlægge beviser (editionsplæg) i tilfælde, hvor ofre kræver erstatning for overtrædelser af konkurrencereglerne. Domstolene skal også kunne pålægge sagsøgeren eller tredjemand at fremlægge beviser efter sagsøgtes begæring.

Domstolene skal bl.a. give pålæg om fremlæggelse af beviser, når den part, der har begæret fremlæggelse, har vist, at beviser i den anden parts besiddelse er relevante for godtgørelsen af hans erstatningskrav, samt når beviserne er defineret så præcist som muligt.

Medlemsstaterne skal desuden sikre, at de nationale domstole begrænser fremlæggelsen af beviser til, hvad der er rimeligt i forhold til formålet. I den forbindelse skal der bl.a. tages hensyn til sandsynligheden for, at den påståede overtrædelse af konkurrencereglerne har fundet sted, omfanget af fremlæggelsen og omkostningerne derved, samt eventuelle indeholdte fortrolige oplysninger og ordninger til beskyttelse heraf.

Endvidere skal medlemsstaterne sikre, at domstolene råder over effektive foranstaltninger til så vidt muligt at beskytte fortrolige oplysninger mod forkert brug. Medlemsstaterne skal samtidigt sikre, at relevante beviser er til rådighed under søgsmålet.

Herudover indeholder forslaget en række begrænsninger i muligheden for at fremlægge beviser. Bl.a. skal medlemsstaterne sikre, at domstolene ikke kan pålægge en part eller tredjemand at fremlægge virksomhedserklæringer og forligsindlæg. Formålet hermed er at sikre, at virksomheder – inden for rammerne af en bødenedsættelsesordning (leniency) eller en forligsprocedure – er villige til at afgive frivillige erklæringer, hvori de anerkender deres deltagelse i en overtrædelse af EU's eller de nationale konkurrenceregler.

Medlemsstaterne skal endvidere sikre, at domstolene først kan fremlægge oplysninger, som er udarbejdet af en fysisk eller juridisk person, særligt til brug for en konkurrencemyndigheds behandling af sagen, samt oplysninger, som er udarbejdet af en konkurrencemyndighed i forbindelse med dens behandling af sagen, når en konkurrencemyndighed har afsluttet sagen eller vedtaget en beslutning.

Medlemsstaterne kan – med undtagelse af ovennævnte begrænsninger i muligheden for at fremlægge beviser – opretholde eller indføre regler, som vil føre til en mere omfattende fremlæggelse af beviser.

Endelig indeholder forslaget en pligt for medlemsstaterne til at sikre, at sagens parter, tredjemand og deres retlige repræsentanter pålægges sanktioner bl.a. i tilfælde af undladelse eller nægtelse af at efterkomme et pålæg fra en domstol om fremlæggelse af beviser, samt under visse betingelser i tilfælde af tilintetgørelse af relevante beviser.

For så vidt angår sanktionernes karakter, fastlægges det, at de skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning. Endvidere skal sanktionerne, for så vidt angår adfærd udvist af en part i sagen, omfatte muligheden for at lade partens adfærd virke belastende ved bevisbedømmelsen ved for eksempel at opstille en formodning for, at det relevante spørgsmål er godtgjort, eller ved helt eller delvis at afvise påstande og modpåstande eller frifinde for dem. Endelig skal der som sanktion for at undlade eller nægte at fremlægge bevis kunne pålægges betaling af sagsomkostninger.

Retsvirkninger af nationale afgørelser (direktivforslaget kapitel III, artikel 9)

Med henblik på at styrke retssikkerheden, at undgå uoverensstemmelser i anvendelsen af artikel 101 og 102 i traktaten, at øge effektiviteten af erstatningssøgsmål og for at fremme det indre marked, fastlægges det i direktivforslaget, at nationale domstole i erstatningssøgsmål skal anerkende konstateringen af en overtrædelse af artikel 101 eller 102 eller nationale konkurrenceregler i endelige afgørelser truffet af konkurrencemyndigheder eller domstole som prøvelsesinstanser i Danmark såvel som i en anden medlemsstat.

Medlemsstaterne skal således sikre, at nationale domstole i erstatningssøgsmål i henhold til traktatens artikel 101 eller 102 eller nationale konkurrenceregler ikke træffer afgørelser, der er i strid med konstateringen af en overtrædelse af disse regler indeholdt i en endelig afgørelse truffet af en konkurrencemyndighed eller prøvelsesinstans.

Det bemærkes hertil, at det følger af artikel 16, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne, at de nationale domstole, når de i henhold til traktatens artikel 101 eller 102 træffer afgørelse om aftaler, vedtagelser eller praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning, ikke kan træffe afgørelser, der er i strid med den beslutning, som Kommissionen har truffet.

Forældelsesfrister (direktivforslagets kapitel III, artikel 10 samt artikel 17)

Direktivforslagets kapitel III indeholder regler om forældelsesfrister. Reglerne har til formål at give ofrene for overtrædelser af konkurrencereglerne en rimelig mulighed for at indbringe et erstatningssøgsmål, og samtidig sikre en fornuftig grad af retssikkerhed for alle involverede parter.

Efter forslaget skal forældelsesfristen for indbringelse af et erstatningssøgsmål mindst være fem år efter, at skadelidt har fået kendskab til den skadevoldende handling, den lidte skade, at den skadevoldende handling er en overtrædelse af konkurrencereglerne samt identiteten af den virksomhed, som har begået overtrædelsen. Er der tale om en fortsat eller gentagen overtrædelse løber forældelsesfristen først fra det tidspunkt, hvor overtrædelsen ophører.

