



SØ- OG HANDELSRET TEN DOM

afsagt den 4. september 2023

Sag BS-25183/2022-SHR

ØNSKEBØRN A/S
(advokat Erik Bertelsen)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(advokat Jacob Pinborg)

Denne afgørelse er truffet af retspræsident Mads Bundgaard Larsen, vicepræsident Claus Forum Petersen og konstitueret dommer Ina Darby Iwersen sammen med de sagkyndige medlemmer Henrik Rasmussen og Anders Kjærsgaard Dybro.

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag handler om, hvorvidt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er berettiget til at anvende materiale indhentet under en kontrolundersøgelse hos ØnskeBørn A/S den 25. november 2020 som bevis i en afgørelse mod ØnskeBørn A/S, som ikke vedrører bindende videresalgspriser. Spørgsmålet er navnlig, om en sådan anvendelse ligger uden for kontrolundersøgelsens genstand og formål ("out-of-scope") og i givet fald retsvirkningerne heraf.

Sagens omdrejningspunkter er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 12. november 2020 om at foretage kontrolundersøgelse hos ØnskeBørn, kendelse af 20. november 2020 fra Retten i Glostrup om kontrolundersøgelsen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 7. juni 2022 om fortsat at lade materiale indhentet ved kontrolundersøgelsen indgå i den konkurrencesag mod

Ønskebørn A/S om horisontal priskoordinering, hvor Konkurrencerådet traf afgørelse den 29. marts 2023.

Sagen er anlagt den 1. juni 2022.

ØnskeBørn A/S har nedlagt følgende påstand:

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilpligtes at anerkende, at materiale indhentet på kontrolundersøgelse foretaget hos ØnskeBørn A/S den 25. november 2020, ikke kan anvendes som bevis i en afgørelse mod ØnskeBørn A/S, som ikke vedrører bindende videresalgspriser.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Sagens parter:

ØnskeBørn A/S er en landsdækkende frivillig butikskæde, hvis medlemmer består af selvstændige forhandlere, der i et horisontalt samarbejde forhandler baby- og børneprodukter.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er en uafhængig offentlig myndighed under Erhvervsministeriet. Styrelsen har bl.a. til opgave at håndhæve konkurrenceloven, og styrelsen har i medfør af konkurrencelovens § 18 kompetence til at foretage kontrolundersøgelser.

Klager til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

I perioden 2016-2020 modtog styrelsen i alt 16 klager om bindende videresalgspriser i branchen for baby- og børneprodukter. Ønskebørn har fået aktindsigt i de to klager gengivet nedenfor og afslag på aktindsigt i de øvrige 14. Ønskebørn har opfordret styrelsen til at fremlægge de øvrige 14 henvendelser. Styrelsen har ikke opfyldt denne provokation, men oplyst, at de øvrige henvendelser vedrører bindende videresalgspriser.

De to fremlagte henvendelser har følgende indhold:

Henvendelse af 24. maj 2016:

" ...

Emne: Fastpris aftaler på besafe autostole

Hej

Jeg har været på jagt efter et tilbud på besafe autostol - izi modular - og skulle bruge 2 baser af 2295,- + 2 stole af 3295,- og 1 stol af 2295,- = jeg går i 2 forskellige butikker ([anonymiseret] og ønskebørn) for at få et tilbud - det får jeg at vide, at jeg ikke kan få, da de ikke må give rabat på autostolene.....kører videre til [anonymiseret] der fortæller, at de har mistet forhandlingen af stolene pga at de gav rabat på dem....kører til Tyskland og får samme svar - her er stolene dog samlet ca 2300,- billigere pga moms osv....

Så Sverige, Norge, Tyskland og Danmark skal ifølge disse fire forskellige forhandlere holde listeprisen, for at få lov at sælge stolen....

Kan det virkelig være lovligt?

Mvh

...".

Styrelsen besvarede samme dag mailen som følger:

"Kære [...]

Tak for dit tip.

Jeg har lige et opfølgende spørgsmål, blandt andet fordi der er forskel på bindende videresalgspriser og forbud mod at yde rabatter. De sidstnævnte kan jo gives på handler, der omfatter flere produkter i sortimentet, og kan derfor være mere skadelige end bindende videresalgspriser. Rabatforbuddet kan også være rettet mod særlige produkter.

Jeg har ved opslag på [anonymiseret] hjemmeside konstateret, at de ganske rigtigt ikke længere fører de nævnte autostole. Jeg skal lige sikre mig, at du har hørt, at det var rabatgivning, der var årsag til leveringsstandsningen og om de nævnte andre forhold, fx for mange forhandlere mv.

Jeg har derimod set en svag prisvarians (det kan være at det er lovligt at sælge over listeprisen), hvilket betyder at det kan være vanskeligt, at bevise, at der er prisstyring.

Med venlig hilsen

[...]".

Styrelsens mail blev samme dag besvaret som følger:

" ...

Emne: Re: SV: Fastpris aftaler på besafe autostole

Nej – hende fra [anonymiseret] fortalte at de arbejdede på at få produktet igen, men at det var rabat/det at de holder udsalg, tilbudsaviser på eget initiativ, der gjorde udslaget – der måtte kun laves tilbud fra besafe selv og ikke forhandlerne

Jeg blev jo også kun opmærksom på det, da jeg syntes at beløbet samlet var så højt, at det burde kunne udløse lidt rabat – og igen hun beklagede (ønskebørn) og tilbød at jeg ville kunne få rabat, hvis jeg også ville købe seng, alarm osv da hun gerne måtte give rabat på fx babydan seng og neonate alarmer.....så de giver rabat ved større køb - også hvis jeg ville have fx cybex autostole – bare ikke besafe stole

Mvh
[...]"

Henvendelse af 26. juli 2016:

" ...

Hej Jeg har både været i Ønskebørn, [anonymiseret] samt skrevet til [anonymiseret] og fået sammen svar, hvori de meddeler at de ikke kan give tilbud på evomove nomi grundet aftale med deres leverandør. Leander har samme aftale med Ønskebørn og [anonymiseret] Fra: [anonymiseret] webshop Sendt: 26. juli 2018 14:05 Til: Emne: Re: Tilbud Ønskes Hej Tak for din henvendelse Jeg har ikke alle de varer på lager, som du ønsker tilbud på - dog har jeg skrevet herunder de tilbud vi kan give dig på hver enkelt vare. Rigtig god dag --- Med venlig hilsen [anonymiseret] Hej Jeg ønsker et godt tilbud på følgende: - [anonymiseret] - Nomi Høistol Coffee, Valnød Desværre ikke muligt at give rabat iflg. vores leverandør - Nomi Mini Coffee Desværre ikke muligt at give rabat iflg. vores leverandør - Nomi Pude, Pink Desværre ikke muligt at give rabat iflg. vores leverandør - Leander® [anonymiseret]"

I et skærmpoint af ovenstående henvendelse er følgende tastet ind som et svar fra styrelsen:

"Tak for din henvendelse til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Din henvendelse virker interessant, men for at vurdere den endeligt og eventuelt gå videre med den, har vi brug for at få tilsendt de originale mails. Det kan ikke lade sig gøre fortsat at være anonym, men jeg håber at du vil sende dem til med@kfst.dk. Jeg er tilbage fra ferie om 14 dage, hvor jeg så vil kigge nærmere på det".

Kontrolundersøgelsen

Af styrelsens efterforskningsrapport af 30. september 2020 fremgår følgende:

”NOTAT

EFTERFORSKNINGSRAPPORT

Vedr. bindende videresalgspriser inden for baby- og børneprodukter

Gennemgang af henvendelser til KFST siden 2016 vedr. baby- og børneprodukter

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har siden 2016 modtaget 16 klager om bindende videresalgspriser i branchen for baby- og børneprodukter. Klagerne vedrører i alt 13 forskellige leverandører og fordeler sig på følgende måde:

- 2020: 2 henvendelser
- 2019: 1 henvendelse
- 2018: 3 henvendelser
- 2017: 6 henvendelser
- 2016: 4 henvendelser

Størstedelen af klagerne bygger på oplysninger fra kunder, der hos forhandlere har fået oplyst, at bestemte leverandører håndhæver bindende videresalgspriser, og at kunderne derfor ikke kan tilbydes rabat. Klagerne indeholder ikke nævneværdig dokumentation.

Senest har styrelsen ultimo august 2020 modtaget en klage om, at producenten af bl.a. køreposer og autostole, HTS BeSafe AB, har håndhævet bindende videresalgspriser over for en af sine forhandlere”.

Af afgørelse om aktindsigt truffet af styrelsen den 17. januar 2023 fremgår følgende uddrag af et internt prioriteringsnotat af 23. oktober 2020:

”Styrelsen modtog også i 2016 en klage over HTS BeSafe AS. En kunde havde hos [anonymiseret] og Ønskebørn A/S fået oplyst, at de ikke måtte give rabat på autostole fra HTS BeSafe AS, og hos [anonymiseret] blev kunden oplyst om, at [anonymiseret] ikke længere måtte forhandle HTS BeSafe autostole, da [anonymiseret] tidligere havde forhandlet dem med rabat. Kunden fik samme oplysninger fra en tysk forhandler.

Ved søgning i åbne kilder er der identificeret flere eksempler på, at forhandlere af baby- og børneprodukter systematisk undtager produkter fra HTS BeSafe AS i forbindelse med kampagner. Dette er konstateret hos både [anonymiseret], [anonymiseret] og [anonymiseret] i henholds-

vis 2019 og 2020. Flere andre udvalgte mærkevarer ses på lignende vis systematisk undtaget fra kampagner hos forhandlere.

Ud over henvendelserne vedr. HTS BeSafe AS, er der siden 2016 indgået mindst 15 henvendelser til styrelsen om bindende videresalgspriser inden for baby- og børneprodukter. Sammenholdt med ovenstående efterforskning i åbne kilder og [anonymiseret], kan det tyde på, at anvendelse af bindende videresalgspriser er et udbredt problem i branchen".

Konkurrence- og Forbrugerstyrelse har ikke efterkommet ØnskeBørns provokation under sagen om at fremlægge det interne prioriteringsnotat af 23. oktober 2020, som Ønskebørn endvidere har fået afslag på aktindsigt i ved styrelsens afgørelse af 17. januar 2023.

Den 12. november 2020 traf Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør beslutning om at foretage kontrolundersøgelse hos Ønskebørn. Af beslutningen fremgår følgende:

"Konkurrencebegrænsende aktiviteter i branchen for baby- og børneprodukter

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at der i branchen for baby- og børneprodukter foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at ØNSKEBØRN A/S kan være involveret i disse aktiviteter.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning er begrundet i flere henvendelser, som styrelsen har modtaget over en årrække. Henvendelserne indikerer samlet set, at aftaler m.v. om bindende videresalgspriser er udbredt i branchen for baby- og børneprodukter. Henvendelserne er primært kommet fra kunder, der af forhandlere er blevet oplyst, at leverandører af baby- og børneprodukter fastsætter bindende videresalgspriser over for forhandlerne. Henvendelserne kommer fra forskellige kunder og vedrører forskellige forhandlere og leverandører.

Enhver form for aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der har til formål eller følge, direkte eller indirekte at begrænse konkurrencen, er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6.

I det omfang sådanne aftaler m.v. påvirker samhandelen mellem EU's medlemsstater, kan der være tale om en overtrædelse af EUF Traktatens artikel 101. Der henvises i den forbindelse til Rådets forordning nr. 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 - nu artikel 101 og 102 - samt konkurrencelovens § 24, hvorefter Konkurrencerådet er bemyndiget til at påse overholdelsen af EUF traktatens artikel 101 og 102.

Som følge heraf har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med hjemmel i konkurrencelovens § 18, stk. 1, besluttet at foretage en kontrolundersøgelse hos ØNSKEBØRN A/S (CVR nr. 32 45 33 76) med tilhørende bi- og kaldenavne samt koncernforbundne selskaber, jf. selskabslovens §§ 6 og 7, på samtlige af virksomhedens adresser og særligt på adressen Uraniavej 15, 8700 Horsens.

Kontrolundersøgelsen, der indledes onsdag den 25. november 2020 har til formål - via indhentning af den fornødne information - at få be- eller afkræftet den opståede formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven.

Kontrolundersøgelsen foretages uvarslet, jf. retssikkerhedslovens § 5, stk. 4, nr. 1, da formålet med undersøgelsen ville forspildes, hvis forudgående underretning skulle gives, idet det vurderes, at der er risiko for, at eventuel dokumentation for den ovennævnte formodede overtrædelse af konkurrenceloven bortskaffes, såfremt forudgående varsling blev givet.

Der vedlægges en vejledning om kontrolundersøgelser samt et eksemplar af konkurrenceloven...”.

Den 20. november 2020 afsagde Retten i Glostrup følgende kendelse om kontrolundersøgelse:

”...

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har under henvisning til den fremlagte beslutning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør anmodet om rettens kendelse om, at repræsentanter fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen får adgang til at foretage den besluttede kontrolundersøgelse, jf. konkurrencelovens § 18.

Retten afsagde

kendelse:

Da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør har besluttet den beskrevne kontrolundersøgelse, tages anmodningen til følge, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3, jf. § 18, stk. 1.

Derfor bestemmes:

Repræsentanter for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal mod behørig legitimation have adgang til

- at foretage kontrolundersøgelse hos ØNSKEBØRN A/S (CVR 32453376) med tilhørende bi- og kaldenavne samt koncernforbundne selskaber, jf. selskabslovens §§ 6 og 7, på samtlige af virksomhedens adresser,
- særligt på adressen

- dér gøre sig bekendt med og tage kopier af enhver oplysning, herunder regnskaber, regnskabsmaterialer, bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium
- at kræve mundtlige forklaringer...".

Det er ubestridt, at Retten i Glostrup ikke fik forelagt de henvendelser, der fremgik af styrelsens beslutning om kontrolundersøgelse.

Kontrolundersøgelsen blev foretaget den 25. november 2020.

Om forløbet efter kontrolundersøgelsen

Den 14. september 2021 fremsendte styrelsen en meddelelse om betænkeligheder til ØnskeBørn. Af meddelelsen om betænkeligheder fremgår følgende:

"Meddelelse om betænkeligheder – Mulig ulovlig begrænsning af væsentlige konkurrenceparametre, herunder priskoordinering, i ØnskeBørn A/S.

[...]

På det foreliggende grundlag er det styrelsens hypotese, at ØnskeBørn og de virksomheder, som er eller har været medlem af ØnskeBørn, mens den pågældende adfærd har fundet sted, har koordineret priser og andre væsentlige konkurrenceparametre, der giver anledning til betænkeligheder efter konkurrencelovens § 6, stk. 1, og evt. også Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) artikel 101, stk. 1.

Nedenfor følger en kort beskrivelse af de hypoteser, styrelsen på nuværende tidspunkt arbejder ud fra i relation til mulig afgrænsning af markedet samt de konkurrenceretlige betænkeligheder i sagen.

[...]

På det foreløbige stadie, som sagen befinder sig på, vurderer styrelsen umiddelbart, at en endelig afgrænsning af markedet ikke vil være afgørende for sagens udfald. Det skyldes, at styrelsens betænkeligheder er begrundet i en hypotese om, at ØnskeBørn og de virksomheder, som er eller har været medlem af ØnskeBørn, mens den pågældende adfærd har fundet sted, har indgået en eller flere aftale(r) og/eller vedtagelse(r) inden for en sammenslutning af virksomheder om begrænsning af en eller flere væsentlige konkurrenceparametre, herunder koordinering af fælles priser, og at medlemmerne i ØnskeBørn er aktuelle eller potentielle konkurrenter uanset, hvordan markedet afgrænses.

2. De konkurrencemæssige problemer

Ifølge konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, er det forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, samordnet praksis eller vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder, der direkte

eller indirekte har til formål eller til følge af begrænse konkurrencen. Ulovlige aftaler m.v. kan fx bestå i at koordinere fælles priser og begrænse andre væsentlige konkurrenceparametre, som fx markedsføring.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens foreløbige hypotese, at ØnskeBørn er et horisontalt kædesamarbejde, og at ØnskeBørn og de virksomheder, som er eller har været medlem af ØnskeBørn, mens den pågældende adfærd har fundet sted, har indgået en eller flere aftale(r) og/eller vedtagelse(r) inden for en sammenslutning af virksomheder om begrænsning af en eller flere væsentlige konkurrenceparametre, herunder koordinering af fælles priser i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og eventuelt TEUF artikel 101, stk. 1.

Styrelsen er i materialet indhentet på kontrolundersøgelsen hos ØnskeBørn blevet bekendt med, at ØnskeBørn og de virksomheder, som er eller har været medlem af ØnskeBørn, samarbejder/har samarbejdet ud fra et såkaldt markedsføringscodex, et priscodex og et kundecodex, hvoraf det fremgår, at medlemmerne af ØnskeBørn skal følge særlige regler bl.a. i forhold til prissætning og markedsføring af det, der betegnes som kædens "egne varer" og "eksklusivitetsvarer". Styrelsen er endvidere bekendt med, at der i ØnskeBørn kommunikeres om dette til medlemmerne via en emailgruppe, der hedder "shareholders". Derudover fremgår det af materialet indhentet på kontrolundersøgelsen hos ØnskeBørn, at kædekontoret via e-mailgruppen "shareholders" har opfordret medlemmerne af ØnskeBørn til ikke at prismatche en bestemt forhandler (konkurrent) og til ikke at give rabatter på specifikke produkter.

Styrelsens betænkeligheder er i denne sammenhæng, at ovennævnte mulig(e) aftale(r) og/eller vedtagelse(r) kan begrænse konkurrencen på det relevante marked, hvilket bl.a. kan føre til højere priser for forbrugerne...".

Ved mail af 18. maj 2022 til styrelsen fremsatte ØnskeBørn indsigelse mod at lade det indhentede materiale fra kontrolundersøgelsen indgå i styrelsens sag som anført ovenfor. Mailen har følgende indhold:

" ...

Med henvisning til vores telefonsamtale d.d. får du som aftalt hermed en kort mail med vores synspunkt og anmodning i relation til det materiale, som I har oplyst, at I agter at lade indgå i jeres sag mod ØnskeBørn i forhold til kontrolundersøgelsens genstand og omfang.

Vi er blevet gjort bekendt med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at foretage kontrolundersøgelse hos ØnskeBørn. Af beslutningen fremgår følgende:

"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning er begrundet i flere henvendelser, som styrelsen har modtaget over en årrække. Henvendelserne indikerer samlet set, at aftaler m.v. om bindende

videresalgspriser er udbredt i branchen for baby- og børneprodukter. Henvendelserne er primært kommet fra kunder, der af forhandlere er blevet oplyst, at leverandører af baby- og børneprodukter fastsætter bindende videresalgspriser over for forhandlerne. Henvendelserne kommer fra forskellige kunder og vedrører forskellige forhandlere og leverandører."

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at foretage kontrolundersøgelsen hos ØnskeBørn er altså alene begrundet i en formodning om, at der kan findes beviser vedrørende bindende videresalgspriser.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sag mod ØnskeBørn-kæden vedrører imidlertid horisontal priskoordinering og det materiale, som styrelsen har inddraget i sagen, vedrører horisontal priskoordinering. Intet af materialet vedrører bindende videresalgspriser. Der er efter vores opfattelse ingen tvivl om, at mistanken alene har rettet sig mod bindende videresalgspriser. Der omtales en formodning om konkurrencebegrænsende aktiviteter i beslutningen om kontrolundersøgelse, og den formodning konkretiseres i det ovennævnte citat fra beslutningen. Det fremgår klart af ordlyden af beslutningen.

Det er på denne baggrund **vores opfattelse**, at det materiale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ønsker at lade indgå i sagen mod ØnskeBørn ligger uden for kontrolundersøgelsens genstand og formål ("*out of scope*"), hvorfor materialet ikke kan indgå i sagen og ikke kan ligge til grund for en afgørelse. Den efterfølgende henvisning til konkurrencelovens § 6 og Traktatens konkurrencebestemmelser og forordning 1/2003 er helt standard og vedrører ikke den konkrete mistanke. Det er den konkrete mistanke, der er kontrolundersøgelsens formål og genstand og det der gør, at betingelserne for at opnå en retskendelse har været opfyldt.

Det følger af gældende ret, herunder praksis fra EU-Domstolen, at konkurrencemyndighederne ikke kan anvende materiale til en afgørelse, som falder uden for kontrolundersøgelsens genstand og formål. Sådant materiale, der er "*out of scope*", kan alene anvendes til ny efterforskning.