Solidarisk hæftelse (direktivforslagets kapitel III, artikel 11)

Forslaget lægger op til en hovedregel om, at virksomheder, der overtræder konkurrencereglerne i fællesskab, skal hæfte solidarisk.

De virksomheder, der har opnået bødefritagelse efter en bødenedsættelsesordning (leniency), er ifølge forslaget dog kun erstatningsansvarlige over for andre skadelidte end virksomhedens direkte eller indirekte aftagere eller leverandører, hvis disse skadelidte ikke kan opnå erstatning fra de øvrige skadevoldende virksomheder.

Forslaget indeholder endvidere en bestemmelse om fordeling af tabet ved regres mellem de solidarisk erstatningspligtige virksomheder. Forslaget begrænser i den forbindelse den hæftelsesforpligtigelse, som er pålagt en virksomhed, der har opnået bødefritagelse, således at en sådan virksomhed kun hæfter for den skade, der er forvoldt over for virksomhedens egne direkte eller indirekte aftagere eller leverandører.

Overvæltning af overpriser (direktivforslagets kapitel IV, artikler 12-15)

Forslagets kapitel IV indeholder regler om overvæltning af overpriser. Formålet med disse regler er at sikre, at kun de direkte og indirekte aftagere, der rent faktisk har lidt skade som følge af overpris, effektivt kan kræve erstatning.

Efter forslaget skal sagsøgte have mulighed for at føre bevis for at overprisen er blevet overvæltet, og der dermed ikke er et tab. Overvæltning kan dog ikke påberåbes, hvis dem overprisen er overvæltet på, ikke har mulighed for selv at fremsætte et erstatningskrav.

Herudover opstilles der en formodningsregel i forhold til overvæltning på den indirekte aftager, der medfører, at en indirekte aftager i et erstatningssøgsmål anlagt af denne kan påberåbe sig, at der er sket overvæltning forudsat, at den indirekte aftager godtgør, at sagsøgte har overtrådt konkurrencereglerne, at overtrædelsen medførte en overpris for sagsøgtes direkte aftager, og at der er foretaget køb af de varer eller tjenesteydelser, der var genstand for overtrædelsen, eller har købt varer eller tjenesteydelser, der hidrører fra eller indeholdt de varer eller tjenesteydelser, der var genstand for overtrædelsen.

Sagsøgte vil dog fortsat have mulighed for at godtgøre, at overprisen ikke er eller ikke fuldt ud blev overvæltet på den indirekte aftager.

Tabsopgørelsen (direktivforslagets kapitel V, artikel 16)

Forslagets kapitel V om tabsopgørelsen har til formål at bistå ofre for et kartel i at opgøre tab som følge af overtrædelse af konkurrencereglerne.

Efter forslaget skal der således i forbindelse med ulovlig kartelvirksomhed gælde en formodning om, at der er lidt et tab som følge af overtrædelsen. Den overtrædende virksomhed skal have ret til at tilbagevise denne formodning.

3.2. Meddelelsen

Meddelelsen har til formål at vejlede nationale domstole og parter i erstatningssager om opgørelse af tab forårsaget af overtrædelser af EU's konkurrenceregler.

Ifølge Kommissionen er en af de største vanskeligheder i erstatningssager som følge af konkurrenceovertrædelser, at opgøre den skade, der er lidt, idet skaden må opgøres ud fra en hypotetisk vurdering af, hvordan markedsvilkårene og samspillet mellem aktørerne på markedet ville have udviklet sig uden overtrædelsen.

Meddelelsen indeholder bl.a. en gennemgang af de forskellige former for skade, som overtrædelser af konkurrencereglerne typisk kan forvolde, og i særdeleshed en redegørelse for de metoder og teknikker, der i dag findes til opgørelse af sådanne skader.

4. Europa-Parlamentets udtalelser

Europa-Parlamentets holdning til direktivforslaget og meddelelsen foreligger endnu ikke.

5. Nærhedsprincippet

Kommissionen vurderer, at det foreslåede direktiv er i overensstemmelse med nærhedsprincippet, da dets mål ikke i tilstrækkelig grad kan nås af medlemsstaterne, og der er et klart behov for, og værdi i, EU's tiltag. En juridisk bindende retsakt på EU-plan vil være bedre i stand til at sikre den fulde virkning af traktatens artikel 101 og 102 gennem fælles standarder, der giver mulighed for effektive erstatningssøgsmål i hele EU. Endvidere skabes der med retsakten mere lige konkurrencevilkår i det indre marked.

Det er regeringens foreløbige vurdering, at direktivforslaget er i overensstemmelse med nærhedsprincippet, idet regeringen er enig i Kommissionens begrundelse.

6. Gældende dansk ret

Dansk rets almindelige erstatningsretlige regler

Spørgsmål om erstatning for overtrædelse af konkurrenceretlige regler er ikke særskilt reguleret i konkurrencelovgivningen og afgøres derfor efter de almindelige erstatningsretlige regler.

Efter dansk rets almindelige erstatningsregler er det en betingelse for at få tilkendt erstatning, at der foreligger et ansvarsgrundlag. Det er således hovedreglen, at en person kun kan ifalde erstatningsansvar, hvis den pågældende har handlet culpøst, dvs. personen har forvoldt skaden ved forsæt eller uagtsomhed.