Der henvises i denne forbindelse desuden til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egen *Vejledning om kontrolundersøgelser* (januar 2022), s. 14-15, hvor retstilstanden er beskrevet.

Vi **anmoder** på baggrund af ovenstående Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at erklære sig enige i, at materialet, som på nuværende tidspunkt indgår i sagen mod ØnskeBørn, falder uden for kontrolundersøgelsens genstand og formål samt at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lader det pågældende materiale udgå af sagen.

Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke er enige i ovenstående, **anmoder** vi om, at styrelsen træffer beslutning om at afvise vores anmodning om at erklære materialet for out of scope. Vil vi i så fald indbringe den beslutning for domstolene med påstand om, at Konkurren-

ce- og Forbrugerstyrelsen tilpligtes at anerkende, at materialet falder uden for kontrolundersøgelsens formål og genstand...".

Styrelsen traf den 7. juni 2022 beslutning om fortsat at lade materialet indgå i sagsbehandlingen. Af beslutningen fremgår følgende:

" ...

Tak for din mail nedenfor, hvor du gør gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at gennemføre kontrolundersøgelse hos Ønske Børn A/S alene var begrundet i en formodning om, at der kunne findes beviser vedrørende bindende videresalgspriser, og at det materiale vedrørende horisontal priskoordinering, der nu indgår i konkurrencesagen vedrørende ØnskeBørn, derfor ligger uden for kontrolundersøgelsens genstand og formål ("out of scope").

Hertil skal styrelsen bemærke, at den formodning om en overtrædelse af konkurrencereglerne, der lå til grund for styrelsens beslutning om at gennemføre kontrolundersøgelse hos ØnskeBørn, er formuleret indledningsvist i beslutningen (der ligger til grund for retskendelsen). Det fremgår således af beslutningens afsnit 1, at: *"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at der i branchen for baby- og børneprodukter foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen."* Det fremgår videre af beslutningens afsnit 2, at: *"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at ØN-SKEBØRN A/S kan være involveret i disse aktiviteter."*

I beslutningens efterfølgende afsnit 3 redegøres udelukkende for baggrunden for denne formodnings opståen, hvilket understreges af formuleringen: *"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning er begrundet i..."*. Afsnit 3 indeholder således ikke en beskrivelse af selve formodningen, men derimod en beskrivelse af baggrunden for formodningens opståen. Baggrunden for formodningen indeholder hverken sprogligt, forståelses- eller opbygningsmæssigt en begrænsning eller indskrænkning af styrelsens formodning, som er selvstændigt formuleret i afsnit 1. Dette understreges af, at det efterfølgende følger af beslutningens afsnit 4, at: *"Enhver form for aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der har til formål eller følge, direkte eller indirekte at begrænse konkurrencen, er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6."* og videre af beslutningens afsnit 7: *"Kontrolundersøgelsen, der indledes onsdag den 25. november 2020 har til formål – via indhentning af den fornødne information – at få be- eller afkræftet den opståede formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven."*

Yderligere bemærkes, at konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 indeholder et generelt forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og en ikke-udtømmende opregning af eksempler herpå. En konkurrencebegrænsende aftale kan og skal ikke nødvendigvis henføres til ét af de angivne eksempler eller i det hele taget til én klart afgrænset type af overtrædelse.

Styrelsen modtager mange henvendelser og klager om mulige overtrædelser af konkurrenceloven, men det kan ikke forventes – og forholder sig heller ikke således i praksis – at disse henvendelser er så præcise, fyldestgørende og dokumenterede samt juridisk kvalificerede, at de uden yderligere vurdering kan danne baggrund for en klar og tydelig formodning om én bestemt overtrædelse af konkurrenceloven. Det er således en af styrelsens opgaver ved modtagelsen af henvendelser og klager – ofte i sammenhæng med yderligere undersøgelser – på baggrund heraf at udlede en relevant juridisk formodning.

I den konkrete sag har de henvendelser og klager, som styrelsen har modtaget, medført, at styrelsen har fået en formodning om, at der i branchen for baby- og børneprodukter foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i strid med konkurrencelovens § 6, som ØnskeBørn kan være involveret i. Det forhold, at styrelsens formodning om ØnskeBørns overtrædelse af konkurrencereglerne er opstået på baggrund af henvendelser vedrørende bindende videresalgspriser medfører ikke, at styrelsens formodning – og dermed undersøgelse – er begrænset til kun at omfatte denne ene type overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at det materiale, der indgår i konkurrencesagen vedrørende ØnskeBørn, er omfattet af den gennemførte kontrolundersøgelses genstand og formål, således som dette er formuleret i beslutning og retskendelse om at gennemføre kontrolundersøgelsen. Materialet indeholder oplysninger om horisontal priskoordinering i ØnskeBørn-kæden og falder derfor inden for rammerne af styrelsens undersøgelse af ØnskeBørns involvering i konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål eller følge af begrænse konkurrencen i branchen for baby- og børneprodukter.

Denne beslutning om fortsat at lade materialet indgå i sagsbehandlingen vedrørende ØnskeBørn kan indbringes for domstolene...”.

Konkurrenceankenævnets afgørelse om aktindsigt

Den 22. december 2022 traf Konkurrenceankenævnet afgørelse i en sag mellem ØnskeBørn og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om aktindsigt. Heraf fremgår bl.a. følgende:

”Resumé af afgørelsen

I forlængelse af en generel undersøgelsessag vedrørende branchen for baby- og børneprodukter (sag 20/10234) indledte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en sag om kontrolundersøgelse vedrørende ØnskeBørn A/S (sag 20/12884). På baggrund af det materiale, der den 25. november 2020 blev indhentet ved kontrolundersøgelsen, indledte styrelsen en sag mod ØnskeBørn om mulig overtrædelse af konkurrenceloven.

I forbindelse hermed har ØnskeBørn anmodet om aktindsigt i 16 henvendelser vedrørende branchen i perioden fra 2016-2020, som er nævnt i en intern efterforskningsrapport af 30. september 2020, der er udarbejdet som led i den generelle undersøgelsessag.

Ved afgørelse af 23. juni 2022 gav styrelsen afslag på aktindsigt i henvendelserne. Ved afgørelse af 14. juli 2022 fastholdt styrelsen afslaget for så vidt angår 14 af henvendelserne, men meddelte ØnskeBørn partsaktindsigt i 1 henvendelse samt aktindsigt i yderligere 1 henvendelse i medfør af princippet om meroffentlighed. I disse 2 henvendelser er ØnskeBørn omtalt. ØnskeBørn er ikke omtalt i de øvrige henvendelser.

ØnskeBørn har den 27. juli 2022 indbragt styrelsens afslag på aktindsigt i de 14 øvrige henvendelser for Konkurrenceankenævnet.

...

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse."

Om ØnskeBørns anmodning om berossættelse og rettens kendelse herom

ØnskeBørn anmodede den 3. august 2022 styrelsen om at træffe afgørelse om at sætte sagsbehandlingen af konkurrencesagen i bero, indtil udfaldet af nærværende retssag forelå. Den 23. august 2022 traf styrelsen beslutning om, at sagsbehandlingen af konkurrencesagen ikke skulle sættes i bero. Dette førte til, at ØnskeBørn i nærværende sag nedlagde en påstand om, at styrelsen skulle indstille sagsbehandlingen af konkurrencesagen, indtil der var truffet afgørelse i denne sag. Retten udskilte denne påstand til særskilt afgørelse og forlods afgørelse på skriftligt grundlag, og ved kendelse af 6. februar 2023 afviste retten ØnskeBørns påstand om berossættelse.

Om Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023

Styrelsen fremsendte den 21. december 2022 et høringsbrev til ØnskeBørn ledsaget af en klagepunktmeddelelse (udkast til afgørelse).

Den 29. marts 2023 traf Konkurrencerådet følgende afgørelse:

" ...

17. Det meddeles ØnskeBørn A/S, at ØnskeBørn A/S har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3, og TEUF artikel 101, stk. 1, ved:

at have vedtaget at koordinere priser, herunder markedsføring af priser, i hvert fald i perioden fra den 6. oktober 2016 til den 21. november 2018, samt den 6. april 2020 og den 7. maj 2020.

18. I medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, stk. 1, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, jf. § 24, påbyder Konkurrencerådet ØnskeBørn A/S:

- » straks at bringe de i punkt 17 nævnte overtrædelser til ophør, såfremt dette ikke allerede er sket,
- » fremover at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet i punkt 17,
- » at informere medlemmerne af ØnskeBørn A/S om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse, og
- » senest 14 hverdage fra Konkurrencerådets afgørelse at indsende dokumentation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for, at medlemmerne af ØnskeBørn A/S er blevet orienteret om indholdet af Konkurrencerådets afgørelse."

Om baggrunden for afgørelsen anføres det i resuméet fra Konkurrencerådet bl.a.:

" 6. Sagens materiale viser, at Ønskebørn og dermed de virksomheder, som er eller har været medlem af Ønskebørn-kæden, har vedtaget at koordinere priser, herunder markedsføring af priser, i forbindelse med salg og markedsføring af de kategorier af baby- og børneprodukter, som i kæden betegnes "egne varer" og "eksklusivitetsvarer". Denne koordinering er sket gennem udmeldinger fra kædekontoret til kædens medlemmer i hvert fald i perioden fra 6. oktober 2016 til 21. november 2018.

7. Det samme gør sig gældende i forbindelse med to udmeldinger fra kædekontoret til kædens medlemmer hhv. den 6. april og den 7. maj 2020, der vedrører koordinering af priser i forbindelse med salg og markedsføring af den kategori af baby- og børneprodukter, som i sagen betegnes "andre varer".

8. Det er styrelsens vurdering, at udmeldingerne var udtryk for kædens holdning, og at de var egnede til at ensrette og koordinere medlemmernes adfærd, idet medlemmerne ikke kunne undgå at blive påvirkede af de udmeldinger, som de modtog fra kædekontoret."

Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023 er indbragt for Sø- og Handelsretten den 4. maj 2023 under sagsnr. BS-22434/2023-SHR.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af Peter Oxlund Christoffersen.

Peter Oxlund Christoffersen har forklaret blandt andet, at han siden 1. juli 2021 har været ansat som direktør i ØnskeBørn, hvor hans rolle består i at drive kædekontoret og skabe et link til aktionærerne og de enkelte butikker. Kædekontoret står bl.a. for fælles indkøb samt branding og udvikling til glæde for medlemmerne, hvor opgaven går ud på at skabe fælles fodslag mellem butikkerne i

relation til markedsføring. Dette sker bl.a. for at sikre, at butikkerne har de varer på lager, som ØnskeBørn markedsfører.

Han blev bekendt med konkurrencesagen et par måneder efter, han blev ansat, hvor han modtog en mail fra styrelsen omkring nogle betænkeligheder. Han fik fra den tidligere direktør opfattelsen af, at konkurrencesagen var afsluttet efter kontrolundersøgelsens foretagelse. Han fik også udleveret fem stykker papir fra den tidligere direktør. Da han fandt ud af, at sagen måske alligevel ikke var lukket, kontaktede han styrelsen, og her fik han at vide, at styrelsen var i besiddelse af flere oplysninger, og at de fem papirer, som var udleveret til ham, var udtræk fra mobiltelefoner. Han fik herefter tilsendt noget materiale fra styrelsen, som han forelagde for bestyrelsen. På bestyrelsens anvisninger blev det besluttet at gå til Dansk Erhverv, hvorfra han senere kom videre til advokat Erik Bertelsen. I tiden herefter var der noget korrespondance med styrelsen.

I slutningen af efteråret 2022 faldt han tilfældigt over kendelsen, som han undrede sig over i forhold til denne sag. Derfor sendte han kendelsen til advokat Erik Bertelsen. Så vidt han ved, var ØnskeBørn ikke bistået af advokat under kontrolundersøgelsen eller i konkurrencesagen i det hele taget, før han henvendte sig til advokat Erik Bertelsen. ØnskeBørn har på baggrund af konkurrencesagen – hvor man ikke mener at have gjort noget galt – ud fra et forsigtighedsprincip foretaget en række compliance-tiltag. Dette er sket for at gøre kædedeltagerne fuldt ud opmærksom på rammerne for et kædesamarbejde, herunder for at modvirke mulig uro kædemedlemmerne imellem. Der var en del uro i kæden under den tidligere direktør, fordi der var en del "høvdinge" i ØnskeBørn.

Parternes synspunkter

For ØNSKEBØRN A/S er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 17. maj 2023, hvoraf fremgår:

" ...

3 Baggrunden for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelse hos ØnskeBørn var udelukkende en mistanke om, at leverandører til ØnskeBørn overtrådte den danske konkurrencelov og EU-konkurrencereglerne ved at søge at påtvinge ØnskeBørn *bindende videresalgspriser*.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ledte således efter materiale, som kunne bevise leverandørers overtrædelse af det konkurrenceretlige forbud mod bindende videresalgspriser, som er en *vertikal* overtrædelse i relationen mellem en leverandør og dennes kunde, hvor leverandøren overtræder konkurrenceloven ved at påtvinge sin kunde en bestemt videresalgspris. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen søgte omvendt ikke efter materiale, som vedrørte ØnskeBørns eventuelle overtrædelse af konkurrenceloven eller EU-konkurrencereglerne og slet ikke materiale

som vedrørte den sag mod ØnskeBørn, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet nu har truffet afgørelse i (Bilag D (Ekstraktens side 297ff). ØnskeBørn har ved e-mail af 18. maj 2022 (Bilag 5 (Ekstraktens side 249)) gjort Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opmærksom på, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke kunne anvende materialet som følge af reglen om out of scope i konkurrenceretten, hvorefter materiale, der falder uden for kontrolundersøgelsens genstand og formål ikke kan anvendes som bevis i en sag mod den pågældende virksomhed.

4 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har afvist, at materialet ikke kan indgå i en sag som vedrører andet end bindende videresalgspriser, som følge af reglen om out of scope i sin mail af 7. juni 2022 (Bilag 6 (Ekstraktens side 251)) og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har valgt at anvende materiale fra kontrolundersøgelsen som grundlag for en sag mod ØnskeBørn om *horisontale* overtrædelser (efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse). Den påståede overtrædelse skulle ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bestå i, at der via ØnskeBørn er koordineret priser mellem aktuelle konkurrenter i form af de enkelte ØnskeBørn-butikker, som er en del af den frivillige kæde, ØnskeBørn.

5 De hævdede horisontale overtrædelser har intet med bindende videresalgspriser at gøre.

6 ØnskeBørn ***gør gældende***, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet ikke kan anvende materiale, der ligger uden for genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen som bevis i en afgørelse om en helt anden form for overtrædelse af konkurrencereglerne.

7 ØnskeBørn ***gør således gældende***, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i kraft af den såkaldte "out of scope"-regel er forpligtet til at konkretisere formålet med og genstanden for kontrolundersøgelsen. Det kan f.eks. være en afgræsning i form af branchen, parter i overtrædelser, det relevante produktmarked eller geografiske marked, overtrædelsesformer mv., som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indicier for kan foreligge, og som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen søger beviser for med kontrolundersøgelsen. Denne konkretisering af formålet og genstanden skal ske forud for kontrolundersøgelsen. Denne del af out of scope-reglen omtaler ØnskeBørn som out of scope-reglens første led, og denne beskyttelse i medfør af out of scope-reglen sikrer virksomheder mod, at Konkurrence og Forbrugerstyrelsen foretager "fiske-ture", hvor der kan ledes bredt efter mulige beviser for en mulig overtrædelse af konkurrenceloven, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke på forhånd har nogen mistanke om.

8 ØnskeBørn ***gør videre gældende***, at når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som det er tilfældet i sagen her, har konkretiseret genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen til at indsamle beviser vedrørende overtrædelsesformen *bindende videresalgspriser*, så kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke benytte materiale, som er indsamlet under kontrolundersøgelsen som bevis for andre typer overtrædelser af konkurrenceloven. Denne del af out of scope-reglen omtaler ØnskeBørn som out of scope-reglens andet led, og denne beskyttelse i medfør af

out of scope-reglen er en naturlig følge af reglens første led, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ellers blot ville kunne angive en formodning om en hvilken som helst form for overtrædelse af konkurrenceloven, og så ellers kunne lede efter og finde påståede beviser for andre forhold.

9 Det ***gøres gældende***, at hvis ikke ØnskeBørn gives medhold i sin påstand i denne sag vil beskyttelsen i out of scope-reglen, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anerkender eksistensen af, være stort set ikke eksisterende i danske konkurrenceret.

10 Det bemærkes, at Konkurrencerådet den 29. marts 2023 traf afgørelse om, at ØnskeBørn havde overtrådt konkurrencelovens § 6 ved horisontal priskoordinering (Bilag D (Ekstraktens side 297ff)). ØnskeBørn bestrider, at en sådan overtrædelse af § 6 har fundet sted, men det er ikke genstanden for denne sag.

2. SAGSFREMSTILLING I ØVRIGT

11 Den 12. november 2020 besluttede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør, at der skulle gennemføres en kontrolundersøgelse hos ØnskeBørn. Af beslutningen (Bilag 1, side 1 (Ekstraktens side 241)) fremgår følgende:

"Konkurrencebegrænsende aktiviteter i branchen for baby- og børneprodukter

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at der i branchen for baby- og børneprodukter foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at ØNSKEBØRN A/S kan være involveret i disse aktiviteter.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning er begrundet i flere henvendelser, som styrelsen har modtaget over en årrække. Henvendelserne indikerer samlet set, at aftaler m.v. om bindende videresalgspriser er udbredt i branchen for baby- og børneprodukter. Henvendelserne er primært kommet fra kunder, der af forhandlere er blevet oplyst, at leverandører af baby- og børneprodukter fastsætter bindende videresalgspriser over for forhandlerne. Henvendelserne kommer fra forskellige kunder og vedrører forskellige forhandlere og leverandører.

Enhver form for aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der har til formål eller følge, direkte eller indirekte at begrænse konkurrencen, er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6.

I det omfang sådanne aftaler m.v. påvirker samhandelen mellem EU's medlemsstater, kan der være tale om en overtrædelse af EUF Traktatens artikel 101. Der henvises i den forbindelse til Rådets forordning nr. 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 - nu artikel 101 og 102 - samt konkurrencelovens § 24, hvorefter Kon-

kurrencerådet er bemyndiget til at påse overholdelsen af EUF-traktatens artikel 101 og 102.

Som følge heraf har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med hjemmel i konkurrencelovens § 18, stk. 1, besluttet at foretage en kontrolundersøgelse hos ØNSKEBØRN A/S (CVR nr. 32 45 33 76) med tilhørende bi- og kaldenavne samt koncernforbundne selskaber, jf. selskabslovens §§ 6 og 7, på samtlige af virksomhedens adresser og særligt på adressen Uraniavej 15, 8700 Horsens.

Kontrolundersøgelsen, der indledes onsdag den 25. november 2020 har til formål - via indhentning af den fornødne information - at få be- eller afkræftet den opståede formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven. (Vores understregninger).

12 I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodning til Retten i Glostrup om retskendelse til kontrolundersøgelse af 17. november 2020 er angivet en tilsvarende formodning, som i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktørs beslutning af 12. november 2020.

13 Af Retten i Glostrups kendelse af 20. november 2020 (Bilag 2, side 2 (Ekstraktens side 244)) fremgår, at

"Da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens direktør har besluttet den beskrevne kontrolundersøgelse, tages anmodningen til følge, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3, jf. § 18, stk. 1."

14 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretog herefter den 25. november 2020 en kontrolundersøgelse hos ØnskeBørn. ØnskeBørn var ikke repræsenteret af advokat i forbindelse med kontrolundersøgelsen.

15 Som det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelsesbeslutning ovenfor, var kontrolundersøgelsen hos ØnskeBørn begrundet med, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde modtaget henvendelser om, at leverandører fastsatte bindende videresalgspriser over for forhandlere af baby- og børneprodukter. En sådan adfærd kaldes i konkurrenceretlig terminologi for "*bindende videresalgspriser*" og er i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF") (konkurrencelovens § 6 indeholder et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, som er identisk med TEUF artikel 101, dog kræves der ikke samhandelspåvirkning). Det er leverandøren, der begår overtrædelsen af konkurrenceloven ved at påtvinge sine forhandlere at overholde bestemte videresalgspriser med henblik på, at forhandlerens produkter ikke sælges med rabat i forhold til de af leverandøren fastsatte videresalgspriser. Der er da ej heller eksempler på, at forhandlerne er blevet sanktioneret for at overtræde konkurrenceloven i forbindelse med leverandørers påtvingelse af bindende videresalgspriser.