Dansk erstatningsret bygger endvidere på det princip, at der som hovedregel kun kan kræves erstatning, når skadelidte har lidt et tab, det vil sige er blevet påført en økonomisk skade. Herudover er der på visse helt særlige områder fastsat regler om godtgørelse for ikke-økonomisk skade, f.eks. godtgørelse for svie og smerte, godtgørelse for varigt mén og godtgørelse for tort.

Det er endvidere en betingelse for at ifalde erstatningsansvar, at der foreligger den nødvendige forbindelse mellem den indtrådte skade og det ansvarspådragende forhold. Erstatningsansvar forudsætter således, at der er årsagssammenhæng mellem den skadevoldende adfærd og den pågældende skade.

Herudover forudsætter et erstatningsansvar, at der foreligger såkaldt adækvans (påregnelighed). Herved forstås, at den ansvarspådragende adfærd skal kunne have forøget risikoen for, at den pågældende skade indtræder. Skader, der er helt atypiske eller tilfældige i forhold til den risiko, som skadevolders adfærd har fremkaldt, falder dermed uden for erstatningspligten.

Det er et grundprincip for erstatningsberegningen, at den skadelidte skal stilles, som om skaden ikke var indtrådt. Dette indebærer, at den skadelidte skal have dækket sit fulde tab, men omvendt også at den skadelidte ikke skal have dækket mere end sit tab. Den skadelidte skal således ikke opnå en berigelse som følge af tilkendelsen af erstatning. I forhold til et tab lidt som følge af en konkurrenceretsovertrædelse vil det sige, at skadelidte skal stilles som om, der ikke var sket brud på konkurrencereglerne og have dækket et eventuelt økonomisk tab forvoldt i forbindelse hermed.

Den skadelidte har endvidere en pligt til at begrænse sit tab. I det omfang, skadelidte forsømmer denne pligt, reduceres erstatningen tilsvarende. Skadelidte kan således ikke tilkendes erstatning for tab, som skadelidte selv kunne have afværget.

Erstatning opgøres på baggrund af det tab, som skadelidte bevisligt har lidt. I overensstemmelse med dansk rets almindelige regler om bevisbyrde ved skader forvoldt uden for kontrakter, bærer skadelidte som udgangspunkt bevisbyrden for, dels at der er lidt et tab, dels størrelsen heraf. For den, der har

lidt skade som følge af en overtrædelse af de konkurrenceretlige regler, betyder det, at der også skal føres bevis for det tab, der udgør en tabt fortjeneste eller som i øvrigt måtte give et fremtidigt indtægtstab. Et sådan tab lader sig vanskeligt dokumentere og bevise.

Fremlæggelse af beviser

Den danske civile retspleje hviler på princippet om den såkaldte forhandlingsmaksime, hvorefter retten træffer afgørelse på grundlag af de af parterne fremsatte krav og tilvejebragte oplysninger. Hertil kommer, at retten som udgangspunkt ikke har adgang til selv at inddrage yderligere processtof i sagen, jf. retsplejelovens §§ 338 og 344.

I overensstemmelse hermed indeholder retsplejelovens §§ 298 og 299 mulighed for, at retten *på begæring af en part* kan pålægge en modpart eller tredjemand at fremlægge eller udlevere bevismateriale, som en part vil påberåbe sig eller som kan have betydning for en sag, medmindre der derved vil fremkomme oplysning om forhold, som den pågældende vil være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne, jf. §§ 169-172 (editionspligt).

Desuden kan retten ifølge retsplejelovens § 339, stk. 3, *opfordre* en part til at fremlægge dokumenter, tilvejebringe syn eller skøn eller i øvrigt føre bevis, når sagens faktiske omstændigheder uden sådan bevisførelse vil henstå som uvisse.

Det følger af retsplejelovens § 344, stk. 2, at retten – hvis en parts erklæringer er uklare eller ufuldstændige, eller parten undlader at efterkomme modpartens opfordringer – kan tillægge dette virkning til fordel for modparten. Endvidere følger det af retsplejelovens § 344, stk. 3, at undlader en part at efterkomme rettens opfordringer til at føre bevis, kan retten ved bevisbedømmelsen tillægge dette virkning til fordel for modparten.

Fortrolige oplysninger

Når de danske domstole pålægger udlevering af bevismateriale i en sag efter retsplejelovens §§ 298 og 299, foretages en konkret vurdering af, om bevismateriale, der eventuelt indeholder fortrolige oplysninger, skal fremlægges, herunder om de grunde til hemmeligholdelse, der følger af offentlighedsloven skal føre til, at dokumenterne helt eller delvist skal fritages fra editionspligt. De grunde, som kan føre til hemmeligholdelse efter offentlighedsloven, vil ofte også fritage for editionspligt. Der vil dog skulle foretages en konkret vurdering af hensynet til hemmeligholdelse over for betydningen for sagens oplysning, og domstolene vil på baggrund heraf kunne beslutte, at der kun skal gives adgang til dele af et dokument.

På baggrund heraf vil domstolene f.eks. i forbindelse med vurderingen af, om en konkurrencemyndighed skal udlevere såkaldt leniency materiale som bevismidler, herunder ansøgninger om straflempe og dertil knyttede virksomhedserklæringer, foretage en konkret vurdering af, om sådanne dokumenter

helt eller delvist skal undtages fra editionspligt som følge af hensynet til hemmeligholdelse.

Endvidere indeholder retsplejeloven en række bestemmelser, der har til formål at beskytte fortrolige oplysninger under eller i tilknytning til behandlingen af retssager bl.a. ved dørlukning, jf. retsplejelovens § 29, stk. 1

Det bemærkes endvidere, at en sagsøger som udgangspunkt kan få adgang til bevismateriale, før den pågældende beslutter sig for at anlægge et erstatnings-søgsmål i en konkurrencesag, jf. retsplejelovens § 41 d, stk. 1.

Bevisvurdering og bevisbyrde

Ifølge retsplejelovens § 344, stk. 1, afgør domstolene på grundlag af parternes fremstillinger og bevisførelser, hvilke faktiske omstændigheder der skal lægges til grund for sagens pådømmelse. Domstolenes stillingtagen til omtvistede punkter i parternes sagsfremstilling kræver en bevisvurdering, dvs. en vurdering på baggrund af parternes bevisførelser af sandsynligheden for rigtigheden af parternes opfattelser. I den forbindelse har det betydning, hvilken af parterne der har bevisbyrden.

Bevisvurderingen er ikke reguleret af lovregler, og faste regler for bevisbyrdefordelingen lader sig ikke opstille i dansk ret. Det er således hensigten i retsplejeloven, at retten frit skal skønne over sandsynlighedsværdien mv. af samtlige beviser i sagen, herunder eventuelle oplysninger fra domme afsagt om andre relevante erstatningssøgsmål. En række særbestemmelser i lovgivningen angiver imidlertid en bestemt fordeling af bevisbyrden ved en given sagstype, som udover formålene og hensynene bag de materielle retsregler samt procesuelle hensyn til bevismulighederne bør indgå i domstolenes bevisafgørelser.

Retsvirkninger af nationale afgørelser

Som udgangspunkt er administrative myndigheders afgørelser ikke bindende for de danske domstole, idet sådanne afgørelser som udgangspunkt ikke opfylder de samme proceduremæssige garantier som procedurerne hos domstolene. Der findes dog en række lovbestemte undtagelser hertil. Bl.a. fremgår det af konkurrencelovens § 20, stk. 3, at Konkurrenceankenævnets afgørelser kan indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Finder indbringelse ikke sted inden for fristen, er ankenævnets afgørelse endelig. Det betyder, at domstolene under en eventuel senere erstatningssag vil være afskåret fra at foretage en prøvelse af afgørelsen.

Det bemærkes hertil, at Konkurrenceankenævnet er klageinstans for afgørelser truffet af Konkurrencerådet. Endvidere er formanden for nævnet medlem af Højesteret, og de øvrige medlemmer er uafhængige juridiske eller økonomiske eksperter.

Endvidere har Danmark tiltrådt og gennemført enkelte internationale retsakter, hvor Danmark forpligtes til at anerkende andre landes administrative afgørelser, jf. f.eks. § 13, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 674 af 24. juni 2004 om lovvalg

mv. ved penge- og realkreditinstitutters samt udstedere af elektroniske penges betalingsstandsning, tvangsakkord, tvangsopløsning eller konkurs, der gennemfører Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2001/24/EF af den 4. april 2001 om sanering og likvidation af kreditinstitutter (artikel 9).

Forældelse

I 2007 vedtog Folketinget en ny forældelseslov. Forældelsesloven finder også anvendelse i forhold til erstatningskrav for overtrædelser af konkurrence-loven, jf. konkurrencelovens § 25, stk. 1.

Med forældelsesloven blev der bl.a. indført en almindelig forældelsesfrist på 3 år, der suspenderes ved fordringshaverens utilregnelige uvidenhed om fordringen eller skyldneren, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1 og 2. Den 3-årige frist suppleres af en absolut frist på 10 år, jf. forældelseslovens § 3, stk. 3, nr. 2. I forhold til uvidenhed om fordringen indtræder suspension ved skadelidtes manglende kendskab til de faktiske omstændigheder, der begrundet kravet. Suspension løber derfor indtil det tidspunkt, hvor den skadelidte fik eller burde have fået kendskab til de faktiske omstændigheder, der begrundet kravet.

Den 3-årige frist afbrydes efter reglerne i forældelseslovens kap. 5 om afbrydelse af forældelse og kap. 6 om foreløbig afbrydelse af forældelse.

I medfør af konkurrencelovens § 25, stk. 2, kan forældelsen af en fordringshavers krav på erstatning som følge af en overtrædelse af konkurrenceloven eller traktatens art. 101 og 102 midlertidig afbrydes, hvis der indgives klage til Konkurrencerådet, og klagen indgår i rådets behandling af sagen. Den midlertidige afbrydelse medfører, at forældelse tidligst indtræder 1 år efter Konkurrencerådet har truffet afgørelse, jf. forældelseslovens § 21, stk. 1, hvortil konkurrencelovens § 25, stk. 2 og 3, henviser.

Tilsvarende afbrydes forældelsen midlertidig, hvis Konkurrencerådets afgørelse påklages til Konkurrenceankenævnet, hvis fordringshaver har indbragt sagen for Konkurrenceankenævnet eller er indtrådt som biintervenient i ankesagen, jf. konkurrencelovens § 25, stk. 3. Forældelse indtræder da tidligst 1 år, efter ankenævnet har truffet endelig afgørelse.

Det bemærkes, at forældelsesfristen kun afbrydes i forhold til den fordringshaver, der har indbragt sagen for Konkurrencerådet.

Det bemærkes endvidere, at udløb af forældelsesfristen ikke er til hinder for, at det under en straffesag, hvor tiltalte findes skyldig, kan pålægges tiltalte at betale erstatning eller godtgørelse til forurettede i anledning af det strafbare forhold, jf. forældelseslovens § 13. Særskilt erstatningssøgsmål kan endvidere anlægges inden 1 år efter straffesagens endelig afgørelse.