16 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens efterforskningsrapport af 30. september 2020 (Bilag 3 (Ekstraktens side 239)). Heri fremgår nærmere oplysninger om baggrunden for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens be-

slutning om at foretage kontrolundersøgelsen hos ØnskeBørn. Følgende fremgår af efterforskningsrapporten:

"EFTERFORSKNINGSRAPPORT

Vedr. bindende videresalgspriser inden for baby- og børneprodukter

Gennemgang af henvendelser til KFST siden 2016 vedr. baby- og børneprodukter

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har siden 2016 modtaget 16 klager om bindende videresalgspriser i branchen for baby- og børneprodukter. Klagerne vedrører i alt 13 forskellige leverandører og fordeler sig på følgende måde:

2020: 2 henvendelser

2019: 1 henvendelse

2018: 3 henvendelser

2017: 6 henvendelser

2016: 4 henvendelser

Størstedelen af klagerne bygger på oplysninger fra kunder, der hos forhandlere har fået oplyst, at bestemte leverandører håndhæver bindende videresalgspriser, og at kunderne derfor ikke kan tilbydes rabat. Klagerne indeholder ikke nævneværdig dokumentation.

Senest har styrelsen ultimo august 2020 modtaget en klage om, at producenten af bl.a. køreposer og autostole, HTS BeSafe AB, har håndhævet bindende videresalgspriser over for en af sine forhandlere." (Bilag 3, side 1 (Ekstraktens side 239)) (Vores understregninger)

17 Som det fremgår af efterforskningsrapporten var det alene henvendelser vedrørende bindende videresalgspriser, som lå til grund for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse hos ØnskeBørn. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har også selv erkendt, at "parterne er enige om, at alle de pågældende henvendelser vedrører bindende videresalgspriser." (duplikken, side 13 (Ekstraktens side 143)).

18 Dette var således de eneste indicier om en mulig overtrædelse af konkurrenceloven, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde forud for kontrolundersøgelsen den 25. november 2020, og det var alene disse indicier, der fik Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at gennemføre kontrolundersøgelsen. Kontrolundersøgelsens eneste genstand og formål kan derfor også alene være at finde beviser for overtrædelse af konkurrencelovens § 6 i form af bindende videresalgspriser.

19 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indledte i maj 2021 på baggrund af kontrolundersøgelsen en sag mod ØnskeBørn vedrørende

overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 i form af påstået *horisontal koordinering* af priser og andre konkurrenceparametre, herunder markedsføring, dvs. drøftelser af priser mellem konkurrenter, konkret medlemmer af den frivillige kæde ØnskeBørn. Med andre ord en helt anden form for overtrædelse end bindende videresalgspriser og hvor subjektet for undersøgelsen, og den part der risikerer en sanktion, nu er ØnskeBørn og ikke nogen leverandører, som ellers var subjektet for undersøgelsen af bindende videresalgspriser i forbindelse med kontrolundersøgelsen.

20 I sagen mod ØnskeBørn indgår alene materiale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fandt under kontrolundersøgelsen hos ØnskeBørns kædekontor den 25. november 2020.

21 At Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens og Konkurrencerådets sag og afgørelse vedrører horisontal priskoordinering fremgår klart af både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens meddelelse om betænkeligheder af 14. september 2021 (Bilag 4 (Ekstraktens side 245)), af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens klagepunktsmeddelelse af 21. december 2022 (Bilag 10, punkt 3 (Ekstaktens side 275), punkt 280 (Ekstaktens side 276), 294 (Ekstaktens side 277), 374 (Ekstaktens side 278) og afsnit 4.3.3.2 (Ekstaktens side 277)) og af Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023 (Bilag D (Ekstraktens side 297ff)), særligt punkt 3 (Ekstaktens side 303) og 334 (Ekstaktens side 310) og afsnit 4.3.3.2 (Ekstraktens side 310)).

22 ØnskeBørn bestrider som nævnt at skulle have foretaget horisontal priskoordinering, men det er ikke genstand for prøvelse i denne retssag.

23 Det er derimod af relevans for denne retssag, at intet af det materiale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udvalgt i sin gennemsøgning af det beslaglagte materiale vedrører bindende videresalgspriser.

24 Bindende videresalgspriser er en overtrædelse foretaget af en leverandør, som binder eller forsøger at binde en forhandlers videresalgspriser. Det er i praksis alene *leverandøren*, og ikke forhandleren, altså ØnskeBørn, som i givet fald vil blive pålagt en bøde (Anerkendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i svarskriftet, side 12 (Ekstraktens side 84)).

25 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte i september 2021, på baggrund af en gennemgang af sagens dokumenter, en meddelelse om betænkeligheder til ØnskeBørn, ligesom Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ad flere omgange stillede spørgsmål, som ØnskeBørn besvarede. ØnskeBørn var på dette tidspunkt fortsat ikke repræsenteret ved advokat. På intet tidspunkt har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst ØnskeBørn om, at det materiale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde fundet ved kontrolundersøgelsen ikke vedrørte bindende videresalgspris men horisontale forhold inden for ØnskeBørnkæden. ØnskeBørn er ikke blevet vejledt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens embedsmænd om sine rettigheder i henhold til reglen om out

of scope eller på anden måde oplyst af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, at materialet lå uden for mistanken om bindende videresalgspriser.

26 I slutningen af 2021 antog ØnskeBørn bistand fra Kromann Reumert i forbindelse med sagen. ØnskeBørn fremsatte herefter, den 18. maj 2022, indsigelse mod, at materiale indsamlet på kontrolundersøgelsen den 25. november 2020 blev anvendt som grundlag for en sag om horisontal priskoordinering (Bilag 5 (Ekstraktens side 249)). Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afviste ØnskeBørns indsigelse, og besluttede den 7. juni 2022, at materiale indsamlet på kontrolundersøgelsen den 25. november 2020 kunne anvendes i en sag om horisontal priskoordinering (Bilag 6 (Ekstraktens side 251)).

27 Den 1. juli 2022 anlagde ØnskeBørn denne sag, da ØnskeBørn fortsat mener, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning, og dermed genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen den 25. november 2020, var bindende videresalgspriser. Materiale, som omhandler andet end bindende videresalgspriser er derfor udenfor kontrolundersøgelsens genstand og formål, out of scope, og kan derfor ikke anvendes som bevis i en afgørelse mod ØnskeBørn. Det kan alene anvendes som grundlag for eventuel anden efterforskning rettet mod ØnskeBørn, og det var også det, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle have gjort, hvis man ønskede at køre en sag om horisontal priskoordinering mellem medlemmerne af ØnskeBørn.

28 Det bemærkes for en ordens skyld, at ØnskeBørn bad Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at sætte sagsbehandlingen af konkurrencesagen i bero på afgørelsen af denne retssag (Bilag 7 (Ekstraktens side 263)). Dette afviste Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og Sø- og Handelsretten traf afgørelse om påstand 2 ved kendelse af 6. februar 2023 (Ekstraktens side 23), og påstand 2 behandles derfor ikke yderligere.

3. DET RETLIGE GRUNDLAG FOR OUT OF SCOPE-REGLEN

29 ØnskeBørn ***gør gældende***, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er underlagt en out of scope-regel efter både konkurrenceloven, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og EU-retten. ØnskeBørn ***gør gældende***, at beskyttelsen som out of scope-reglen efter både konkurrenceloven, EMRK og EU-retten er den samme.

30 ØnskeBørn bemærker, at det ikke for denne sag er afgørende hvilken beskyttelse out of scope-reglen efter konkurrenceloven yder, allerede fordi EMRK finder direkte anvendelse grundet inkorporeringen i dansk ret og fordi EU-retten finder direkte anvendelse i sagen, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med afgørelsen direkte håndhæver og anvender TEUF artikel 101. Dette fremgår direkte af beslutningen om at foretage kontrolundersøgelsen (Bilag 1, side 1 (Ekstraktens side 241)), af klagepunktsmeddelelsen (Bilag 10, bl.a. punkt 9, 281 og 369 (Ekstraktens side 275, 276 og 278)) og Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023 (Bilag D, punkt 3 og 334 og afsnit 4.3.3.2 (Ekstraktens side 303 og 310)). Ikke desto mindre redegøres der nedenfor først for grundlaget for

konkurrencelovens out of scope-regel (afsnit 3.1), dernæst for grundlaget for EMRK's out of scope-regel (afsnit 3.2) og sidst for den EU-retlige out of scope-regel (afsnit 3.3).

3.1 Konkurrencelovens out of scope-regel

31 For så vidt angår en out of scope-regel med grundlag i konkurrencelovens § 18, *gør ØnskeBørn gældende*, at det følger af forarbejderne til konkurrenceloven, (Blandt andet L 172, FT 1996-97, *Forslag til konkurrencelov*, § 18, §§ 24-26, bemærkningerne på side 3675, v.sp. (Materialesamlingen, Bind 1, side 134), og side 3677, h.sp. (Materialesamlingen, Bind 1, side 135), og L 8, FT 1972-73 (Materialesamlingen, Bind 1, side 111)), at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved kontrolundersøgelser efter konkurrenceloven er underlagt samme begrænsninger i forhold til at afgrænse kontrolundersøgelsens genstand og formål, som de begrænsninger der gælder efter den EU-retlige out of scope-regel. Den danske lovgiver har således selv aktivt valgt, at de regler, der gælder efter national dansk konkurrenceret, skal være identiske med dem, der gælder efter EU-konkurrenceretten.

32 ØnskeBørn *gør gældende*, at det således allerede fra L 172, FT 1996-97 (Materialesamlingen, Bind 1, side 127), som blev vedtaget som lov nr. 384 af 10. juni 1997 (Materialesamlingen, Bind 1, side 41), hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen selv fik adgang til at foretage kontrolundersøgelser, uden at dette blot var subsidiært i forhold til at pålægge tvangsbøder, har været klart, at reglerne om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens muligheder for at foretage kontrolundersøgelser var identiske med de regler, som Europa-Kommissionen var underlagt. Dette, uanset om kontrolundersøgelsen blev foretaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udelukkende efter konkurrenceloven eller om kontrolundersøgelsen foretoges på Europa-Kommissionens anmodning. Det fremgår således af forarbejderne til L 172, FT 1996-97 (Materialesamlingen, Bind 1, side 134-135), at reglerne for kontrolundersøgelser efter konkurrencelovens § 18 og reglerne om kontrolundersøgelser efter fuldmagt fra Europa-Kommissionen skulle fortolkes ens, og det fremgik klart af både § 25, stk. 2 i lov nr. 384 af 10. juni 1997 (Materialesamlingen, Bind 1, side 46) og af artikel 14, stk. 3 i Rådsforordning nr. 17/1962 (Materialesamlingen, Bind 1, side 197), at Europa-Kommissionen skulle angive genstanden for og formålet med en kontrolundersøgelse. Herudover følger det klart af den tidligere kontrollov (Lov nr. 505 af 29. november 1972 om lov om kontrol med overholdelsen af Det europæiske økonomiske Fællesskabs forordninger om monopoler og konkurrencebegrænsninger (Materialesamlingen, Bind 1, side 39)), at de danske myndigheders adgang til at foretage kontrolundersøgelser svarede til Europa-Kommissionens beføjelser.

33 Det er evident, at når formålet med og genstanden for en kontrolundersøgelse skal angives, er der også nogle forhold, som ikke omfattes af genstanden og formålet, og som dermed - med nutidens sprogbrug - betegnes som out of scope, og som derfor ikke omfattes af kontrolundersøgelsen. Allerede ved vedtagelsen af lov nr. 384 af 10. juni 1997 (Materialesamlingen, Bind 1, side 41) var det således klart, at kontrolundersøgelser ikke var en "fisketur", men var kontrolundersøgelser af

afgrænsede forhold. Det er baseret på det grundlæggende retssikkerhedsprincip om, at en kontrolundersøgelse er en krænkelse af en grundlæggende og grundlovssikret frihedsrettighed ved at give en myndighed ret til at tvinge sig adgang til en virksomheds private lokaler. Det betyder derfor også, at en krænkelse af out of scope-reglen er en krænkelse af et grundlæggende retssikkerhedsprincip.

34 At der gælder en regel om out of scope, og at kontrolundersøgelser har en afgrænset genstand og et afgrænset formål, også hvis de gennemføres alene efter konkurrenceloven, fremgår også af senere ændringer til konkurrenceloven.

35 Ved L 242, FT 1999-2000 (Materialesamlingen, Bind 1, side 137), blev der indsat hjemmel i konkurrencelovens § 18, stk. 1 (Lovforslagets § 1, nr. 19 (Materialesamlingen, Bind 1, side 140)) til at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne afkræve mundtlige forklaringer. Om den foreslåede bestemmelse var i bemærkningerne anført, at

"Bestemmelsen indeholder en udtrykkelig hjemmel for Konkurrencestyrelsen til at kræve mundtlige forklaringer på stedet under en kontrolundersøgelse.

Bestemmelsen svarer til § 25, stk. 1, nr. 3, i den gældende lov, der vedrører kontrolundersøgelser, som Konkurrencestyrelsen foretager efter anmodning fra Europa-Kommissionen. Endvidere svarer bestemmelsen indholdsmæssigt til artikel 14, stk. 1, litra c, i Rådets forordning nr. 17 fra 1962 - første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86 (EF-Tidende, Specialudgaven, 1959-1962, s. 81) - med senere ændringer, hvorefter Europa-Kommissionen har en tilsvarende hjemmel, når den - bistået af medlemsstaternes myndigheder - selv foretager en kontrolundersøgelse.

Begrundelsen for at give Konkurrencestyrelsen en udtrykkelig hjemmel til at kunne kræve mundtlige forklaringer på stedet i forbindelse med en kontrolundersøgelse er et ønske om at harmonisere reglerne. Lovforslaget indebærer således, at Konkurrencestyrelsen udtrykkeligt vil have de samme beføjelser, hvad enten styrelsen foretager en kontrolundersøgelse på egne vegne i henhold til § 18 eller på Kommissionens vegne i medfør af § 25 eller bistår Kommissionen ved dennes foretagelse af en kontrolundersøgelse i henhold til § 26.

Denne harmonisering er endvidere hensigtsmæssig som følge af, at Konkurrencerådet i medfør af lovforslagets nr. 25 (§ 23 a, stk. 1) skal påse overholdelsen af EF-traktatens artikel 81 og artikel 82 (tidligere artikel 85 og artikel 86).

De personer, der under kontrolundersøgelsen kan afkræves en mundtlig forklaring, er repræsentanter for den virksomhed, der er undergivet kontrolundersøgelsen. Begrebet »repræsentanter for virksomheden« skal fortolkes bredt. Det følger heraf, at enhver ejer, medejer eller ansat, der kan repræsentere virksomheden, kan afkræves en mundtlig forklaring.

De spørgsmål, som Konkurrencestyrelsen er berettiget til at stille i forbindelse med afgivelsen af en mundtlig forklaring, skal være præcise og vedrøre genstanden for kontrolundersøgelsen. [...]

EU-praksis vil i øvrigt være vejledende for anvendelsen af bestemmelsen.” (L 242, FT 1999-2000, Forslag til Lov om ændring af konkurrenceloven, som fremsat den 30. marts 2000, side 6831, h.sp - 6832, h.sp. (Materialesamlingen, Bind 1, side 142-143)) (Vores understregninger)

36 Ved L 63, FT 2004-05 (Materialesamlingen, Bind 1, side 145), blev der indsat hjemmel i konkurrencelovens § 18, stk. 4 og 5 (Lovforslagets § 1, nr. 28 (Materialesamlingen, Bind 1, side 148)) til at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne forsegle lokaler. I forarbejderne under *Almindelige bemærkninger*, angives om baggrunden herfor, at

”2.12. Kontrolundersøgelser

Efter den gældende lov har Konkurrencestyrelsen i forbindelse med en kontrolundersøgelse mulighed for at medtage materiale fra en virksomhed, hvis virksomhedens forhold gør, at det ikke er muligt for styrelsen samme dag, som kontrolundersøgelsen foretages, at få adgang til eller tage kopi af oplysningerne. Dette materiale kan være i Konkurrencestyrelsens varetægt i op til tre dage.

Kommissionen har efter gennemførelsesforordningen mulighed for i forbindelse med en kontrolundersøgelse at forsegle lokaler. Forseglingen bør normalt ikke kunne opretholdes i mere end 72 timer.

Hensynet til, at Konkurrencestyrelsens indgrebsmuligheder ikke adskiller sig fra de muligheder, som Kommissionen har i lignende sager, taler for, at Konkurrencestyrelsen i forbindelse med kontrolundersøgelser også bør kunne foretage forsegling af lokaler. Ved at supplere Konkurrencestyrelsens beføjelser med muligheden for forsegling af lokaler får styrelsen endvidere mulighed for - i samråd med den berørte virksomhed - at vælge det mindst byrdefulde indgreb for virksomheden.” (L 63, FT 2004-05, Forslag til Lov om ændring af konkurrenceloven, som fremsat den 27. oktober 2004, side 1632, v.sp-h.sp. (Materialesamlingen, Bind 1, side 151)) (Vores understregning)

37 Ved L 152, FT 2006-07 (Materialesamlingen, Bind 1, side 153), foresloges blandt andet en styrket indsats mod karteller og forbedrede kontrol- og efterforskningsinstrumenter. Som 2. punktum i stk. 1 i § 18 blev indsat adgang til at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne afkræve mundtlige forklaringer og i stk. 4 i konkurrencelovens § 18 blev følgende indsat

”Stk. 4. Konkurrencestyrelsen kan tage identiske elektroniske kopier (spejlinger) af dataindholdet af elektroniske medier, der er omfattet af kontrolundersøgelsen, og kan medtage det kopierede materiale med henblik på efterfølgende at gennemgå dette.” (Materialesamlingen, Bind 1, side 154) (Vores understregning)

38 Heraf fremgår det også, at kontrolundersøgelser der gennemføres alene efter konkurrenceloven har en afgrænset genstand og et afgrænset formål, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen alene kan tage spejlinger "af dataindholdet af elektroniske medier, der er omfattet af kontrolundersøgelsen". Det naturlige modstykke til det understregede er netop, at noget materiale ikke er omfattet af kontrolundersøgelsen.

39 Under *Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser*, (Til § 1, Til nr. 5 (Materialesamlingen, Bind 1, side 160)) angives også, at

"Forud for og under en kontrolundersøgelse kan der opstå den situation, at en person forsøger at unddrage myndighederne bevismateriale ved f.eks. at gemme og opbevare en usb-nøgle eller lignende i lommer eller tasker o.lign. Det foreslås derfor, at Konkurrencestyrelsen får adgang til at kræve, at en virksomheds ansatte skal vise indholdet af deres lommer, tasker o.lign. Konkurrencestyrelsen kan gennemgå et eventuelt indhold heraf med henblik på at kopiere dette, herunder tage en identisk elektronisk kopi (spejling), samt medtage materiale, der er omfattet af kontrolundersøgelsens genstand." (L 152, FT 2006-07, Forslag til Lov om ændring af konkurrenceloven, retsplejeloven, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og lov om Klagenævnet for Udbud, som fremsat den 7. februar 2007, side 4983, v.sp. (Materialesamlingen, Bind 1, side 160)) (Vores understregning)

40 Af ovenstående fremgår det således, at lovgiver flere gange har slået fast, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rettigheder alene angår materiale, som er kontrolundersøgelsens genstand. Af ovenstående fremgår endvidere, at lovgiver har haft et ønske om, at reglerne der gælder for kontrolundersøgelser er de samme, uanset om kontrolundersøgelsen foretages af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen "*på egne vegne*" i henhold til konkurrencelovens § 18 eller om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretager kontrolundersøgelsen på Europa-Kommissionens vegne. Den danske lovgiver har således valgt, at reglerne om kontrolundersøgelser, herunder out of scope, skal være de samme, uanset på hvilket grundlag en kontrolundersøgelse gennemføres. Det er for så vidt korrekt, som angivet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at EU-retten ikke stiller krav herom (duplikken, side 3 (Ekstraktens side 133)), men den danske lovgiver har som beskrevet på eget initiativ valgt at reglerne skal være identiske i alle tilfælde af kontrolundersøgelser.