Solidarisk hæftelse

I det omfang flere personer efter dansk rets almindelige erstatningsregler er ansvarlige for den samme skade, hæfter de solidarisk herfor.

Formålet med solidarisk hæftelse er at stille skadelidte bedst muligt i forhold til at få erstattet tabet, således at eventuel manglende betalingsevne i forhold til en eller flere af skadevolderne ikke kommer skadelidte til skade.

Såfremt to eller flere er solidarisk ansvarlige for den indtrådte skade eller en del heraf, kan skadelidte rette sit krav imod den skadevolder, han ønsker. Herved lettes adgangen til at opnå erstatning for skadelidte, der dels kan rette kravet mod den økonomisk bedst funderede skadevolder, dels kan begrænse sig til at rette sit erstatningskrav mod én skadevolder og ikke derved tvinges til et erstatningsopgør med hver skadevolder.

Ved betaling fra en ansvarlig skadevolder frigøres de øvrige skadevoldere i det omfang, skadelidte herved er fyldestgjort for sit erstatningskrav. Indfries hele erstatningskravet, er samtlige (med)ansvarlige skadevoldere frigjort, og indfries en del af tabet, nedskrives de øvrige ansvarlige skadevolderes hæftelse med et beløb svarende hertil.

Når skadelidt har fået dækket sit erstatningskrav, overlades det til de solidarisk ansvarlige skyldnere ved regres at fordele tabet imellem sig.

Det følger således af erstatningsansvarslovens § 25, stk. 1, at den indbyrdes fordeling af erstatningsbyrden mellem flere solidarisk erstatningsansvarlige foretages efter, hvad der under hensyn til ansvarets beskaffenhed og omstændighederne i øvrigt må anses for rimeligt.

Overvæltning

Hvor en umiddelbart skadelidt har formået at overvælte sit tab på en anden, vil den pågældende ikke længere have lidt et tab. En tilkendelse af erstatning til den pågældende ville i så fald være ensbetydende med, at den pågældende ville opnå en berigelse.

I relation til tab forvoldt ved konkurrenceretsovertrædelser vil spørgsmålet om, hvorvidt skadelidte har overvæltet sit tab på kunderne gennem en merpris, ofte opstå.

Spørgsmålet om overvæltning i forbindelse med tabsopgørelsen er blevet behandlet i en række sager ved domstolene, hvoraf det fremgår, at spørgsmålet om overvæltning indgår som en integreret del af domstolenes vurdering af tabsopgørelsen, og at spørgsmålet er undergivet domstolenes fri bevisbedømmelse.

Opsættende virkning af mindelig tvistbilæggelse

Det fremgår af retsplejelovens § 345, at retten kan udsætte behandlingen af en sag, når dette findes påkrævet, herunder for at afvente en administrativ eller retlig afgørelse, der vil kunne få indflydelse på sagens udfald.

7. Lovgivningsmæssige eller statsfinansielle konsekvenser

En vedtagelse af forslaget vil have lovgivningsmæssige konsekvenser. Det vurderes på det foreliggende grundlag, at der bl.a. vil være behov for ændringer af reglerne om bevismidler og forældelse i sager om erstatningsøgsmål i konkurrencesager. Endvidere vil der være behov for at skabe hjemmel til at anerkende andre EU-landes administrative afgørelser om overtrædelse af artikel 101 eller 102 i traktaten.

Meddelelsen har ingen lovgivningsmæssige konsekvenser.

Det kan ikke udelukkes, at der som en konsekvens af forslaget vil ske en stigning i antallet af sager om erstatningsøgsmål for overtrædelse af konkurrencereglerne indbragt for domstolene. Forslagets eventuelle statsfinansielle og administrative konsekvenser for det offentlige vurderes fortsat nærmere.

Kommissionen vurderer ikke, at forslaget får konsekvenser for EU's budget.

8. Samfundsøkonomiske konsekvenser

Det er ikke umiddelbart muligt at give et skøn over de samfundsmæssige konsekvenser af direktivforslaget og meddelelsen, idet det ikke kan estimeres, hvordan virksomhederne og potentielle sagsøgere vil agere. Det må dog forventes, at en gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med dets formål oftere vil føre til tilkendelse af erstatning til ofre for overtrædelse af konkurrencereglerne.

9. Administrative konsekvenser for erhvervslivet

Direktivforslaget indebærer ikke administrative konsekvenser for erhvervslivet.

10. Høring

Direktivforslaget og meddelelsen har været i høring i EU-specialudvalget for konkurrenceevne, vækst og forbrugerspørgsmål med frist den 28. juni 2013.

Forbrugerrådet har udbedt sig mere tid til at komme med mere uddybende bemærkninger, men har meddelt, at de generelt er positive overfor direktivforslaget.

Dansk Erhverv, Dansk Industri, Landbrug & Fødevarer, Realkreditrådet, Håndværksrådet og Forsikring & Pension har afgivet et fælles høringssvar.

Erhvervsorganisationerne efterlyser i deres høringssvar en belysning i høringmaterialet af forslaget konkrete konsekvenser for dansk ret.

Med forbehold for at en sådan vurdering ikke forelå på tidspunktet for høringen, har erhvervsorganisationerne følgende foreløbige bemærkninger:

– *Ikke dokumenteret behov for særregler ved overtrædelser af konkurrencereglerne:*

Erhvervsorganisationerne mener ikke, at det er dokumenteret, at der på netop konkurrenceområdet er særligt behov for, at efterlevelsen af de offentligtretlige regler understøttes af særlige regler, der letter adgangen til erstatning for tab, som følge af overtrædelse af konkurrencelovgivningen. Tilsvarende synspunkter kan med lige så stor vægt fremføres i forhold til overtrædelser af miljølovgivningen, arbejdsmiljølovgivningen, fødevarerlovgivningen og databeskyttelseslovgivningen.

– *Retskraft af endelige afgørelser fra konkurrencemyndighederne:*

Erhvervsorganisationerne finder forslaget betænkeligt, især fordi det er uklart, hvad der ligger i formuleringen (artikel 9) ”...en national konkurrencemyndighed eller prøvelsesinstans allerede har truffet endelig afgørelse om overtrædelse...”. Organisationerne kender ikke i detaljer myndighedsforholdene i andre EU-lande, men vil eksempelvis finde det betænkeligt, at danske domstole har pligt til at lægge afgørelser fra konkurrencemyndigheder til grund i tilfælde, hvor der ikke eksisterer betryggende klageadgang med passende retssikkerhedsgarantier for proces mv. og adgang til fuld domstolsprøvelse.

– *Ansvarsgrundlaget*

Organisationerne finder det uklart, om der med forslaget samlet set reelt indføres erstatningsansvar på objektivt grundlag, således at en konstateret overtrædelse af konkurrencereglerne automatisk medfører, at der er erstatningsansvar for den, der efter konkurrencemyndighedernes opfattelse har overtrådt konkurrencelovgivningen. Organisationerne finder det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at en overtrædelse begået i god tro, der sanktioneres med påbud, men ikke straf, automatisk vil medføre erstatningsansvar. Det er også uklart, om tilsvarende gælder for andre af de almindelige betingelser, der efter dansk ret skal være opfyldt for at ifalde erstatningsansvar (bortset fra tabsbetingelsen, som er adresseret i forslaget).

– *Tabsopgørelsen*

Artikel 16 indebærer ifølge organisationerne et grundlæggende brud med det almindelige erstatningsretlige princip i Danmark, hvorefter en skadelidt som udgangspunkt må bevise det lidte tab for at være berettiget til erstatning. Der savnes en begrundelse for, at dette princip skal fraviges netop i erstatningssager på konkurrenceområdet, ligesom det er uklart, hvad der nærmere ligger i termen ”formodning om”.

– *Flere ankesager*

Organisationerne anfører, at der i Danmark afsluttes mange konkurrencesager ved, at virksomheden – selvom den er uenig i den trufne afgørelse – retter eller allerede har rettet ind efter afgørelsen. Denne udgang på sagerne vil fremover blive sjældnere, såfremt de trufne afgørelser uprøvet lægges til grund i eventuelle erstatningssager. Eneste alternativ for virksomhederne vil være at anke de trufne afgørelser, med den konsekvens, at der må forventes flere ankesager på konkurrenceområdet.

– *Forældelse*

Organisationerne læser artikel 10 således, at der skal gælde en forældelsesfrist på mindst 5 år. Der savnes en begrundelse for en fravigelse af den almindelige forældelsesfrist på 3 år i dansk ret.

Finansrådet finder det positivt, at direktivet ikke indeholder bestemmelser om gruppesøgsmål, hvilket hvidbogen til direktivet indeholdt forslag om.

Finansrådet så gerne, at direktivets konsekvenser for dansk ret blev yderligere belyst i høringsmaterialet, selvom direktivet ifølge deres opfattelse som udgangspunkt er omfattet af Danmarks retlige forbehold.

Finansrådet har følgende mere specifikke bemærkninger:

– *Retsvirkninger af endelige afgørelser fra nationale myndigheder (artikel 9)*

Det fremgår af artikel 9, at nationale konkurrencemyndigheders afgørelser gøres bindende, idet de nationale domstole ikke kan træffe en afgørelse, der er i strid med en national myndigheds endelige afgørelse af, at der er sket en konkurrenceretlig overtrædelse.

Formålet med bestemmelsen er at sidestille de nationale konkurrencemyndigheders afgørelser med EU-Kommissionens beslutninger. Bestemmelsen kan imidlertid få u hensigtsmæssige konsekvenser, som umiddelbart illustreres bedst ved et eksempel:

En virksomhed har fået en konkurrenceretlig afgørelse imod sig efter behandling ved både Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet. Der er herefter ikke yderligere mulighed for administrativ rekurs. En borger påstår herefter at have lidt et tab på grund af overtrædelsen og anlægger civilt søgsmål mod virksomheden.

Under de gældende regler vil virksomheden i forbindelse med det civile søgsmål kunne få prøvet det materielle spørgsmål om den konkurrenceretlige overtrædelse ved domstolen. Det vil virksomheden umiddelbart ikke kunne efter de nye regler.

En sådan ændring af retsstillingen vil bevirke, at virksomhederne vil indbringe flere, hvis ikke alle, sagerne fra de nationale konkurrence-

myndigheder for domstolene for at sikre sig muligheden for materiel prøvelse.

Finansrådet finder det betænkeligt og i strid med grundlæggende danske retsprincipper, at de danske domstole ikke skal kunne foretage en materiel prøvelse af spørgsmålet om, hvorvidt der er sket et brud på konkurrenceretlige regler, men alene skal tage stilling til, om sagsøger kan løfte bevisbyrden for at have lidt et erstatningsberettiget tab og herefter udmåle erstatningen.