41 Det er desuden angivet mere generelt i forarbejderne til konkurrenceloven og ændringslove hertil, at konkurrenceloven skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten og EU-praksis (stævningens afsnit 3.2.2 (Ekstraktens side 56)). Ligeledes er det angivet i litteraturen, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beføjelser efter konkurrencelovens § 18 er en beføjelse, som svarer til Europa-Kommissionens beføjelser, og at EU-retlig praksis er vejledende (Kirsten Levinsen, Konkurrenceloven med kommentarer, 2. udg., 2001, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 532 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1355), Kirsten Levinsen, Frederik André Bork, Pernille Hollerup og Michael Klöcker, Konkurrenceloven med kommentarer, 3. udg., 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 1298 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1359) og

Jacob Pinborg og Kristian Helge Straton-Andersen, *Konkurrenceloven med kommentarer*, 5. udg., 2022, DJØF Forlag, side 1346 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1370)).

42 Desuden er det angivet i både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra 2016 (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om kontrolundersøgelser*, maj 2016, side 12, 13, 14 og 16 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1290-1292 og 1294)) og i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra 2022 (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Vejledning om kontrolundersøgelser*, januar 2022, side 7, 10, 14 og 15 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1266, 1269, 1273 og 1274)), at kontrolundersøgelser har en "*genstand eller scope*", og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kun kan medtage materiale indenfor scopet.

43 ØnskeBørn *gør gældende*, at der i Danmark direkte efter konkurrenceloven gælder en regel om out of scope, hvorefter en kontrolundersøgelses genstand og formål skal afgrænses, og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen alene kan indsamle materiale der falder inden for scopet, *også* ved kontrolundersøgelser, der gennemføres alene efter konkurrencelovens § 18. At en sådan regel gælder også i disse rent nationale situationer følger af forarbejderne til konkurrenceloven, af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egne vejledninger om kontrolundersøgelser, og har desuden støtte i litteraturen.

44 Selv, hvis Sø- og Handelsretten måtte finde, at en out of scope-regel ikke følger direkte af konkurrenceloven, *gør ØnskeBørn gældende*, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egne tilkendegivelser i vejledningerne omtalt ovenfor i punkt 42 medfører, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ud fra den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning og det forvaltningsretlige princip om berettigede forventninger ikke kan se bort fra egne tilkendegivelser om at ville respektere en out of scope-regel. Der findes således adskillige domme, hvor de danske domstole, særligt under henvisning til at en bestemt praksis var offentliggjort, f.eks. i en vejledning, har fundet at princippet om berettigede forventninger binder myndigheden til at følge sin egen vejledning (TfS 1994, 295 Ø (Materialesamlingen, Bind 1, side 297) og U 2002.2601 H (Materialesamlingen, Bind 1, side 283)).

3.2 EMRK's out of scope-regel

45 ØnskeBørn *gør gældende*, at artikel 8 i EMRK, om boligens ukrænkelighed og retten til respekt for privatliv, og artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang, herunder kontradiktionsprincippet, indebærer krav til kontrolundersøgelser, *også* hvis de gennemføres alene efter konkurrenceloven (*Niemietz mod Tyskland* (dom af 16. december 1992, sagsnr. 13710/88), præmis 33 og 37-38 (overtrædelse af EMRK artikel 8) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1222-1224)), *Société Colas est m.fl. mod Frankrig* (dom af 16. april 2002, sagsnr. 37971/97), præmis 48-50 (overtrædelse af EMRK artikel 8) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1205-1206)), *Van Rossem mod Belgien* (dom af 9. december 2004, sagsnr. 41872/98), præmis 36-51 (overtrædelse af EMRK artikel 8) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1179- 1183)), *Iliya Stefanov mod Bulgarien* (dom af 22. maj 2008, sagsnr. 65755/01), præmis 34-45 (overtrædelse af EMRK artikel 8) (Materiale-

samlingen, Bind 3, side 1151-1154), *Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig* (dom af 21. december 2010, sagsnr. 29408/08), præmis 43-44 (overtrædelse af EMRK artikel 6) og præmis 52-60 (ingen overtrædelse af EMRK artikel 8) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1135 og 1136-1138), *Primagaz mod Frankrig* (dom af 21. december 2010, sagsnr. 29613/08), præmis 23-33 (overtrædelse af EMRK artikel 6) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1115-1117), *Société Métallurgique Liotard Frères mod Frankrig* (dom af 5. maj 2011, sagsnr. 29598/08), præmis 17-23 (overtrædelse af EMRK artikel 6) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1103-1104), *Bernh Larsen Holding AS m.fl. mod Norge* (dom af 14. marts 2013, sagsnr. 24117/8), præmis 158-174 (ingen overtrædelse af EMRK artikel 8) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1087-1091), *Delta Pekárny A.S. mod Tjekkiet* (dom af 2. oktober 2014, sagsnr. 97/11), præmis 77-99 (overtrædelse af EMRK artikel 8) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1030-1036) og *Vinci m.fl. mod Frankrig* (dom af 2. april 2015, sagsnr. 63629/10 og 60567/10), præmis 66-81 (overtrædelse af EMRK artikel 8) (Materialesamlingen, Bind 3, side 986-988)).

46 Det bemærkes, at EMRK er inkorporeret i dansk ret, og derfor er direkte anvendelig i Danmark (Lovbekendtgørelse nr. 138 af 26. januar 2022 (Materialesamlingen, Bind 1, side 67)).

47 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har, særligt med henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (EMD) dom i *Naumenko og SIA RIX Shipping mod Letland*, gjort gældende at en kontrolundersøgelsesbeslutning ikke behøves at være afgrænset til en bestemt overtrædelse (svarskriftet, side 17 (Ekstraktens side 89)).

48 Det er ikke korrekt. EMD lægger i sin praksis vægt på alle konkrete forhold, der kan medføre en sikring af individer, deriblandt virksomheders rettigheder herunder, om der forud for kontrolundersøgelsen er udstedt en retskendelse, om dommeren, som har udstedt retskendelsen, har gennemgået bevismaterialet, om dommeren har vurderet nødvendigheden og hensigtsmæssigheden af kontrolundersøgelsen, og om vedkommende i en konkret sag var repræsenteret ved en advokat (*Naumenko og SIA RIX Shipping mod Letland* (dom af 23. juni 2022, sagsnr. 50805/14), præmis 6-7, 16, 20 og 55-60) (Materialesamlingen, Bind 3, side 954, 956-957, 958 og 967-968).

49 Intet af dette er sket i ØnskeBørns tilfælde. Der findes således ikke sammenlignelige domme fra EMD, hvor der er tilladt en kontrolundersøgelse, hvor der enten ikke er foretaget en forudgående prøvelse af beviserne for formodningen af en dommer eller hvor kontrolundersøgelsens genstand ikke er afgrænset. Den retstilstand som ØnskeBørn har været udsat for er således kendetegnet ved ikke at indeholde retssikkerhedsgarantier som i de sager, hvor EMD har fundet, at der ikke var et brud på EMRK artikel 6 og/eller artikel 8. Ved udstedelsen af retskendelsen har dommeren ved Retten i Glostrup således ikke set det bagvedliggende bevismateriale - dette er erkendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (Bilag 11, side 4 og 8 (Ekstraktens side 282 og 286)) - og dommeren har heller ikke vurderet nødvendigheden og hensigtsmæssigheden af at foretage kontrolundersøgelsen.

50 EMD har i sine domme understreget, at det afgørende for om EMRK artikel 8 er overholdt, ikke blot er, at der eksisterer retssikkerhedsgarantier, men hvordan de er blevet anvendt og sikret i det konkrete tilfælde (*Vinci m.fl. mod Frankrig*, (dom af 2. april 2015, sagsnr. 63629/10), præmis 75) (Materialesamlingen, Bind 3, side 987), og at det er afgørende, at retskendelsen er udtryk for en reel prøvelse, hvis den skal udgøre en tilstrækkelig retssikkerhedsgaranti, og at dommeren ved den forudgående kontrol har mulighed for at afgrænse eller kontrollere berettigelsen af kontrolundersøgelsen (*Delta Pekárny A.S. mod Tjekkiet* (dom af 2. oktober 2014, sagsnr. 97/11), præmis 83 og 86) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1031-1032). EMD har også understreget, at det ikke i sig selv er en tilstrækkelig retssikkerhedsgaranti, at der udstedes en forudgående retskendelse, hvis ikke dommeren reelt efterprøver grundlaget for at udstede retskendelsen, og hvis ikke retskendelsen indeholder en afgrænsning af formålet og genstanden (*Iliya Stefanov mod Bulgarien* (dom af 22. maj 2008, sagsnr. 65755/01), præmis 38-41) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1152-1153) og *Van Rossem mod Belgien* (dom af 9. december 2004, sagsnr. 41872/98), præmis 43-47) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1180-1182).

51 Det har også støtte i litteraturen, f.eks. i EMD's tidligere vicepræsident, Jon Fridrik Kjølbro's værk, at kontrolundersøgelserbeslutninger skal afgrænses, og at der i praksis skal være tilstrækkelige og effektive retssikkerhedsgarantier (Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 6. udg., DJØF Forlag, 2023, side 974-977) (Materialesamlingen, Bind 3, side 1348- 1351)).

52 ØnskeBørn **gør gældende**, at hvis ikke ØnskeBørn får medhold i sin påstand vil det indebære et brud på EMRK artikel 6 og 8, da der så reelt ingen retssikkerhedsgarantier er for ØnskeBørn i forbindelse med kontrolundersøgelsen, da ingen dommer har set det påberåbte bevismateriale for at udstede retskendelsen, og da ingen dommer har vurderet hensigtsmæssigheden af kontrolundersøgelsen. Hvis der ikke i det mindste stilles krav om at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om kontrolundersøgelse og retskendelsen skal indeholde en afgrænsning af kontrolundersøgelsens genstand og formål vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen have en fri adgang til "fisketure" uden nogen forudgående kontrol af en dommer og uden noget krav om, at genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen afgrænses, hvilket er i strid med EMD's praksis om EMRK artikel 6 og 8.

53 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anført, at "*domstolene ikke er afskåret fra at tage stilling til, om sådanne beslutninger lever op til betingelserne i konkurrencelovens § 18 og herunder, hvilke oplysninger styrelsen har lagt vægt på.*" (processkrift B, side 5 (Ekstraktens side 231)). Det bestrides, at dette er korrekt. Men selv hvis det anførte var korrekt, er det uden betydning. Det afgørende er ifølge EMD's praksis således ikke hvilke formelle rettigheder, der muligvis består, men at de reelt er blevet anvendt i den konkrete sag. Det er ikke tilfældet i ØnskeBørns sag, da Retten i Glostrup ikke på nogen måde blev forelagt materialet, der dannede grundlag for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning (fremgår blandt andet af Bilag 11, side 4 og 8 (Ekstraktens side 282 og 286) og Bilag B, side 2 og 3 (Ekstraktens side 260-261)), og derfor hel-

ler ikke kan have foretaget nogen prøvelse af det. Det som Retten i Glostrup har set er beslutningsbrevet fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (Bilag 1 (Ekstraktens side 241)), hvoraf det klart fremgår, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens eneste mistanke drejede sig om leverandørers påtvingelse af bindende videresalgspriser. Og det er denne afgrænsning som Retten i Glostrup har prøvet og givet kendelse på baggrund af.

54 ØnskeBørn bemærker, at det krav om indhentelse af retskendelse, som den danske lovgiver har fastsat i konkurrencelovens § 18, stk. 3 vil være indholdsløst, hvis ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin kontrolundersøgelsesbeslutning foretog en afgrænsning af formålet og genstanden, som den pågældende domstol så kunne kontrollere levede op til kravene efter out of scope-reglen. Ved udstedelse af retskendelsen prøver domstolen ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens skøn over hensigtsmæssigheden, nødvendigheden og proportionaliteten af en kontrolundersøgelse og prøver heller ikke det bagvedliggende bevismateriale (se f.eks. Jacob Pinborg og Kristian Helge Straton-Andersen, *Konkurrenceloven med kommentarer*, 5. udg., 2022, DJØF Forlag, side 1339 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1369)). Det som domstolen ved udstedelsen af en retskendelse derfor skal kontrollere må netop være, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har afgrænset genstanden og formålet for kontrolundersøgelsen tilstrækkeligt klart. Det er ØnskeBørns opfattelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde gjort dette, da kontrolundersøgelsen var afgrænset til bindende videresalgspriser, men Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er så blot efterfølgende gået udover det som var formålet med og genstanden for kontrolundersøgelsen.

3.3 Den EU-retlige out of scope-regel

55 ØnskeBørn *gør gældende*, at der EU-retligt gælder en out of scope-regel, som et almindeligt EU-retligt princip og i kraft af EU's Charter om grundlæggende rettigheder (EUC) (EFT 2000/C 264/01) (Materialesamlingen, Bind 1, side 201). Den EU-retlige out of scope-regel er i dag delvist kodificeret i EU-Domstolens praksis.

56 ØnskeBørn bemærker, at EU-rettens almindelige principper og EUC finder direkte anvendelse i sagen, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med afgørelsen direkte håndhæver og anvender TEUF artikel 101. Dette fremgår direkte af beslutningen om at foretage kontrolundersøgelsen (Bilag 1, side 1 (Ekstraktens side 241)) af klagepunktsmeddelelsen (Bilag 10, bl.a. punkt 9, 280, 381 og 369 (Ekstraktens side 275, 276 og 278)) og Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023 (Bilag D, punkt 3 og 334 og afsnit 4.3.3.2 (Ekstraktens side 303 og 310)).

57 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har mange gange under sagen gentaget, at artikel 20, stk. 4 i Rådsforordning 1/2003 (Materialesamlingen, Bind 1, side 237) ikke finder anvendelse på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (svarskriftet, side 8 (Ekstraktens side 80), duplikken, side 3 (Ekstraktens side 133) og processkrift B, side 3 (Ekstraktens side 229)). ØnskeBørn er bekendt hermed, er enig heri, og har angivet dette flere gange (afsnit 2.2.1 i ØnskeBørns replik (Ekstraktens side 111) og

punkt 92 i ØnskeBørns processkrift 1 (Ekstraktens side 180)). Artikel 20, stk. 4 i Rådsforordning 1/2003, er dog en udmøntning og en konkretisering af grundlæggende EU-retlige principper. Disse principper er i dag delvist kodificeret i EU-Domstolens praksis og i EUC, og disse principper finder anvendelse og gælder også for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

58 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anerkendt at være bundet af EUC og almindelige EU-retlige principper, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anvender TEUF artikel 101 og 102 (svarskriftet, side 8 (Ekstraktens side 80), duplikken, side 3 (Ekstraktens side 133) og processkrift B, side 3-4 (Ekstraktens side 229-230)). Dette følger da også direkte af EUC artikel 51, stk. 1 (Materialesamlingen, Bind 1, side 221), EU-Domstolens praksis (C-617/10 *Åkerberg Fransson*, præmis 21-22 (Materialesamlingen, Bind 3, side 937), C-151/20 *Nordzucker m.fl.*, præmis 29-32 (Materialesamlingen, Bind 3, side 870), C-857/19 *Slovak Telekom a.s.*, præmis 39-41 (Materialesamlingen, Bind 3, side 884), C-617/17 *Powzechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, præmis 28-30 (Materialesamlingen, Bind 3, side 893) C-419/14 *WebMindLicenses*, præmis 84 (Materialesamlingen, Bind 3, side 926) og C-74/14 *Eturas m.fl.*, præmis 38 (Materialesamlingen, Bind 3, side 905)) og af det såkaldte ECN+-direktiv (Direktiv 2019/1 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked, præambelbetragtning 14 og artikel 3 (Materialesamlingen, Bind 1, side 251-252 og 264)). Herudover har også den svenske højesteret (Högsta Domstolen) fundet, at den svenske konkurrencemyndighed (Konkurrensverket) var underlagt både EUC og EMRK når den foretog kontrolundersøgelser (Högsta Domstolens dom af 30. november 2019, NJA 2018, side 936 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1227)).

59 At der EU-retligt eksisterer en out of scope-regel, og at det er en grundlæggende retssikkerhedsgaranti, som gælder som et almindeligt EU-retligt princip, er blevet fastslået, og gentaget, af EU-Domstolen adskillige gange, blandt andet i de forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst AG:

"41. Som anført ovenfor, er kravet om, at Kommissionen skal angive kontrolundersøgelsens genstand og formål, udtryk for en grundlæggende retssikkerhedsgaranti, der er et led i den pågældende virksomheds rettigheder i henhold til kontradiktionsprincippet. Følgelig kan kravene med hensyn til rækkevidden af forpligtelsen til at begrunde beslutninger om kontrolundersøgelser ikke svækkes ud fra overvejelser vedrørende undersøgelsens gennemslagskraft. Det bemærkes herved, at selv om Kommissionen ikke er forpligtet til at give adressaten for en beslutning om en kontrolundersøgelse meddelelse om samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over, eller til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af disse overtrædelser, har Kommissionen dog pligt til klart at angive, hvilke formodninger dens påtænkte undersøgelse angår." (Materialesamlingen, Bind 2, side 821-822) (Vores understregninger)

60 Det følger af dommen, at der gælder en EU-retlig out of scope-regel, og at denne regel er udtryk for en grundlæggende rettighed. Det nær-

mere indhold af out of scope-reglen, herunder kravene om at genstanden og formålet afgrænses "så klart som muligt" (C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 48 (Materialesamlingen, Bind 2, side 701) og T-339/04 *France Telecom*, præmis 58 (Materialesamlingen, Bind 2, side 511)), og ikke blot til f.eks. alle overtrædelser af TEUF artikel 101, men til specifikke overtrædelser, gennemgås nedenfor i afsnit 4.

61 EU-Domstolen har gentaget, at out of scope-reglen er en grundlæggende retssikkerhedsgaranti, som sikrer virksomheder ret til forsvar og kontradiktion i adskillige efterfølgende domme; sag 85/87 *Dow Benelux NV*, præmis 8 og 18 (Materialesamlingen, Bind 2, side 799 og 801), de forenede sager 97, 98 og 99/87 *Dow Chemical Ibérica m.fl.*, præmis 10 og 45 (Materialesamlingen, Bind 2, side 782 og 790- 791), T-66/99 *Minoan Lines mod Kommissionen*, præmis 54 (Materialesamlingen, Bind 2, side 742- 743), T-59/99 *Ventouris Group*, præmis 124 (Materialesamlingen, Bind 2, side 766-767), C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 23 og 43-48 (Materialesamlingen, Bind 2, side 694 og 700-701), T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 39-42 og 65 (Materialesamlingen, Bind 2, side 437-438 og 441), C- 583/13 P *Deutsche Bahn*, præmis 56 (Materialesamlingen, Bind 2, side 414) og T-325/16 *České dráhy*, præmis 34 (Materialesamlingen, Bind 2, side 384). Illustrerende er præmis 38-42 i dommen i T- 135/09 *Nexans France SAS m.fl.* (Materialesamlingen, Bind 2, side 437-438), hvor det meget udtrykkeligt konkluderes, at out of scope-reglen er en grundlæggende rettighed i et demokratisk samfund, som blot for så vidt angår Europa-Kommissionen er udmøntet i artikel 20, stk. 4 i Rådsforordning 1/2003:

"38. Det fremgår af artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, hvilke væsentlige oplysninger Kommissionens beslutning om en kontrolundersøgelse skal indeholde. Denne bestemmelse har følgende ordlyd:

»Virksomheder og virksomhedssammenslutninger har pligt til at underkaste sig de kontrolundersøgelser, som Kommissionen har pålagt ved beslutning. Beslutningen angiver kontrolundersøgelsens genstand og formål, fastsætter tidspunktet for dens påbegyndelse og oplysninger om de i artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner samt om adgangen til at indbringe beslutningen for Domstolen [...]«

*39. Kommissionens pligt til at angive kontrolundersøgelsens genstand og formål er et grundlæggende krav, som ikke alene har til formål at klarlægge, hvorfor det påtænkte indgreb inden for den pågældende virksomhed er berettiget, men også at skabe et grundlag for, at virksomheden bliver bekendt med omfanget af dens samarbejdspligt, samtidig med at dens ret til kontradiktion bevares (Domstolens dom af 17.10.1989, forenede sager 97/87-99/87, *Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 3165, præmis 26).*

40. Med hensyn til det påtænkte indgrebs berettigelse og omfanget af de pågældende virksomheders samarbejdspligt skal det bemærkes, at kravet om en beskyttelse mod offentlige myndigheders vilkårlige eller uforholdsmæssige indgreb i forhold af privat karakter, hvad enten der er tale om fysiske eller juridiske personer, er et generelt EU-retligt princip (jf. Dom-

stolens dom af 22.10.2002, sag C-94/00, Roquette Frères, Sml. I, s. 9011, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis). Dette princip blev fastslået i artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, proklameret i Nice den 7. december 2000 (EFT C 364, s. 1), hvorefter »[e]nhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation«.