– *Forældelse (artikel 10)*

Forældelsesfristen for overtrædelser af direktivet skal, jf. artikel 10 ff., være minimum 5 år, og fristen begynder først at løbe, når den forurettede part bliver bekendt med overtrædelserne.

Finansrådet er enig i, at det er nødvendigt at give den forurettede part tid til at forberede sin sag og undgå at afskære denne fra at forfølge erstatningskrav ved domstolene, men der skal være en rimelig balance i forhold til hensynet til den krænkende part, som bør have mulighed for at 'indstille sig' på fremtiden. En forældelse på over 5 år forekommer som en urimelig lang frist og er i uoverensstemmelse med den almindelige forældelse under dansk ret.

Det er Finansrådets holdning, at der af retssikkerhedsmæssige hensyn bør være en grænse for, hvor længe krænker skal være nødsaget til at vente i usikkerhed på at få afklaret, om et civilt erstatningssøgsmål vil blive anlagt ved domstolene, og at dansk rets almindelige forældelsesregler kan opfylde dette formål.

– *Solidarisk hæftelse (artikel 11)*

Det er Finansrådets vurdering, at de i direktivet foreslåede regler om solidarisk hæftelse strider imod almindelig dansk retspraksis om erstatning udenfor kontrakt.

Hvis det skal fastslås, at der er et ansvarsgrundlag i form af culpa tilstede, kræver almindelig retspraksis, at der faktisk er lidt et tab, at der er årsagssammenhæng mellem adfærden og tabet, at tabet er adækvat og at skadevolder har handlet forsætligt eller uagtsomt.

Det er vanskeligt at se, at en virksomheds blotte deltagelse i et kartel i sig selv skulle være nok til at konstatere, at samtlige betingelser for at ifalde et erstatningsansvar er til stede.

Det er Finansrådets holdning, at medlemmer af karteller alene bør være erstatningsansvarlige over for egne direkte og indirekte kunder.

– *Bevisbyrde ved tabsopgørelsen (artikel 16)*

Det fremgår af artikel 16, at der ikke må stilles for høje krav til sagsøgers bevisbyrde, når det kommer til tabsopgørelsen. Behovet for særegne regler for bevisbyrde, som letter den forurettede parts adgang til erstatning for tab, som følger af en overtrædelse af konkurrencelovgivningen, og som alene indføres på dette område, synes at være udokumenteret.

Finansrådet finder det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at indføre sådanne regler om bevisbyrde, og vil fortsat lade det være op til domstolene at foretage bevisbedømmelsen.

Danmarks Rederiforening efterlyser grundlæggende en redegørelse for direktivforslagets overensstemmelse med henholdsvis afvigelse fra gældende dansk ret.

Overordnet set er Rederiforeningen positivt indstillet overfor direktivets formål om at sikre en effektiv håndhævelse af EU's konkurrenceregler ved at fremme samspillet mellem den offentlige og den private håndhævelse af konkurrencereglerne og ved at sikre, at ofre for overtrædelser af EU's konkurrenceregler kan opnå fuld erstatning for den skade, de har lidt.

Rederiforeningen finder dog, at der er flere bestemmelser i direktivet, der giver anledning til bemærkninger, som den sammenfatter under følgende overskrifter:

– *Editionspligt (Artikel 5)*

Rederiforeningen er positiv over for en præcisering af, hvilke dokumenter der kan fremlægges i en erstatningssag. Det fremgår af side 15 i de indledende bemærkninger i direktivforslaget, at nationale domstole bør råde over effektive foranstaltninger til at beskytte alle forretningshemmeligheder og andre fortrolige oplysninger, der fremlægges under sagen. Rederiforeningen er enig i, at den vurdering overlades til de nationale domstole.

Det er uklart, om de dokumenter – virksomhedserklæringer og forligsindlæg – der ifølge direktivforslaget er underlagt absolut beskyttelse er et tilstrækkeligt værn til at opretholde en effektiv *whistleblower ordning*. Editionspligten bør ikke føre til fremlæggelse af dokumenter, der kan føre til en svækkelse af *whistleblower ordningen*.

– *Solidarisk hæftelse (Artikel 11)*

Ifølge direktivforslagets indledende bemærkninger i pkt. 4.3.3. side 18 anføres, at når flere virksomheder overtræder konkurrencereglerne i fællesskab bør de hæfte solidarisk for enhver skade forvoldt af kartellet. Foreningen er grundlæggende ikke uenig i dette udgangspunkt og er ligeledes positiv over for ophævelsen af en bødefritagelse, såfremt skade-

lidte ikke kan opnå fuld erstatning fra de øvrige ikke bødefritagne deltagende virksomheder i kartellet.

Ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt kan det dog forekomme vidtgående, at en virksomhed, som i mindre grad har spillet en rolle i ulovlig kartelvirksomhed pålægges et erstatningsansvar, der langt overstiger den forholdsmæssige bøde virksomheden måtte være idømt. Foreningen foreslår på den baggrund, at der gives de nationale domstole mulighed for i særlige tilfælde og når omstændighederne tilsiger det, at tage hensyn til den udviste skyldgrad.

– *Omvendt bevisbyrde (Artikel 16)*

Ifølge direktivforslaget skal medlemsstaterne i forbindelse med ulovlig kartelvirksomhed sikre, at der gælder en formodning om, at overtrædelser har været tabsforvoldende. Almindeligvis er skadelidte i dansk ret underlagt en ligefrem bevisbyrde for det lidte tab, og den omvendte bevisbyrde er således en skærpelse af gældende dansk ret. Artikel 16 vedrører alene tabsopgørelsen og forudsætter, at der foreligger ulovlig kartelvirksomhed.

Direktivet er imidlertid ikke tydelig omkring bevisbyrdereglen for at der foreligger ulovlig kartelvirksomhed. Såfremt en parallel bødesag verserer indledt af konkurrencemyndighederne, kan Artikel 16 medvirke til at skabe en formodning for, at der foreligger ulovlig kartelvirksomhed i det hele taget. Risikoen for søgsmål, hvor virksomheder sagsøges på et spinkelt grundlag og skal bruge store ressourcer på at tilbagebevise måske ikke blot tabet, men at der foreligger ulovlig kartelvirksomhed i det hele taget, bør mindskes ved at stille krav om tilstrækkelig bevisførelse for ulovlig kartelvirksomhed. Ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt mener foreningen, at det er hensigtsmæssigt at direktivet tydeliggør, at der gælder en ligefrem bevisbyrde for, at der foreligger ulovlig kartelvirksomhed.

– *Fuld erstatning (Artikel 2 og Artikel 16)*

Rederiforeningen er enig i, at der skal ydes fuld erstatning til skadelidte, som har lidt skade på grund af en overtrædelse af EU's eller nationale konkurrenceregler. Erstatning for tabt arbejdsfortjeneste indebærer imidlertid erstatning for et tab, der meget vanskeligt kan dokumenteres, da beregningen heraf er baseret på et hypotetisk og ikke et faktisk beløb. Foreningen har ikke særskilt gennemgået de retningslinjer Kommissionen foreslår anvendt i forbindelse med tabsopgørelsen for ulovlig kartelvirksomhed, men støtter fælleseuropæiske retningslinjer for det skøn de nationale domstole skal udøve.

Ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt mener rederiforeningen, at der generelt bør anlægges et konservativt skønt, da det forløb tabsopgørelsen baserer sig på er hypotetisk, og den tabslidende virksomhed har et oplagt incitament til at være optimistisk omkring en forventet mulig for-

tjeneste. Rederiforeningen understreger, at den støtter udgangspunktet om fuld erstatning, og at bemærkningen udelukkende gøres i det ærinde at undgå, at der kan opnås en gevinst ved at anlægge en erstatningssag.

Danske Advokater anfører følgende:

Forslaget er en udløber af flere initiativer og drøftelser i det senere år om principperne for tilkendelse af erstatning, og det indeholder regler af potentiel væsentlig og indgribende betydning inden for erstatningsret og civilproces. Dette fremgår bl.a. af, at hjemlen ikke alene findes i traktatens regler om konkurrenceforhold, men derimod i den almindelige harmoniseringshjemmel i art 114. Indholdet er på mange måder velafbalanceret og rimeligt, men dette bør ikke føre til, at man overser direktivets indgribende betydning i dansk retspleje og erstatningsret.

Af særlig betydning anfører Danske Advokater (ikke-udtømmende):

- At der (i artikel 5-8) fastlægges regler om edition, hvor undtagelsen – som har til formål at ”beskytte” leniency-ansøgere – lægger meget stærke bånd på den skønsvirksomhed, som danske domstole normalt udviser i forhold til edition.
- At der (i artikel 9) træffes bestemmelser om endelighed af forvaltningsafgørelser, som berører dels princippet i grundlovens § 63, dels den rent pragmatiske betydning af det af reglerne følgende indirekte krav om at indbringe alle forvaltningsafgørelser fra Rådet eller Ankenævnet for domstolene.
- At der (i artikel 11) indføres væsentlige regler om solidarisk hæftelse, og at disse regler ses at være hovedsageligt dikteret af ønsket om at beskytte leniency-ansøgere.
- At spørgsmålet om overvæltningsforsvaret afgøres endeligt på en måde, der vel fremtræder rimeligt, men næppe svarer til, hvad der må anses for gældende ret i Danmark i dag.

11. Generelle forventninger til andre landes holdninger

De øvrige medlemsstaters holdninger kendes endnu ikke.

12. Regeringens foreløbige generelle holdning

Regeringen støtter overordnet, at der iværksættes initiativer med henblik på at styrke håndhævelsen af konkurrencereglerne, herunder styrke skadelidtes muligheder for at få tilkendt erstatning for tab, som skyldes overtrædelse af konkurrencereglerne.

Regeringen lægger vægt på, at initiativer med henblik på at lette muligheden for at anlægge sådanne erstatningssager skal være afbalancerede, og at der som udgangspunkt ikke skal fastlægges nye proces- og erstatningsregler på

konkurrenceområdet, der adskiller sig væsentligt fra, hvad der gælder inden for den almindelige erstatningsret og civilprocessen i Danmark.

Flere af direktivforslagets bestemmelser rejser spørgsmål om sammenhængen med grundlæggende principper i retsplejeloven, ligesom der på en række punkter sker en fravigelse af de almindelige erstatningsretlige regler. Hensigtsmæssigheden heraf vil skulle overvejes meget nøje.

Endvidere lægger regeringen vægt på, at direktivet ikke bør indeholde bestemmelser, som kan mindske virksomhedernes incitament til at søge om leniency (straflempelse /-frihed).

De enkelte bestemmelser i forslaget vurderes fortsat nærmere.

13. Tidligere forelæggelse for Folketingets Europaudvalg

Sagen har ikke tidligere været forelagt for Folketingets Europaudvalg.