41. Hvad angår bevarelse af de pågældende virksomheders ret til forsvar skal det indledningsvis bemærkes, at Kommissionen skal overholde denne ret både under administrative procedurer, der kan føre til pålæggelse af sanktioner, og under den forudgående undersøgelsesprocedure, fordi det er vigtigt at undgå, at retten til forsvar undergraves på uoprettelig måde under procedurer, hvorved der foretages en indledende undersøgelse, herunder i form af kontrolundersøgelser, som kan være afgørende for tilvejebringelse af bevismateriale, der godtgør, at virksomheder har handlet retsstridigt på en sådan måde, at de ifalder ansvar (Domstolens dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859, præmis 15).

42. Kravet om, at Kommissionen skal angive kontrolundersøgelsens genstand og formål, udgør desuden en grundlæggende garanti for den pågældende virksomheds ret til forsvar, og rækkevidden af forpligtelsen til at begrunde beslutninger om kontrolundersøgelser kan derfor ikke begrænses ud fra overvejelser vedrørende undersøgelsens gennemslagskraft. Det bemærkes herved, at selv om Kommissionen ikke er forpligtet til at give adressaten for en beslutning om en kontrolundersøgelse meddelelse om samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over, eller til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af disse overtrædelser, har Kommissionen dog pligt til klart at angive, hvilke formodninger dens påtænkte undersøgelse angår (dommen i sagen Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 39 ovenfor, præmis 45).” (Materialesamlingen, Bind 2, side 437-438) (Vores understregninger og fremhævninger)

62 Out of scope-reglen er således ikke blot en regel der har sit retlige grundlag i artikel 20, stk. 4 i Rådsforordning 1/2003, og derfor alene begrænser Europa-Kommissionens virksomhed, som er den eneste myndighed der direkte er bundet af artikel 20, stk. 4. Out of scope-reglens grundlag er som en grundlæggende rettighed i et demokratisk samfund, et grundlæggende EU-retligt princip, som har hjemmel i TEU artikel 6, stk. 3 og EU-Domstolens retspraksis, som sidenhen blot er kommet til udtryk og kodificeret i artikel 20, stk. 4 i Rådsforordning 1/2003 og i EUC.

63 Det er dermed en rettighed, der gælder på traktatniveau, og som gælder for alle myndigheder, når de håndhæver EU-retten (EU-Domstolens praksis om grundlæggende EU-retlige principper er kommet til udtryk bl.a. i Sag 11/70 Internationale Handelsgesellschaft, præmis 4 (Materialesamlingen, Bind 3, side 945), Sag 136/79 National Panasonic, præmis 18 og 19 (Materialesamlingen, Bind 2, side 851), De forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst AG, præmis 13 (Materialesamlingen, Bind 2, side 815), C-85/87 Dow Benelux, præmis 24 (Materialesamlingen, Bind 2, side 803), de forenede sager 97, 98 og 99/87 Dow Chemical Ibérica m.fl.,

præmis 10 (Materialesamlingen, Bind 2, side 782) og C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 23 (Materialesamlingen, Bind 2, side 694)). Rettigheden er således grundlæggende for virksomheders ret til forsvar og kontradiktionsprincippet.

64 I dag er hjemlen for out of scope-reglen dog ikke blot EU-Domstolens praksis om grundlæggende EU-retlige principper jf. TEU artikel 6, stk. 3 (Materialesamlingen, Bind 1, side 192), men også EUC som også gælder på traktatniveau jf. TEU artikel 6, stk. 1. I forhold til EUC har out of scope-beskyttelsen sit udspring i EUC artikel 7 (Materialesamlingen, Bind 1, side 210) om boligens ukrænkelighed, EUC artikel 47 om retten til en retfærdig rettergang (Materialesamlingen, Bind 1, side 220) og EUC artikel 48, om uskyldsformodningen og retten til et forsvar (Materialesamlingen, Bind 1, side 220).

65 At nationale myndigheder skal overholde EUC når de vedtager afgørelser, også selv om dette ikke følger direkte af det EU-retlige grundlag, som afgørelsen træffes på grundlag af - i forhold til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen TEUF artikel 101 og/eller 102, Rådsforordning 1/2003 og direktiv 2019/1 - har EU-Domstolen fastslået f.eks. i præmis 84 i C-419/14 *WebMindLicenses* (Materialesamlingen, Bind 3, side 926).

66 ØnskeBørn *gør gældende*, at når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen håndhæver TEUF artikel 101 - som i sagen mod ØnskeBørn (kontrolundersøgelsesbeslutningen (Bilag 1, side 1 (Ekstraktens side 241)), klagepunktsmeddelelsen (Bilag 10, bl.a. punkt 9, 281 og 369 (Ekstraktens side 275, 276 og 278)) og Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023 (Bilag D, punkt 3 og 334 og afsnit 4.3.3.2 (Ekstraktens side 303 og 310)) - gælder out of scope-regelen på EU-retligt grundlag, da denne regel har hjemmel direkte i EU-Domstolens praksis om grundlæggende rettigheder og principper jf. også TEU artikel 6, stk. 3, i EUC artikel 7 om boligens ukrænkelighed, i EUC artikel 47 om retten til en retfærdig rettergang og EUC artikel 48, om uskyldsformodningen og ret til et forsvar, som er gældende på traktatniveau jf. TEU artikel 6, stk. 1, og som er bindende for nationale myndigheder når de gennemfører og håndhæver EU-ret jf. EUC artikel 51, stk. 1.

4. INDHOLDET AF OUT OF SCOPE-REGLER

67 ØnskeBørn *gør gældende*, at indholdet og beskyttelsen af out of scope-reglen er indholdsmæssigt identisk, hvad enten alene konkurrencelovens out of scope-regel, EU-rettens out of scope-regel eller EMRK's out of scope-regel finder anvendelse.

68 ØnskeBørn *gør gældende*, at den beskyttelse som out of scope-reglen efter konkurrenceloven, efter EMRK og efter EU-retten yder er den samme. Det er dog ikke afgørende om beskyttelsen er fuldstændig identisk efter konkurrenceloven, EMRK og EU-retten, da både EMRK jf. afsnit 3.2 ovenfor og EU-retten jf. afsnit 3.3 ovenfor, finder direkte anvendelse i denne sag. Det er derfor ikke afgørende i denne sag om beskyttelsen efter konkurrenceloven er fuldstændig identisk med beskyttelsen efter EMRK og EU-retten. Herefter vil blot blive omtalt "out of scope-reglen", selvom der er tale om regler med forskelligt grundlag

(konkurrenceloven, EMRK og EU-retten), men som altså ifølge ØnskeBørn yder samme beskyttelse.

69 ØnskeBørn *gør gældende*, at out of scope-reglen reelt yder beskyttelse i to led; 1) en beslutning (evt. kendelse) om kontrolundersøgelse skal afgrænses, og afgrænsningen skal svare til formordningen om hvilken konkret form for overtrædelse Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har mistanke om og 2) forhold og materiale, som er udenfor scoopet jf. 1) kan ikke anvendes som bevismateriale i en sag mod den virksomhed, som kontrolundersøgelsen har rettet sig i mod, men kan alene anvendes som grundlag for videre efterforskning, og f.eks. som grundlag for en ny kontrolundersøgelse med en anden genstand og et andet formål.

70 De to led i beskyttelsen vil blive gennemgået nedenfor. At out of scope-reglen indeholder begge led fremgår f.eks. klart af C-583/13 P *Deutsche Bahn*, præmis 60 (Materialesamlingen, Bind 2, side 414), hvor EU-Domstolen, opsummerede indholdet således, at

"60. Af det ovenstående følger for det første, at Kommissionen er forpligtet til at begrunde sin beslutning om at iværksætte en kontrolundersøgelse. For det andet følger, at der, for så vidt som begrundelsen for denne beslutning afgrænser de kompetencer, der er tildelt Kommissionens repræsentanter, alene kan søges efter de dokumenter, der vedrører kontrolundersøgelsens genstand." (Materialesamlingen, Bind 2, side 414) (Vores understregninger)

71 Allerede hvis en kontrolundersøgelsesbeslutning ikke indeholder en afgrænsning af kontrolundersøgelsens genstand og formål, der er afgrænset *"så klart som muligt"* (C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 48 (Materialesamlingen, Bind 2, side 701) og T-339/04 *France Telecom*, præmis 58 (Materialesamlingen, Bind 2, side 511)). Se også Sag 85/87 *Dow Benelux NV*, præmis 9 in fine (Materialesamlingen, Bind 2, side 799), de forenede sager 46/87 og 227/88, *Hoechst AG*, præmis 41 in fine (Materialesamlingen, Bind 2, side 821-822) og T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 42 in fine (Materialesamlingen, Bind 2, side 438)), vil kontrolundersøgelsen således være i strid med out of scope-reglens første led, da virksomheden ikke vil have mulighed for at varetage sine interesser.

4.1 Out of scope-reglens første led: Beslutningen/kendelsen skal afgrænses

72 ØnskeBørn *gør gældende* at out of scope-reglens første led indebærer, at en beslutning/kendelse om kontrolundersøgelse skal afgrænses, og at afgrænsningen ikke kan gå videre end den formodning som foranlediger kontrolundersøgelsen.

73 Det følger således direkte af konkurrencelovens § 18, stk. 1 at kontrolundersøgelsen har en *"genstand og formål"* (Materialesamlingen, Bind 1, side 23). Tilsvarende fremgår det af Rådsforordning 1/2003 artikel 20, stk. 2, 3 og 4 (Materialesamlingen, Bind 1, side 236-237), at kontrolundersøgelsen har en *"genstand og formål"*. Det er dette første led i out of scope-reglen som udelukker konkurrencemyndighederne fra at gennemføre såkaldte "fisketure".

74 Allerede i de forenede sager 46/87 og 227/88, *Hoechst AG* (Materialesamlingen, Bind 2, side 811), som også omtalt ovenfor i punkt 59 ovenfor, angav EU-Domstolen klart, at out of scope-reglen indeholder dette første led, hvorefter beslutningen skal afgrænses til en bestemt genstand og et bestemt formål:

"28. Kommissionen er således ved artikel 14 i forordning nr. 17 blevet tillagt vide beføjelser til at foranstalte undersøgelser, men udøvelsen af disse beføjelser er underlagt vilkår, som beskytter de pågældende virksomheders rettigheder.

29. Der henvises herved for det første til Kommissionens pligt til at angive kontrolundersøgelsens genstand og formål. Denne forpligtelse er et grundlæggende krav, som ikke alene har til formål at klarlægge, hvorfor det påtænkte indgreb inden for den pågældende virksomhed er berettiget, men også at skabe et grundlag for, at virksomheden bliver bekendt med omfanget af dens samarbejdspligt, samtidig med at dens ret til kontradiktion bevares." (Materialesamlingen, Bind 2, side 819) (Vores understregninger)

75 At out of scope-reglen indebærer en pligt til at afgrænse kontrolundersøgelsens genstand og formål, herunder hvilke formodninger undersøgelsen angår, og at dette skal ske "så klart som muligt" er sidenhen gentaget med forskellige formuleringer af EU-Domstolen i sag 85/87 *Dow Benelux NV*, præmis 8-9 (Materialesamlingen, Bind 2, side 799), de forenede sager 97, 98 og 99/87 *Dow Chemical Ibérica m.fl.*, præmis 45 (Materialesamlingen, Bind 2, side 790-791), T-59/99 *Ventouris Group*, præmis 125 (Materialesamlingen, Bind 2, side 767), T-66/99 *Minoan Lines mod Kommissionen*, præmis 55 (Materialesamlingen, Bind 2, side 743), C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 48 (Materialesamlingen, Bind 2, side 701), T-339/04 *France Telecom*, præmis 58 (Materialesamlingen, Bind 2, side 511), T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 42 (Materialesamlingen, Bind 2, side 438) og T-325/16 *České dráhy*, præmis 38-39 (Materialesamlingen, Bind 2, side 385). Dette er også lagt til grund af nationale domsole, f.eks. den svenske Patent- och Marknadsdomstolen (PMÅ 15128-17 *Konkurrensverket mot Sandahls Grus & Asfalt*, 23. november 2017 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1241)). Dette betyder også, at formodningen ikke kan angå alle forhold omfattet af konkurrencelovens § 6, hvis "baggrunden for denne formodning" med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ord, alene angår bindende videresalgspriser (svarskriftet, side 10-11 (Ekstraktens side 82-83)). Formålet med og genstanden for en kontrolundersøgelse kan således ikke være bredere end den formodning/baggrunden for formodningen, hvilket Retten ved EU-Domstolen tilkendegav klart i præmis 37 i T-325/16 *České dráhy* (Materialesamlingen, Bind 2, side 385)

"Med henblik på at overholde det generelle princip må ordlyden af en afgørelse om iværksættelse af en kontrolundersøgelse heller ikke gå videre end omfanget af den overtrædelse, der kan være mistanke om, baseret på disse indicier." (Materialesamlingen, Bind 2, side 385) (Vores understregninger)

76 ØnskeBørn *gør gældende*, at ovenstående praksis gør det klart, at out of scope-reglen indeholder en beskyttelse i sit første led, hvorefter der skal ske en afgrænsning af kontrolundersøgelsens formål og genstand, som ikke kan gå videre end de på tidspunktet for kontrolundersøgelsesbeslutningen foreliggende indicer.

77 Som allerede nævnt ovenfor, er det retlige grundlag for denne out of scope-regel ikke blot Rådsforordning 1/2003, artikel 20, stk. 4, men grundlæggende EU-retlige principper, som også er kommet til udtryk i EUC og EMRK jf. afsnit 3.3 ovenfor.

78 Det er også angivet i litteraturen, at en beslutning om at gennemføre en kontrolundersøgelse skal angive formålet og genstanden, og at mere generelle undersøgelser, "fisketure", er udelukket. Der er således i litteraturen støtte for at out of scope-reglen indeholder en beskyttelse svarende til det her omtalte første led (Peter Stig Jakobsen, *Kap. 12 Håndhævelse og procedure*, side 1213 i *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag af Caroline Heide-Jørgensen, Peter Stig Jakobsen, Simon Evers Karlsmose-Hjelmborg, Jan Magne Langseth, Ulla Neergaard, Sune Troels Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo (Materialesamlingen, Bind 3, side 1327), Van Bael & Bellis (red.), *Competition Law of the European Union* (Sixth Edition), 6. udg., Kluwer Law International, 2021, side 1015 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1301), Morten Lau Smith, Jon Iversen og Niels Christian Ersbøll, *Dawn raids - Hvilke rettigheder har virksomheden?*, RR.8.2022.112 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1375) og Peter Stig Jakobsen og Pernille Skovgaard Møller, *Menneskerettighedskonventionens betydning for dawn raids*, EU-ret og Menneskeret, 2015, nr. 5, side 259 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1332)).

79 Spørgsmålet er herefter, hvad der kræves for at leve op til kravet i out of scope-reglens første led, om at angive kontrolundersøgelsens genstand og formål. Det *gøres gældende*, at det ikke vil være tilstrækkeligt blot at omtale henvendelser og angive, at genstanden og formålet med kontrolundersøgelsen er "*en mulig overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101*". Det *gøres gældende*, at f.eks. markedet, parterne, tidsperioden, overtrædelsens karakter, den retlige subsumption osv. skal angives tydeligt og præcist for, at kontrolundersøgelsens genstand og formål er afgrænset tilstrækkeligt præcist. Herom kan retningslinjer udledes af EU-Domstolens praksis.

80 *For det første*, indebærer out of scope-reglens første led, at konkurrencemyndigheden skal angive genstanden og formålet "*så klart som muligt*", herunder angive, hvad der er mistanke om, og hvad der dermed efterspores, og hvad kontrolundersøgelsen vedrører jf. punkt 75 ovenfor.

81 *For det andet*, har EU-Domstolen anført, at "*formålet med de kontrolundersøgelser, der iværksættes af Kommissionen, er at indhente sådanne oplysninger, at den kan kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation, som Kommissionen allerede er i besiddelse af oplysninger om.*" (T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 43 (Materialesamlingen, Bind 2, side 438). Se også C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 55 (Materiale-

samlingen, Bind 2, side 703) og T-325/16 *České dráhy*, præmis 37 og 41 (Materialesamlingen, Bind 2, side 385)). EU-Domstolen har også udtrykt det således, at "*Hvis Kommissionen ikke var underlagt denne begrænsning, ville den i praksis kunne gennemføre en kontrolundersøgelse af alle virksomhedens aktiviteter, så snart der forelå et indicium, som skabte mistanke om, at virksomheden havde overtrådt konkurrencereglerne på et bestemt aktivitetsområde, med det egentlige formål at afdække alle overtrædelser af disse regler, som virksomheden måtte have begået. Det ville ikke være foreneligt med hensynet til beskyttelsen af juridiske personers private forhold, som er en grundlæggende rettighed i et demokratisk samfund.*" (T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 65 (Materialesamlingen, Bind 2, side 441)). EU-Domstolens har desuden udtrykt, at "Med andre ord er besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om, at konkurrencereglerne er overtrådt, en ufravigelig forudsætning for, at Kommissionen kan pålægge nogen at underkaste sig en kontrolundersøgelse [...] Med henblik på at overholde det generelle princip må ordlyden af en afgørelse om iværksættelse af en kontrolundersøgelse heller ikke gå videre end omfanget af den overtrædelse, der kan være mistanke om, baseret på disse indicier. [...] Derimod har den pligt til klart at angive, hvilke formodninger dens påtænkte undersøgelse angår, dvs. hvad der efterspores, og hvad kontrolundersøgelsen skal vedrøre. Kommissionen har i denne henseende ligeledes pligt til i en kontrolundersøgellesbeslutning at redegøre for den formodede overtrædelses væsentlige kendetegn ved at angive det formodede relevante marked og arten af de konkurrencebegrænsninger, der er mistanke om, en beskrivelse af, hvorledes den af undersøgelsen omhandlede virksomhed formodes at være delagtig i overtrædelsen" (T-325/16 *České dráhy*, præmis 36- 37 og 39 (Materialesamlingen, Bind 2, side 385)). Heraf følger, at konkurrencemyndigheden alene kan anvende en kontrolundersøgelse til at få bekræftet en formodet overtrædelse, som konkurrencemyndigheden allerede har oplysninger om, og samtidig, at konkurrencemyndigheden ikke kan anvende en kontrolundersøgelse til at indhente beviser om helt nye forhold. Kontrolundersøgelsen kan afdække nye mistanker, men beviser herfor må indhentes ved en ny efterfølgende kontrolundersøgelse og retskendelse, hvor dommeren kan kontrollere, at kontrolundersøgelsens genstand svarer til denne "nye" mistanke. Det var også det, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle have gjort i denne sag, da man fandt materiale som efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse pegede på horisontale forhold ØnskeBørn-butikkerne i mellem.

82 For det tredje, er det også klart, at konkurrencemyndigheden ikke er "forpligtet til at give adressaten for en beslutning om en kontrolundersøgelse meddelelse om samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over, eller til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af disse overtrædelser" (Sag 85/87 *Dow Benelux NV*, præmis 9 (Materialesamlingen, Bind 2, side 799)). Se også de forenede sager 46/87 og 227/88, *Hoechst AG*, præmis 41 (Materialesamlingen, Bind 2, side 821-822), T-339/04 *France Telecom*, præmis 58 (Materialesamlingen, Bind 2, side 511), T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 42 og 44 (Materialesamlingen, Bind 2, side 438) og T-325/16 *České dráhy*, præmis 38 (Materialesamlingen, Bind 2, side 385)).

83 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har angivet, at formålet og genstanden med kontrolundersøgelsen hos ØnskeBørn var

- *"alle typer af aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF."* (svarskriftet, side 4 (Ekstraktens side 76)),
- at *"Formålet er således koblet op på formodningen, der ikke er begrænset til en bestemt type af overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF."* (svarskriftet, side 4 (Ekstraktens side 76))
- at *"Beslutningen er ikke afgrænset til alene at omfatte én specifik overtrædelsestype i form af bindende videresalgspriser."* (svarskriftet, side 9 (Ekstraktens side 81))
- at *"Formodningen – og dermed genstanden for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelse – er således ikke afgrænset specifikt til bindende videresalgspriser, men omfatter derimod alle typer af aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF."* (svarskriftet, side 10 (Ekstraktens side 82))
- at *"Formålet er således koblet op på formodningen, der ikke er begrænset til en bestemt type af overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF."* (svarskriftet, side 10 (Ekstraktens side 82)) og
- at *"formodningen, som danner grundlag for styrelsens beslutning, samt det angivne formål med kontrolundersøgelsen – og dermed genstanden for kontrolundersøgelsen – ikke er begrænset til bindende videresalgspriser, men omfatter alle typer af aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, jf. nærmere side 10 ff. i svarskriftet."* (duplikken, side 6 (Ekstraktens side 136), understregninger i originalen).

84 I de sager der har været for EU-Domstolen, hvor den konkrete afgrænsning er gengivet i dommen, er afgrænsningen ikke blot *"alle typer af aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF"*, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen hævder er afgrænsningen af formålet og genstanden for kontrolundersøgelsen mod ØnskeBørn. Afgrænsningen har altid været ganske detaljeret, og indeholder altid flere kvalificeringer, f.eks. i forhold til formen for overtrædelse (*"eksportforbud"* (Sag 136/79 *National Panasonic*, præmis 26 (Materialesamlingen, Bind 2, side 853)), *"målsalgspriser og leveringskvoter"* (De forenede sager 46/87 og 227/88, *Hoechst AG*, præmis 42 (Materialesamlingen, Bind 2, side 822)) og Sag 85/87 *Dow Benelux NV*, præmis 11 (Materialesamlingen, Bind 2, side 800)), *"minimumspriser"* (C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 11 (Materialesamlingen, Bind 2, side 689)), *"prisklemme"* (T-339/04 *France Telecom*, præmis 15 (Materialesamlingen, Bind 2, side 497-498)) og *"tildeling af kunder og ulovlig udveksling af kommercielt følsomme oplysninger"* (T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 3 (Materialesamlingen, Bind 2, side 432))) og i forhold til det relevante marked (*"PVC og polyætylen"* (De forenede sager 46/87 og 227/88, *Hoechst AG*, præmis 42 (Materialesamlingen, Bind 2, side 822)) og Sag 85/87 *Dow Benelux NV*, præmis 11 (Materialesamlingen, Bind 2, side 800)), *"markederne for natriumgluconat og glucono-delta-lacton"* (C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 10 (Materialesamlingen, Bind 2, side 688)), *"højhastighedsinternettet for husstandskunder"* (T-339/04 *France Telecom*, præmis 15 (Materialesamlingen, Bind 2, side 497-498)), *"elledninger og tilhørende materiel, herunder bl.a. undersøiske højspændingsledninger"* (T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 3 (Materialesamlingen, Bind 2, side 432)))

samlingen, Bind 2, side 432)), og "markedet for levering af personbefordringstjenester og for levering af tjenester inden for forvaltning af jernbaneinfrastrukturen i Den Tjekkiske Republik" (T-325/16 *České dráhy*, præmis 11 (Materialesamlingen, Bind 2, side 381))). Denne praksis er helt i overensstemmelse EU-Domstolens retspraksis, hvorefter genstanden og formålet med kontrolundersøgelsen skal angives "så klart som muligt" jf. punkt 75 ovenfor. Det er da også naturligt, at genstanden for og formålet med en kontrolundersøgelse angives som eksemplerne viser, da formålet med "kontrolundersøgelser er at indhente sådanne oplysninger, at den kan kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation, som Kommissionen allerede er i besiddelse af oplysninger om" (C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 55 (Materialesamlingen, Bind 2, side 703)).

85 ØnskeBørn *gør gældende*, at en afgræsning af formålet og genstanden for kontrolundersøgelsen mod ØnskeBørn som hævdet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil være i strid med out of scopereglens første led, da den ikke er (tilstrækkeligt) afgrænset og allerede derfor kan materiale indsamlet under en sådan kontrolundersøgelse ikke anvendes som bevis. ØnskeBørn *gør også gældende*, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fortolkning af både kontrolundersøgelsesbeslutningen (Bilag 1 (Ekstraktens side 241)) og retskendelsen (Bilag 2 (Ekstraktens side 243)) er forkert. Der kan ikke foretages nogen adskillelse af de forskellige afsnit i kontrolundersøgelsesbeslutningen. "Baggrunden for formodningen" kan ikke adskilles fra undersøgelsens genstand. Kontrolundersøgelsesbeslutningen afgrænser klart grundlaget for mistanken til bindende videresalgspriser. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har oplyst, at der var alene indicier for en overtrædelse i form af bindende videresalgspriser og genstanden for kontrolundersøgelsen kan derfor alene være denne form for overtrædelse af konkurrencelovens § 6. Formålet med og genstanden for kontrolundersøgelsen kan derfor ikke have været andet eller bredere end bindende videresalgspriser. Den omstændighed, at § 6's ordlyd også er gentaget i beslutningsbrevet kan ikke ændre på dette forhold. Hvis det var tilfældet ville der ikke være nogen beskyttelse tilbage for virksomhederne i forbindelse med kontrolundersøgelser.

4.2 Out of scope-reglens andet led: Forhold, som er udenfor scopet kan ikke anvendes

86 ØnskeBørn *gør gældende* at out of scope-reglens andet led indebærer, at materiale, som ligger udenfor kontrolundersøgelsens formål og genstand ikke kan anvendes som bevis.

87 Andet led af out of scope-reglen er åbenbart. Hvis ikke det havde nogen konsekvens, at noget materiale var udenfor kontrolundersøgelsens genstand og formål, ville out of scope-reglens første led, kravet om at kontrolundersøgelsens genstand og formål skal angives, være formålsløst, da det første led af out of scope-reglen så ikke havde noget reelt indhold.

88 EU-Domstolen har mange gange gentaget, at out of scope-reglen indebærer, at materiale som ikke omfattes af genstanden og formålet med kontrolundersøgelsen ikke kan anvendes.

89 I sag 85/87 *Dow Benelux NV* (Materialesamlingen, Bind 2, side 797) anførte EU-Domstolen således, at

”17. Hvad angår klagepunktet om, at de oplysninger, der blev indhentet ved de nævnte kontrolundersøgelser den 13. og 14. oktober 1983, er blevet anvendt på retsstridig måde, bemærkes, at det følger af artikel 20, stk. 1, og artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, at oplysninger indhentet under kontrolundersøgelser ikke må anvendes til andre formål end dem, der er angivet i kontrolundersøgelsesfuldmagten eller -beslutningen.

18. Ud over at tilgodese princippet om tjenstlig tavshedspligt, der er udtrykkeligt nævnt i artikel 20, har dette krav til formål at beskytte virksomhedernes rettigheder i henhold til kontradiktionsprincippet, som det har været hensigten ved artikel 14, stk. 3, at sikre, således som Domstolen har bemærket ovenfor. Disse rettigheder ville i alvorlig grad blive undergravet, såfremt Kommissionen over for virksomheder kunne benytte sig af bevismateriale, som tilvejebringes ved en kontrolundersøgelse, og som ikke har sammenhæng med dennes genstand og formål.” (Materialesamlingen, Bind 2, side 801) (Vores understregninger og fremhævninger)

90 At out of scope-reglen indebærer, at materiale som ikke omfattes af genstanden og formålet med kontrolundersøgelsen ikke kan anvendes som bevis er også fastslået af EU-Domstolen, f.eks. i C-94/00 *Roquette Frères*, præmis 48 (Materialesamlingen, Bind 2, side 701), T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 64-66 (Materialesamlingen, Bind 2, side 441-442) og C-583/13 P *Deutsche Bahn*, præmis 57-58 (Materialesamlingen, Bind 2, side 414). Dette er også lagt til grund af nationale domsole, f.eks. den svenske Højesteret (Högsta Domstolens dom af 30. november 2019 (sag Ö 5652-17), præmis 26 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1235)).

91 ØnskeBørn *gør gældende*, at ovenstående praksis gør det klart, at out of scope-reglen indeholder en beskyttelse, sit andet led, hvorefter materiale som ikke omfattes af kontrolundersøgelsens formål og genstand ikke kan anvendes som bevis.

92 Det er også angivet i litteraturen (Peter Stig Jakobsen, *Kap. 12 Håndhævelse og procedure*, side 1213 i *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., 2009, Jurist- og Økonomforbundets Forlag af Caroline Heide-Jørgensen, Peter Stig Jakobsen, Simon Evers Karlsmose-Hjelmborg, Jan Magne Langseth, Ulla Neergaard, Sune Troels Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo (Materialesamlingen, Bind 3, side 1327), Van Bael & Bellis (red.), *Competition Law of the European Union* (Sixth Edition), 6. udg., Kluwer Law International, 2021, side 1054 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1302) og Peter Stig Jakobsen og Pernille Skovgaard Møller, *Menneskerettighedskonventionens betydning for dawn raids*, EU-ret og Menneskeret, 2015, nr. 5, side 259 (Materialesamlingen, Bind 3, side 1333)), at ma-

teriale som angår andet end kontrolundersøgelsens genstand og formål ikke kan anvendes.

93 ØnskeBørn *gør på baggrund af ovenstående gældende*, at out of scope-reglen indebærer en beskyttelse, hvorefter materiale som ligger udenfor kontrolundersøgelsesbeslutningens genstand og formål ikke kan anvendes som bevis i en afgørelse om overtrædelse af konkurrencereglerne overfor den virksomhed, som var underkastet kontrolundersøgelsen.

5. KONTROLUNDERSØGELSEN HOS ØNSKEBØRN

94 Kontrolundersøgelsesbeslutningen som ligger til grund for kontrolundersøgelsen gennemført hos ØnskeBørn den 25. november 2020 (Bilag 1 (Ekstraktens side 241)) er gengivet i punkt 11 ovenfor.

95 ØnskeBørn *gør gældende*, at den konkrete kontrolundersøgelsesbeslutnings genstand og formål, jf. out of scope-reglens første led jf. afsnit 4.1, er "*bindende videresalgspriser*" i "*branchen for baby-og børneprodukter*". Både beslutningen om kontrolundersøgelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (Bilag 1 (Ekstraktens side 241)) og retskendelsen (Bilag 2 (Ekstraktens side 243)) må naturligt læses i sin helhed og kan ikke deles op i en genstand og et formål som er bredere end den formodning som ligger til grund for beslutningen, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gør gældende.

96 I overensstemmelse med gennemgangen af indholdet af out of scope-reglen, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, således alene indsamle materiale der angår formodningen, og alt andet materiale kan ikke anvendes som bevis af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

97 At kontrolundersøgelsesbeslutningen er afgrænset til bindende videresalgspriser fremgår direkte af ordlyden, hvor det angives, at "*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning er begrundet i flere henvendelser, som styrelsen har modtaget over en årrække. Henvendelserne indikerer samlet set, at aftaler m.v. om bindende videresalgspriser er udbredt i branchen for baby-og børneprodukter.*" (Bilag 1 (Ekstraktens side 241)). Henvendelserne var alle klager fra kunder og vedrørte alle ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen leverandørers påtvingelse af bindende videresalgspriser.

98 Det angives desuden i slutningen af kontrolundersøgelsesbeslutningen (Bilag 1 (Ekstraktens side 242)), at "*Kontrolundersøgelsen, der indledes onsdag den 25. november 2020 har til formål - via indhentning af den fornødne information - at få be- eller afkræftet den opståede formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven.*" (Vores understregning). Det angives således eksplicit, at formålet med kontrolundersøgelsen er at få "*be- eller afkræftet den opståede formodning*".

99 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er af den opfattelse, at kontrolundersøgelsesbeslutningen (Bilag 1 (Ekstraktens side 241)), omfatter "*alle typer af aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF.*" jf. punkt 83 ovenfor. ØnskeBørn *gør gældende*, at en sådan fortolkning

af kontrolundersøgelsesbeslutningen (Bilag 1 (Ekstraktens side 241)) er forkert, og at genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen er afgrænset, fordi beslutningen må læses og forstås i sin helhed og det fremgår klart, at genstand og formål er bindende videresalgspriser. Hvis Sø- og Handelsretten måtte give Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen medhold i, at kontrolundersøgelsen ikke er afgrænset til bindende videresalgspriser *gør ØnskeBørn gældende*, at en sådan fortolkning vil medføre, at kontrolundersøgelsesbeslutningen er i strid med out of scope-reglen, allerede fordi afgrænsningen af genstanden og formålet i så fald ikke opfylder kravene til at skulle angives "så klart som muligt" efter out of scope-reglens første led jf. afsnit 4.1 ovenfor. En så bred afgrænsning af formålet og genstanden for en kontrolundersøgelse til "*alle typer af aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF*" er i strid med out of scope-reglen og således ikke i overensstemmelse med hverken Europa-Kommissionens måde at angive genstanden og formålet for kontrolundersøgelser på eller i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis jf. afsnit 4.1 ovenfor.

100 Hvis kontrolundersøgelsesbeslutningen fortolkes som anført af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil den således ikke indeholde nogen afgrænsning af genstanden og formålet, hverken i forhold til i) det relevante marked, ii) den relevante periode, iii) parterne, iv) overtrædelsestypen eller på anden måde indeholde bare en vis afgrænsning af genstanden og formålet, som det ellers er tilfældet med alle andre eksempler gennemgået i afsnit 4.1 ovenfor.

101 Såfremt kontrolundersøgelsesbeslutningen blev fortolket som "afgrænset" til al adfærd, som er ulovlig efter konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101 ville det være i strid med out of scope-reglen, da det så reelt ville være en "fisketur". Eksempelvis har Retten ved EU-Domstolen i T-135/09 *Nexans France SAS m.fl.*, præmis 65 (Materiale-samlingen, Bind 2, side 441) fastslået, at

"Hvis Kommissionen ikke var underlagt denne begrænsning, ville den i praksis kunne gennemføre en kontrolundersøgelse af alle virksomhedens aktiviteter, så snart der forelå et indicium, som skabte mistanke om, at virksomheden havde overtrådt konkurrencereglerne på et bestemt aktivitetsområde, med det egentlige formål at afdække alle overtrædelser af disse regler, som virksomheden måtte have begået. Det ville ikke være foreneligt med hensynet til beskyttelsen af juridiske personers private forhold, som er en grundlæggende rettighed i et demokratisk samfund." (Vores understregning)

102 Det følger klart af EU-Domstolens praksis, at genstanden og formålet med en kontrolundersøgelsesbeslutning ikke kan gå videre end de forhold, som konkurrencemyndigheden har indicier for. Dette følger af den praksis, som er omtalt ovenfor i afsnit 4.1 ovenfor, i hvilken EU-Domstolen blandt andet har fastslået, at

"Der skal således mindes om, at formålet med de kontrolundersøgelser, der iværksættes af Kommissionen, er at indhente sådanne oplysninger, at den kan kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation, som Kommissionen allerede er i besiddelse af"

oplysninger om." (T-135/09 Nexans France SAS m.fl., præmis 43 (Materialesamlingen, Bind 2, side 438). Se også C-94/00 Roquette Frères, præmis 55 (Materialesamlingen, Bind 2, side 703)) (Vores understregning og fremhævning).

"Med andre ord er besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om, at konkurrencereglerne er overtrådt, en ufravigelig forudsætning for, at Kommissionen kan pålægge nogen at underkaste sig en kontrolundersøgelse [...] Med henblik på at overholde det generelle princip må ordlyden af en afgørelse om iværksættelse af en kontrolundersøgelse heller ikke gå videre end omfanget af den overtrædelse, der kan være mistanke om, baseret på disse indicier. [...] Derimod har den [Kommissionen] pligt til klart at angive, hvilke formodninger dens påtænkte undersøgelse angår, dvs. hvad der efterspores, og hvad kontrolundersøgelsen skal vedrøre. Kommissionen har i denne henseende ligeledes pligt til i en kontrolundersøgelsesbeslutning at redegøre for den formodede overtrædelses væsentlige kendetegn ved at angive det formodede relevante marked og arten af de konkurrencebegrænsninger, der er mistanke om, en beskrivelse af, hvorledes den af undersøgelsen omhandlede virksomhed formodes at være delagtig i overtrædelsen". (T-325/16 Česká dráhy, præmis 36, 37 og 39 (Materialesamlingen, Bind 2, side 385)) (Vores understregning og fremhævning).

103 Det er ubestridt, at de henvendelser som lå til grund for kontrolundersøgelsesbeslutningen alene angik bindende videresalgspriser, og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen således ikke på tidspunktet for vedtagelsen af kontrolundersøgelsesbeslutningen havde indicier for, at ØnskeBørn var del i nogen som helst andre konkurrenceretsovertrædelser, herunder mulige horisontale overtrædelser af konkurrence-lovens § 6/TEUF artikel 101.

104 Det bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen selv om de henvendelser, som var grundlaget for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelsesbeslutning har anført, at "*parterne er enige om, at alle de pågældende henvendelser vedrører bindende videresalgspriser.*" (duplikken, side 13 (Ekstraktens side 143)). I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens efterforskningsrapport af 30. september 2020 (Bilag 3 (Ekstraktens side 239)), som lå til grund for beslutningen om at gennemføre kontrolundersøgelsen, er desuden alene omtale af bindende videresalgspriser. ØnskeBørn *gør gældende*, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på tidspunktet for vedtagelsen af kontrolundersøgelsesbeslutningen, ikke havde nogen indicier for andre mulige konkurrenceretlige forhold hos ØnskeBørn end bindende videresalgspriser.

105 ØnskeBørn bemærker desuden, at det fremgår direkte af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens meddelelse om betænkeligheder, sendt til ØnskeBørn den 14. september 2021, at "*Styrelsen er i materialet indhentet på kontrolundersøgelsen hos Ønskebørn blevet bekendt med*" (Bilag 4, side 2 (Ekstraktens side 246), vores understregning). Det fremgår heraf, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke før kontrolundersøgelsen havde nogen indicier for de forhold som meddelelsen om betænkeligheder, sidenhen klagepunktsmeddelelsen (Bilag 10 (Ekstraktens side

267)) og Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023 (Bilag D (Ekstraktens side 297)), angår.

106 ØnskeBørn *gør gældende*, at hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fortolkning af kontrolundersøgelsesbeslutningen lægges til grund, er selve kontrolundersøgelsesbeslutningen i strid med out of scope-reglens første led, og allerede derfor vil materialet indsamlet under kontrolundersøgelsen den 25. november 2020 ikke kunne anvendes. Hvis ØnskeBørn har ret i sin fortolkning af kontrolundersøgelsesbeslutningen nemlig, at der var foretaget en korrekt afgrænsning af genstand og formål til bindende videresalgspriser, så kan det indhentede materiale ej heller anvendes som bevis, idet det da falder uden for kontrolundersøgelses genstand og formål.

107 Det følger af almindelige fortolkningsprincipper, blandt andet lex superior, at en trinlavere retskilde skal fortolkes i overensstemmelse med trindhøjere normer, således at den så vidt mulig opretholdes som (delvist) lovlig. Hvis sådanne fortolkningsprincipper anvendes, må kontrolundersøgelsesbeslutningen, for overhovedet at være lovlig og leve op til out of scope-reglens første led under alle omstændigheder, fortolkes som anført af ØnskeBørn, således at dens genstand og formål alene er "*bindende videresalgspriser*" i "*branchen for baby- og børneprodukter*".

108 Hvis Sø- og Handelsretten, enten på denne baggrund eller fordi Sø- og Handelsretten kan tiltræde ØnskeBørns principale anbringende om, at genstanden er afgrænset, finder, at kontrolundersøgelsesbeslutningen skal fortolkes således, at genstanden og formålet er afgrænset til "*bindende videresalgspriser*" i "*branchen for baby- og børneprodukter*", *gør ØnskeBørn gældende*, at det materiale som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indsamlet, og som ligger til grund for klagepunktsmeddelelsen (Bilag 10 (Ekstraktens side 267)) og Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023 (Bilag D (Ekstraktens side 297)), er out of scope, og derfor ikke kan anvendes som bevis jf. out of scope-reglens andet led jf. afsnit 4.2 ovenfor. Subsidiært *gør ØnskeBørn gældende*, at materialet ej heller kan anvendes som bevis selv, hvis Sø- og Handelsretten måtte være enig i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udlægning af kontrolundersøgelsesbeslutningen og at den således kan angå enhver form for overtrædelse af konkurrencelovens § 6/TEUF artikel 101. Det skyldes, at beslutningen og dermed kontrolundersøgelsens genstand og formål ikke er korrekt afgrænset i henhold til out of scope-reglens første led.

109 ØnskeBørn *gør gældende*, at det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anførte om, at de fysiske og juridiske personer, som fremsendte de påståede henvendelser til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke var i stand til at kvalificere dem retligt (svarskriftet, side 12 (Ekstraktens side 84) og duplikken, side 7 (Ekstraktens side 137)), og at dette også kan være vanskeligt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (svarskriftet, side 11 (Ekstraktens side 83) og duplikken, side 6 (Ekstraktens side 136)) og at der heller ikke gælder noget krav om retlig kvalificering (svarskriftet, side 14 (Ekstraktens side 86)), er uden betydning.

110 *For det første* har ØnskeBørn aldrig påstået, at de personer der rettede henvendelse til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen skulle kvalificere

det forhold, som de rettede henvendelse om. Men det både kan og skal konkurrencemyndigheden naturligvis. *For det andet* gælder det, at selv om en konkurrencemyndighed ikke er forpligtet til at foretage en fuldstændig retlig kvalificering af kontrolundersøgelsens genstand og formål allerede i kontrolundersøgelsesbeslutningen, så skal der ske en afgrænsning. Som anført i afsnit 4.1 vil det være i strid med out of scope-reglens første led, hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke angav f.eks. i) det relevante marked, ii) den relevante periode, iii) parterne, iv) overtrædelsestypen eller på anden måde sikre, at kontrolundersøgelsesbeslutningen indeholdt bare en sådan afgrænsning. Såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke har gjort dette henviser ØnskeBørn blot til det anførte ovenfor om at kontrolundersøgelsesbeslutningen så er i strid med out of scope-reglens første led.

111 Det er dog ØnskeBørns opfattelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i kontrolundersøgelsesbeslutningen, faktisk har afgrænset genstanden og formålet helt korrekt til "*bindende videresalgspriser*" i "*branchen for baby-og børneprodukter*". Dette skyldes, at kontrolundersøgelsesbeslutningen (Bilag 1 (Ekstraktens side 241)), retskendelsen (Bilag 2 (Ekstraktens side 243)), materialet der ligger til grund herfor, efterforskningsrapporten (Bilag 3 (Ekstraktens side 239)) og de forudgående henvendelser til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (Bilag 8 og 9 (Ekstraktens side 237 og 235)), alle angik bindende videresalgspriser, som anerkendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (duplikken, side 13 (Ekstraktens side 143)). I en sådan situation, hvor en konkurrencemyndighed har afgrænset genstanden og formålet, men under kontrolundersøgelsen finder materiale som klart angår andre konkurrenceretlige forhold kan materiale indsamlet under kontrolundersøgelsen ikke bruges som bevis. Konkurrencemyndigheden kan alene benytte sådan out of scope-materiale til at gennemføre en ny kontrolundersøgelse med en ny anden genstand og formål jf. C-583/13 P *Deutsche Bahn*, præmis 58-59 (Materialesamlingen, Bind 2, side 414) og sag 85/87 *Dow Benelux NV*, præmis 19 (Materialesamlingen, Bind 2, side 802).

112 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen angiver i processkrift B, side 7 (Ekstraktens side 233), at "*Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen var afskåret fra at anvende det omtvistede materiale i konkurrencesagen mod ØnskeBørn, ville det i praksis endvidere betyde, at styrelsen kunne træffe en ny beslutning om kontrolundersøgelse og indhente endnu en retskendelse med det formål at gennemgå præcis det materiale, som styrelsen allerede er i besiddelse af. Dette vil enten kunne foregå ved, at styrelsen foretager et nyt kontrolbesøg hos virksomheden eller ved evt. at genåbne det allerede sammensatte datasæt fra den tidligere kontrolundersøgelse.*" I svarskriftet, side 24 (Ekstraktens side 96) har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilsvarende angivet, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, blot kan "*genåbne det allerede sammensatte datasæt fra den tidligere kontrolundersøgelse.*"

113 Det først anførte om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i så fald måtte iværksætte en ny kontrolundersøgelse er korrekt. Det sidst anførte om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blot kunne søge i det under den første kontrolundersøgelse indsamlede materiale igen, er oplagt forkert. I så fald vil reglen i konkurrencelovens § 18, stk. 4 om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal foretage sine søgninger inden

for 40 hverdage og at øvrigt materiale skal slettes og hele out of scope-reglen være helt uden betydning. Derfor kan dette synspunkt helt oplagt ikke være korrekt.

114 Såfremt ØnskeBørn gives medhold i sin påstand, som lyder "*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilpligtes at anerkende, at materiale indhentet på kontrolundersøgelse foretaget hos ØnskeBørn A/S den 25. november 2020, ikke kan anvendes som bevis i en afgørelse mod ØnskeBørn A/S, som ikke vedrører bindende videresalgsspriser.*", vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen være afskåret fra at anvende materiale indsamlet under kontrolundersøgelsen den 25. november 2020 som bevis både ved en første, anden og tredje søgning. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil derfor *ikke* blot kunne gen- åbne det allerede sammensatte datasæt og søge en gang til. Dette følger da også af den gennemgæede praksis om out of scope-reglens andet led. jf. afsnit 4.2 ovenfor. Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blot kunne gennemgå det indsamlede materiale på ny, ville det gøre beskyttelsen i out of scope-reglen helt illusorisk. Det er derimod korrekt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne have indhentet en ny retskendelse. Men det undlod man at gøre, uvist af hvilken grund.

6. KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSENS ANALOGISERING TIL STRAFFEPROCESSEN ER FORKERT

115 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har både i svarskriftet, side 21-23 (Ekstraktens side 93-95), i duplikken, side 9 og 10 (Ekstraktens side 139-140) og processkrift B, side 7 (Ekstraktens side 233) gjort gældende, at analogier fra straffeprocessens regler om uægte tilfældighedsfund bør medføre, at materialet kan anvendes som bevis, selv hvis det er out of scope.

116 Det bemærkes, at sager mod virksomheder for overtrædelse af konkurrenceloven med implementeringen af ECN+-direktivet (Direktiv 2019/1 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked) (Materialesamlingen, Bind 1, side 249) i 2021 ved lov nr. 207 af 15. februar 2021 om ændring af konkurrenceloven og straffeloven (Materialesamlingen, Bind 1, side 49) er afkriminaliseret, og at sagerne gennemføres efter reglerne for civile sager.

117 ØnskeBørn *gør gældende*, at analogien er forkert.

118 *For det første*, vil en analogislutning til de straffeprocessuelle regler om tilfældighedsfund medføre, at out of scope-reglen blev indholdsløs, da out of scope-reglens andet led, hvorefter materiale uden for kontrolundersøgelsens genstand og formål ikke kan anvendes, så var uden indhold. Allerede af denne grund må analogien afvises.

119 *For det andet* er der i straffeprocessen en sontring mellem "uægte tilfældighedsfund" og "ægte tilfældighedsfund". Uægte tilfældighedsfund er beviser for en overtrædelse, der grundet sin grovhed selv ville kunne danne grundlag for ransagningen, hvilket er tilfældet hvis det angår en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængselsstraf jf. retspleje-

lovens § 794, stk. 1 jf. stk. 2 jf. § 793, stk. 1, nr. 1 (Materialesamlingen, Bind 1, side 108). Ægte tilfældighedsfund, er tilfældighedsfund som er bevis for en overtrædelse, der grundet sin begrænsede grovhed ikke selv kunne danne grundlag for en ransagning. Uægte tilfældighedsfund kan anvendes både som bevis og som grundlag for videre efterforskning, mens ægte tilfældighedsfund alene kan anvendes som grundlag for videre efterforskning, men ikke som bevis jf. retsplejelovens § 800, stk. 1 (Materialesamlingen, Bind 1, side 110). En sådan sondring kan *ikke* anvendes i konkurrenceretten i forhold til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har således mulighed for at foretage kontrolundersøgelser i *alle* situationer, hvor der er en mistanke om overtrædelse af konkurrenceloven, og der kan således ikke sondres mellem uægte tilfældighedsfund og ægte tilfældighedsfund, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i alle tilfælde, uanset grovhed og mulig størrelse af en bøde, kan foretage en kontrolundersøgelse. Alle fund som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen måtte finde, og som er uden for en kontrolundersøgelses genstand og formål, ville med en analogisering til straffeprocessen være uægte tilfældighedsfund, og dermed kunne anvendes som bevis. Dermed ville out of scopereglen være indholdsløs og illusorisk.

120 *For det tredje*, sker der i straffeprocessen en prøvelse af beviserne, som lægger til grund for anmodningen om ransagning. Retten prøver således, om de beviser, som anklagemyndigheden fremlægger er tilstrækkelige til, at der foreligger en bestyrket mistanke. Ved rettens prøvelse ved en sag om retskendelse til en kontrolundersøgelse efter konkurrenceloven prøver retten ikke beviserne, der lægger til grund for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anmodning om retskendelse. Retten bliver slet ikke forelagt beviserne, men alene Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse. Retten prøver alene, om kontrolundersøgelsens genstand og formål er korrekt afgrænset som redegjort for ovenfor. Lovgiver har således bevidst indrettet det således, at domstolene ved retskendelser efter konkurrenceloven ikke skal prøve beviserne i modsætning til i strafferetsplejen. Det er en helt afgørende forskel, som i sig selv medfører, at borgerne har den sikkerhed, at retten har set og anerkendt, at beviserne, som er blevet forelagt for retten er tilstrækkelig til en ransagningskendelse. Derfor er det også mindre betænkeligt at tillade brugen af materiale, der er fundet under ransagningen, hvis det vedrører en forbrydelse, som også i sig selv kunne have ledt til udstedelse af ransagningskendelse.

121 ØnskeBørn *gør gældende*, at en analogisering til reglerne i strafferetsplejen for så vidt angår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelser er forkert og, at det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anførte herom skal afvises.

7. KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSENS MANGLENDE BESVARELSE AF ØNSKEBØRNS OPFORDRINGER

122 ØnskeBørn har gentagne gange opfordret Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at fremlægge alle de henvendelser som lå til grund for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning om en overtrædelse

af konkurrencereglerne (replikken, side 23 (Ekstraktens side 121) og processkrift 1, punkt 213 (opfordring 4) (Ekstraktens side 224)). Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har afvist dette uden nogen relevant begrundelse.

123 ØnskeBørn har også opfordret Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at fremlægge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens såkaldte prioriteringsnotat om sagen (processkrift 1, punkt 214 (opfordring 5) (Ekstraktens side 224)). Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har afvist dette uden nogen relevant begrundelse.

124 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens eneste begrundelse for ikke at fremlægge de pågældende dokumenter er, at ØnskeBørn ikke har ret til aktindsigt i dokumenterne (duplikken, side 13 (Ekstraktens side 143) og processkrift B, side 6 (Ekstraktens side 232)). Det er muligt, men er ikke en begrundelse for ikke at imødekomme opfordringen om at fremlægge de pågældende dokumenter i forbindelse med en verserende retssag. Aktindsigtsreglerne tjener andre hensyn end de processuelle regler og principper, herunder f.eks. princippet om processuel skadevirkning. Det ses således ikke at være bestridt, at dokumenterne er væsentlige for sagen, og for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vægren mod at fremlægge dokumenterne må tillægges processuel skadevirkning, således at det må lægges til grund, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ingen anden formodning havde end alene en formodning om bindende videresalgspriser, hvilket da også er anerkendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (duplikken, side 13 (Ekstraktens side 143))...".

For Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 17. maj 2023, hvoraf fremgår:

" ...

2. SAGENS TEMA

Denne sag drejer sig overordnet om, hvorvidt der er grundlag for at tilsidesætte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning af 7. juni 2022 (bilag 6, ekstraktens side 251-252), hvorved styrelsen fandt, at materiale indsamlet under en kontrolundersøgelse gennemført hos ØnskeBørn den 25. november 2020 kan indgå i en konkurrencesag mod ØnskeBørn om overtrædelse af konkurrencelovens § 6 (materialesamlingens bind 1, side 10) og artikel 101 TEUF (materialesamlingens bind 1, side 188) i form af horisontal priskoordinering[Fodnote 1]

Sagen rejser i den forbindelse dels spørgsmålet om, hvorvidt det indsamlede materiale ligger indenfor genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen, som angivet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at gennemføre kontrolundersøgelsen (bilag 1, ekstraktens side 241-242) og den af Retten i Glostrup afsagte kendelse om at tillade kontrolundersøgelsen (bilag 2, ekstraktens side 243-244), dels om

materialet under alle omstændigheder kan indgå i konkurrencesagen, selv hvis det lægges til grund, at materialet ligger udenfor genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen.

Sø- og Handelsretten hverken kan eller skal under denne sag tage stilling til, om betingelserne i konkurrencelovens § 18 for at gennemføre kontrolundersøgelsen er opfyldt. ØnskeBørn har efter det oplyste ikke kæret Retten i Glostrups kendelse om at tillade kontrolundersøgelsen (bilag 2, ekstraktens side 241-242) efter de relevante regler i retsplejeloven. Det må således i nærværende sag lægges uprøvet til grund, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at gennemføre kontrolundersøgelsen (bilag 1, ekstraktens side 241-242) er lovlig og gyldig, jf. herved UfR 2007, side 711 H (materialesamlingens bind 1, side 313-318).

ØnskeBørns bemærkninger om grundlaget for og beskrivelsen af genstanden og formålet med kontrolundersøgelsen i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning er allerede af den grund uden betydning for sagen, jf. nærmere afsnit 4.2.2.2 og 4.2.2.3, nedenfor.

3. DEN OVERORDNEDE RETLIGE RAMME

3.1 Konkurrencelovens § 18

Konkurrencelovens § 18 (materialesamlingens bind 1, side 23) giver Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beføjelse til at foretage kontrolundersøgelser af virksomheder og virksomhedssammenslutninger i en virksomheds eller virksomhedssammenslutnings lokaler, grunde og transportmidler. Som led i kontrolundersøgelsen kan styrelsen gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning, som den kontrollerede enhed har adgang til, herunder regnskaber, regnskabsmaterialer, bøger og andre forretningspapirer, uanset hvilket medie de er lagret på, jf. § 18, stk. 1, 1. pkt. I medfør af konkurrencelovens § 18, stk. 1, 3. pkt., kan styrelsen desuden afkræve forklaringer fra virksomhedens eller virksomhedssammenslutningens repræsentanter eller ansatte om faktiske oplysninger eller dokumenter vedrørende kontrolundersøgelsens genstand og formål og registrere deres svar.[Fodnote 2]

Det fremgår af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 18, stk. 1, at det er en forudsætning for at foretage en kontrolundersøgelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skønner, at sagens karakter gør det påkrævet at indhente de fornødne oplysninger på denne måde, og at styrelsen som minimum har en formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven, jf. bl.a. FT-tidende 2020-21, lovforslag L 116 som fremsat, tillæg A, side 90 (materialesamlingens bind 1, side 174).

Hverken ordlyden af konkurrencelovens § 18 eller forarbejderne til bestemmelsen fastlægger dog præcise krav til, hvorledes kontrolundersøgelsens genstand og formål skal beskrives i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse. Det fremgår heller ikke af bestemmelsen eller forarbejderne, hvorvidt og i givet fald under hvilke omstændigheder styrelsen evt. kan være forhindret i at anvende materiale, der ligger udenfor genstanden for og formålet med den pågældende kontrolundersøgelse, i en efterfølgende konkurrencesag.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens "Vejledning om kontrolundersøgelser" fra 2016 og den tilsvarende vejledning fra 2022 er på linje hermed (materialesamlingens bind 3, side 1273).

3.2 Forholdet til EU-retten

Når nationale konkurrencemyndigheder i EU gennemfører kontrolundersøgelser, sker det i henhold til medlemsstaternes nationale procesuelle og forvaltningsretlige regler om sagsbehandling, beviskrav mv. Spørgsmålet om, hvorvidt materialet ligger udenfor kontrolundersøgelsens genstand og formål, og om materialet i givet fald kan indgå i en konkurrencesag, herunder efter regler om såkaldte tilfældighedsfund, skal derfor afgøres efter konkurrencelovens § 18, suppleret af bestemmelserne i retssikkerhedsloven og forvaltningsretlige principper mv., jf. afsnit 3.1, ovenfor.

Konkurrencelovens § 18 omfatter i den forbindelse også kontrolundersøgelser relateret til tilfælde, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal anvende artikel 101 og 102 TEUF, når styrelsen skal behandle en sag, hvor der er samhandelspåvirkning, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 6 (materialesamlingens bind 1, side 8), der gennemfører artikel 1, stk. 1, i direktiv 2019/1[Fodnote 3].

De nationale konkurrencemyndigheder skal derimod ikke overholde procedurereglerne i Rfo 1/2003 om *Kommissionens* kontrolundersøgelsesbeføjelser, herunder navnlig artikel 20 (materialesamlingens bind 1, side 237) og den dertil hørende retspraksis, der stiller krav til *Kommissionen* om bl.a. angivelse af kontrolundersøgelsens genstand og formål. Rfo 1/2003 angår alene *Kommissionens* kontrolundersøgelsesbeføjelser, herunder krav til genstanden for og formålet med en kontrolundersøgelse gennemført af *Kommissionen*.

Det fremhæves i den forbindelse, at Rfo 1/2003 ikke indeholder regler om de nationale konkurrencemyndigheders gennemførelse af kontrolundersøgelser, ligesom artikel 6 i direktiv 2019/1 ikke indeholder speci-

fikke krav om, hvorledes en kontrolundersøgelses genstand og formål skal beskrives i en beslutning fra den nationale konkurrencemyndighed. Der er heller ikke i de pågældende regelsæt anført noget om muligheden for at anvende såkaldte tilfældighedsfund.

Det ændrer ikke herpå, at konkurrencelovens § 18 i relation til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *materielle* muligheder for at foretage kontrolundersøgelser (styrelsens ”værktøjer”) i vidt omfang svarer til Kommissionens tilsvarende beføjelser i artikel 20 i Rfo 1/2003 og i øvrigt udgør en implementering af artikel 6 i direktiv 2019/1.

Det er i den forbindelse ikke rigtigt, som anført af ØnskeBørn, at det af forarbejderne til konkurrencelovens § 18 kan udledes, at der også i forhold til de formelle betingelser i § 18 er sket en harmonisering med reglerne om Kommissionens kontrolundersøgelser.

Når de nationale myndigheder anvender artikel 101 og 102 TEUF i overtrædelsessager, skal myndighederne dog følge EU-rettens almindelige principper og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter Charteret), jf. artikel 3, stk. 1, i direktiv 2019/1 (materialesamlingens bind 1, side 264). Medlemsstaterne skal samtidig sikre, at udøvelse af beføjelserne er underlagt passende sikkerhedsgarantier vedrørende virksomhedernes ret til forsvar, herunder retten til at blive hørt og adgangen til effektive retsmidler, jf. artikel 3, stk. 2. Lovgiver har ved implementeringen af direktiv 2019/1 fundet, at disse krav er opfyldt ved den nugældende formulering af konkurrencelovens § 18.

Dette er på linje med EU-Domstolens praksis i øvrigt, hvorefter de nationale konkurrencemyndigheder i udgangspunktet har fuld ”processautonomi”, når de anvender artikel 101 og 102 TEUF, idet de nationale processuelle og forvaltningsretlige regler skal overholde effektivitets- og ækvivalensprincippet samt generelle EU-principper og grundrettigheder.

Praksis fra EU-Domstolen om fortolkningen af Kommissionens beføjelser efter Rfo 1/2003, herunder forholdet til Charteret, kan i lyset af ovenstående ikke være afgørende for fortolkningen af konkurrencelovens § 18, men kan efter omstændighederne i et vist omfang være vejledende for anvendelsen og fortolkningen af konkurrencelovens § 18.

I den henseende er det vigtigt at fremhæve, at praksis fra EU-Domstolen tager udgangspunkt i Kommissionens beføjelser, der som nævnt er baseret på et andet retsgrundlag, og som på flere punkter adskiller sig fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beføjelser, herunder f.eks. ved at styrelsen i modsætning til Kommissionen skal indhente en

retskendelse, før end styrelsen kan foretage en kontrolundersøgelse, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3 (materialesamlingens bind 1, side 23).

4. ANBRINGENDER

4.1 Afvisningspåstanden

Til støtte for den nedlagte afvisningspåstand gøres det gældende, at ØnskeBørns påstand er formuleret så bredt og upræcist, at den ikke kan tages under påkendelse. ØnskeBørns påstand er således formuleret som et generelt og ubegrænset forbud mod at anvende materialet i en konkurrencesag mod ØnskeBørn. Det er imidlertid ikke på nuværende tidspunkt muligt at forudskikke alle fremtidige situationer, hvor det indhentede materiale vil kunne være relevant. Påstanden må derfor afvises.

ØnskeBørn har desuden anført, at ØnskeBørns formål med den nedlagte påstand reelt er, at der skal nedlægges et forbud mod, at styrelsen kan anvende materialet. Der kan imidlertid ikke nedlægges forbud mod, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en sag efter konkurrenceloven inddrager beviser, jf. retsplejelovens § 411, stk. 1 (materialesamlingens bind 1, side 107). ØnskeBørn søger således med den nedlagte påstand at opnå en retsstilling, som lovgiver udtrykkeligt har angivet, ikke skal være mulig, hvorfor påstanden tillige af denne grund må afvises.

4.2 Frifindelsespåstanden

4.2.1 Overordnede bemærkninger

Til støtte for frifindelsespåstanden gøres det for det første gældende, at genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen hos ØnskeBørn var – via indhentning af den fornødne information – at få be- eller afkræftet den opståede formodning om en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og evt. artikel 101 TEUF. Beslutningen er ikke afgrænset til alene at omfatte én specifik overtrædelsestype i form af bindende videresalgsspriser. Der er allerede derfor ikke noget til hinder for, at materialet, som er indhentet på kontrolundersøgelsen, kan anvendes som bevismateriale i en sag mod ØnskeBørn om overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF i form af horisontal priskoordinering, jf. nærmere afsnit 4.2.2, nedenfor.

Selv hvis det lægges til grund, at materialet ligger udenfor genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen, gøres det for det andet gældende, at materialet efter konkurrencelovens § 18, almindelige offentli-

gretlige principper og principperne i de straffeprocessuelle regler om tilfældighedsfund (analogt), kan anvendes i en efterfølgende sag mod ØnskeBørn om horisontal priskoordinering, jf. nærmere afsnit 4.2.3, nedenfor.

4.2.2 Kontrolundersøgelsens genstand og formål

4.2.2.1 Kontrolundersøgelsens genstand er ikke begrænset til bindende videresalgspriser

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning af 12. november 2020 om at gennemføre en kontrolundersøgelse (bilag 1, ekstraktens side 241-242) er – i modsætning til hvad ØnskeBørn gør gældende – hverken efter ordlyden eller formålet afgrænset til bindende videresalgspriser, men omfatter derimod alle typer af aftaler i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF.

Det fremhæves herved, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning om, at ØnskeBørn kunne være involveret i aktiviteter i strid med konkurrencelovens § 6, er formuleret som følger i beslutningen (bilag 1, ekstraktens side 241-242):

"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at der i branchen for baby- og børneprodukter foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at ØN-SKEBØRN A/S kan være involveret i disse aktiviteter." (mine understregninger)

Dette skal ses i sammenhæng med, at *formålet* med kontrolundersøgelsen i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning angives som følger:

"Kontrolundersøgelsen, der indledes onsdag den 25. november 2020, har til formål - via indhentning af den fornødne information - at få be- eller afkræftet den opståede formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven." (mine understregninger)

Formålet er koblet op på formodningen, der ikke er begrænset til en bestemt type af overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF.

Dette understreges yderligere af, at det i beslutningens fjerde afsnit anføres, at enhver form for aftale, vedtagelse eller samordnet praksis, der

har til formål eller følge – direkte eller indirekte – at begrænse konkurrencen, er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6 eller artikel 101 TEUF.

Det forhold, at det var henvendelser om bindende videresalgspriser, der dannede baggrund for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formodning om en overtrædelse af konkurrencereglerne, medfører ikke, at kontrolundersøgelsens genstand og formål er afgrænset til denne specifikke type overtrædelse af § 6. Dette fremgår i øvrigt heller ikke af styrelsens beslutning om kontrolundersøgelsen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal i den forbindelse fremhæve, at konkurrencelovens § 6 og artikel 101, stk. 1, TEUF indeholder et generelt forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og en ikke-udtømmende opregning af eksempler herpå. En konkurrencebegrænsende aftale skal ikke nødvendigvis henføres til et af de i bestemmelserne angivne konkrete eksempler på konkurrencebegrænsende aftaler eller til en klart afgrænset type af overtrædelse.

Dette gælder særligt i lyset af, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtager mange henvendelser og klager om overtrædelser af konkurrenceloven, som i sagens natur sjældent er så præcise, fyldestgørende og dokumenterede, at de på forhånd kan kvalificeres præcist juridisk på det tidspunkt, hvor styrelsen skal vurdere, om der er grundlag for en kontrolundersøgelse.

Det må også tillægges vægt, at kontrolundersøgelser ofte er den eneste mulighed for at fremskaffe beviser for konkurrencelovsovertrædelser, at kontrolundersøgelser gennemføres for at oplyse sagen, og at de derfor efter deres karakter normalt foregår på et ufuldstændigt grundlag tidligt i en sags forløb, og at de typisk foregår uanmeldt og uden forudgående dialog med virksomhederne om karakteren af virksomhedernes evt. konkurrencebegrænsende adfærd. Der kan derfor ikke stilles strenge krav til den præcise beskrivelse i beslutningen af formodningen om en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Til sammenligning kan henvises til princippet i Højesterets dom trykt i UfR 2008, side 1098 H (materialesamlingens bind 1, side 310-311), der viser, at en beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse ikke skal fortolkes indskrænkende, men skal fortolkes formålsorienteret og i lyset af de særlige forhold, som gør sig gældende for styrelsen på tidspunktet for udformningen af beslutningen, herunder den begrænsede adgang til at kunne verificere informationen, der danner baggrund for en kontrolundersøgelse.

I den konkrete sag har hovedfokus i henvendelserne til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen været oplysninger om, at forhandlere af en række baby- og børneprodukter er blevet pålagt af deres leverandører ikke at yde rabat på udvalgte baby- og børneprodukter. Hvis dette sker som led i en vertikal forhandleraftale, kaldes det bindende videresalgspriser, men når der – som for ØnskeBørn – er tale om en aftale mellem deltagerne i en frivillig kæde og/eller kædeselskabet, så er der tale om en horisontal pris aftale mellem konkurrenter. Det gælder også, selv om forholdet for de virksomheder og fysiske personer, der har henvendt sig til styrelsen, umiddelbart fremstår på samme måde som en aftale om bindende videresalgspriser pålagt forhandlerne af en ekstern leverandør. De virksomheder og fysiske personer, der har henvendt sig til styrelsen, var af gode grunde ikke nødvendigvis i besiddelse af fuldstændige oplysninger om de aftalte konkurrencebegrænsninger til at kunne kvalificere dem juridisk.

Det forhold, at klagerne i de af ØnskeBørn omtalte tilfælde specifikt har omtalt begrænsninger pålagt af eksterne leverandører, ændrer ikke herpå. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pointe er, at der er identificeret et muligt konkurrenceproblem vedrørende priser hos en række forhandlere i branchen for baby- og børneprodukter, og at det ikke i en beslutning om at gennemføre en kontrolundersøgelse på forhånd kan eller skal beskrives præcist, hvilken overtrædelse af konkurrencelovens § 6, som kan ligge bag konstateringen af den mulige konkurrencebegrænsning vedrørende priser. Derfor har styrelsen ved formuleringen af genstanden og formålet med kontrolundersøgelsen i beslutningen med rette anvendt en mere generel beskrivelse af den formodede overtrædelse. Dertil kommer, at der samtidig kan foreligge *både* vertikale og horisontale pris aftaler, og at det ofte ikke vil være muligt forud for en kontrolundersøgelse at fastlægge, hvorvidt dette er tilfældet.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at det er misvisende, når ØnskeBørn anfører, at bindende videresalgspriser og horisontale pris aftaler udgør væsentligt forskellige overtrædelsestyper, og at det kun er leverandøren, og ikke forhandleren, der er overtræderen i en situation, hvor de to parter har indgået en konkurrencebegrænsende aftale om bindende videresalgspriser. Selv om det i praksis i al almindelighed kun er leverandøren, der får pålagt en bøde for en sådan overtrædelse, er en konkurrencebegrænsende aftale i konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101's forstand netop kendetegnet ved en fælles eller sammenstemmende vilje mellem mindst to virksomheder. Endvidere udgør bindende videresalgspriser på samme måde som horisontale pris aftaler grove konkurrencebegrænsninger, der i strid med konkurrencelovens § 6 har til formål at begrænse konkurrencen.

Det materiale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen konkret har medtaget under kontrolundersøgelsen, svarer endvidere helt til det materiale, som styrelsen ville have medtaget, hvis formålet med og genstanden for undersøgelsen havde været begrænset til at undersøge, hvorvidt ØnskeBørn har været involveret i konkurrencebegrænsende adfærd i form af bindende videresalgspriser.

Sammenfattende omfatter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning utvivlsomt også oplysninger om ØnskeBørns deltagelse i horisontal priskoordinering. Allerede derfor skal styrelsen frifindes.

4.2.2.2 Kontrolundersøgelsens genstand og formål er tilstrækkeligt præcist angivet

ØnskeBørn gør i forlængelse af anbringendet, om at kontrolundersøgelsesbeslutningen angiveligt kun omfatter bindende videresalgspriser, gældende, at kontrolundersøgelsens genstand og formål heller ikke kunne have været angivet bredere til at omfatte horisontal priskoordinering, herunder idet styrelsens konkrete indicier kun angår bindende videresalgspriser.

ØnskeBørns anbringende indebærer reelt, at beslutningens indhold ikke skal fastlægges ud fra dens ordlyd, men ud fra ØnskeBørns opfattelse af, hvad den burde have være afgrænset til. ØnskeBørns bemærkninger forudsætter således, at beslutningen (og byrettens kendelse om at tillade kontrolundersøgelsen) er eller skulle have været begrænset til bindende videresalgspriser, hvad den ikke er, jf. ovenfor.

Derudover forudsætter ØnskeBørns bemærkninger, at Sø- og Handelsretten i denne henseende kan efterprøve byrettens tilladelse til at gennemføre kontrolundersøgelsen i overensstemmelse med beslutningen, der med rette er udformet, så den omfatter overtrædelser af konkurrencelovens § 6 mere generelt og ikke kun bindende videresalgspriser.

Sø- og Handelsretten kan ikke under nærværende sag tage stilling til, om betingelserne i konkurrencelovens § 18 for at gennemføre kontrolundersøgelsen er opfyldt, herunder om kontrolundersøgelsens genstand og formål er tilstrækkeligt beskrevet i beslutningen og rettens kendelse, da ØnskeBørn ikke har kæret Retten i Glostrups kendelse om at tillade kontrolundersøgelsen. Det må derfor lægges uprøvet til grund, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om at gennemføre kontrolundersøgelsen er lovlig og gyldig, jf. afsnit 2, ovenfor.

ØnskeBørns anbringende om udformningen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning er derfor i udgangspunktet ikke relevant

for sagen. For en ordens skyld bemærkes, at genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen af 25. november 2020 under alle omstændigheder er tilstrækkeligt præcist angivet i styrelsens beslutning af 12. november 2020 om at gennemføre den pågældende kontrolundersøgelse (bilag 1, ekstraktens side 241-242).

Hvad angår beskrivelsen af kontrolundersøgelsens genstand, er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forpligtet til at underrette virksomheden eller virksomhedssammenslutningen om sin beslutning om at gennemføre kontrolundersøgelsen [Fodnote 4]. I denne beslutning skal styrelsen i overensstemmelse med retssikkerhedslovens § 5, stk. 2, nr. 3 (materialesamlingens bind 1, side 101), oplyse om *hovedformålet* med indgrebet.

Der er efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke tvivl om, at formuleringen af beslutningen ligger indenfor disse rammer, jf. i øvrigt afsnit 4.2.2.1, ovenfor, om formuleringen af beslutningen. Det fremhæves herved særligt, at der af en række grunde ikke bør stilles strenge krav til den præcise beskrivelse af formodningen om overtrædelse og dermed kontrolundersøgelsens genstand, jf. afsnit 4.2.2.1, ovenfor.

Det bemærkes videre, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke skal overholde procedurereglerne i Rfo 1/2003, der kun angår *Kommissionens* kontrolundersøgelsesbeføjelser, herunder krav til kontrolundersøgelsens genstand og formål, jf. afsnit 3.2, ovenfor.

EU-Domstolens praksis om fortolkningen af artikel 20, stk. 4, i Rfo 1/2003 er derfor i udgangspunktet uden betydning for, hvorvidt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning er i overensstemmelse med konkurrencelovens § 18 (materialesamlingens bind 1, side 23) og retssikkerhedslovens bind 1, § 5, stk. 2, nr. 3 (materialesamlingens bind 1, side 101).

Dertil kommer, at det er vigtigt at understrege, at praksis fra EU-Domstolen endvidere tager udgangspunkt i Kommissionens beføjelser, der er baseret på et andet retsgrundlag, og som på flere punkter adskiller sig fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beføjelser, herunder ved at styrelsen i modsætning til Kommissionen skal indhente en retskendelse, før end styrelsen kan foretage en kontrolundersøgelse, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3 (materialesamlingens bind 1, side 23).

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse lever beslutningen af 12. november 2020 (bilag 1, ekstraktens side 241-242) om foretagelse af kontrolundersøgelsen dog under alle omstændigheder også op

til de krav, som efter EU-praksis stilles til Kommissionens beslutninger efter artikel 20, stk. 4, i Rfo 1/2003 og Charteret. Dette gælder også, selv om ØnskeBørns udlægning af EU-praksis om kontrolundersøgelsers genstand og formål – som styrelsen ikke er enig i – lægges til grund.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal overordnet henvise til svarskriftets side 14-17 om den rette forståelse af EU-praksis vedrørende krav til Kommissionens beslutninger efter artikel 20, stk. 4, i Rfo 1/2003 og Charteret, hvor dommene er gennemgået. Her skal det blot fremhæves, at det følger af fast EUretspraksis, at Kommissionen ikke er forpligtet til at give adressaten for en beslutning meddelelse om samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over.[Fodnote 5]

Der gælder heller ikke efter EU-retspraksis noget krav om, at en beslutning om en kontrolundersøgelse skal indeholde en nøjagtig retlig kvalificering af de formodede overtrædelser. Det forudsættes alene, at beslutningen indeholder de væsentlige oplysninger, der er påkrævet efter artikel 20, stk. 4, i Rfo 1/2003, herunder undersøgelsens genstand og formål, jf. EU-Domstolens dom i sag C-37/13 P, Nexans France og Nexans SAS mod Kommissionen, præmis 36-39 (materialesamlingens bind 2, side 427)[Fodnote 6], og Rettens dom i Nexans-sagen, præmis 44-45 (materialesamlingens bind 2, side 413)[Fodnote 7]. Denne retsstilling er bekræftet i Rettens dom i sag T-325/16, České dráhy mod Kommissionen[Fodnote 8], som opretholdt i EU-Domstolens dom af 30. januar 2020 i de forenede sager C-538/18 P og C-539/18 P[Fodnote 9], jf. præmis 41-44 i EU-Domstolens dom (materialesamlingens bind 2, side 352 og side 367-368 (oversættelse)).

Retten har desuden i České dráhy-sagen fastslået, at kravene til beskrivelse af kontrolundersøgelsens genstand skal tage hensyn til, at der er tale om en indledende fase i Kommissionens undersøgelse, og at Kommissionen skal have mulighed for en effektiv varetagelse af sine beføjelser, hvorfor Retten ikke stiller store krav til Kommissionens begrundelse, jf. Rettens dom i sag T-325/16, České dráhy mod Kommissionen, præmis 45-47 (materialesamlingens bind 2, side 386) og svarskriftets side 16-17.

På den baggrund gøres det gældende, at selv hvis det lægges til grund, at konkurrencelovens § 18 og retssikkerhedslovens § 5, stk. 2, nr. 3, skal fortolkes fuldt ud i overensstemmelse med de EU-retlige regler om Kommissionens kontrolundersøgelsesbeføjelser, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen således ikke været forpligtet til at angive en nærmere afgrænset type af konkurrencebegrænsende aftaler, ligesom styrelsen

med rette har kunnet afgrænse den af kontrolundersøgelsen omfattede branche til baby- og børneprodukter.

Det kan tilføjes, at kontrolundersøgelsesbeslutningen også er i overensstemmelse med Charterets artikel 7 og EMRK artikel 8. Det fremhæves herved, at EMD i dom af 23. juni 2022 i sag Naumenko og SIA RIX Shipping mod Letland (50805/14), præmis 55 (materialesamlingens bind 3, side 967), har udtalt, at det forhold, at kontrolundersøgelsesbeslutningen ikke var afgrænset til en bestemt overtrædelsestype, men efter formuleringen omfattede hele forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, ikke henset til de øvrige retssikkerhedsgarantier var i strid med artikel 8.

Rettighederne efter Charterets artikel 7 svarer til retsstillingen efter EMRK artikel 8, og de begrænsninger, der lovligt kan foretages i Charterets artikel 7, er de samme som dem, der accepteres indenfor rammerne af EMRK artikel 8, stk. 2, jf. Charterets artikel 52, stk. 3 (materialesamlingens bind 1, side 221) og fast praksis fra EU-Domstolen[Fodnote 10].

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal endelig fremhæve, at de danske domstole, i modsætning til hvad ØnskeBørn anfører, kan tage stilling til, om beslutninger om at gennemføre en kontrolundersøgelse lever op til betingelserne i konkurrencelovens § 18 og herunder undersøge, hvilke oplysninger styrelsen har lagt vægt på. Domstolene har i den forbindelse et vidt skøn. Prøvelsen lever også på dette punkt fuldt ud op til både EU-retten og EMRK.

4.2.2.3 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde en tilstrækkelig formodning

ØnskeBørn gør videre gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke havde grundlag for at lade kontrolundersøgelsen omfatte oplysninger relateret til ØnskeBørns deltagelse i horisontal priskoordinering, idet der ikke forelå indicier herfor.

Hertil skal for det første bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kontrolundersøgelsesbeslutning, som det fremgår af afsnit 4.2.2.1, utvivlsomt også omfatter oplysninger om ØnskeBørns deltagelse i horisontal priskoordinering.

For det andet skal det bemærkes, at Sø- og Handelsretten ikke under nærværende sag kan tage stilling til, om betingelserne i konkurrencelovens § 18 for at gennemføre kontrolundersøgelsen er opfyldt, herunder om der forelå en tilstrækkelig formodning for, at ØnskeBørn har

overtrådt konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF, jf. afsnit 2, ovenfor.

ØnskeBørns bemærkninger om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke havde grundlag for at lade kontrolundersøgelsen omfatte oplysninger relateret til ØnskeBørns deltagelse i horisontal priskoordinering, er derfor i udgangspunktet ikke relevante for sagen.

For en ordens skyld skal det herom dog anføres, at det efter konkurrencelovens § 18 og forarbejderne hertil ikke er nødvendigt, at der foreligger en konkret mistanke, for at der kan foretages en kontrolundersøgelse. Efter forarbejderne til § 18 kræves alene, at styrelsen skønner, at sagens karakter gør det påkrævet at indhente de fornødne oplysninger på denne måde, og det er således tilstrækkeligt, at styrelsen har en formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven, hvilket er et langt lavere krav end en konkret mistanke, jf. afsnit 3.1, ovenfor. Dette understreges yderligere af, at styrelsen efter den dagældende konkurrencelovs § 18 ikke havde hjemmel til at foretage en kontrolundersøgelse i de tilfælde, hvor styrelsen havde en rimelig grund til mistanke om en juridisk persons overtrædelse af konkurrenceloven med henblik på at tilvejebringe oplysninger om det, som mistanken omfattede. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle i så fald overdrage sagen til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK) (nu Statsadvokaten for Særlig Kriminalitet), som i henhold til retssikkerhedslovens § 9 havde kompetence til at foretage kontrolundersøgelsen i form af ransagning efter retsplejelovens regler i sådanne tilfælde.[Fodnote 11]

Derudover følger det af retssikkerhedslovens § 2 (materialesamlingens bind 1, side 100), at beslutningen skal overholde proportionalitetsprincippet.

Det fremgår af de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 18, stk. 1, at det er en forudsætning for at foretage en kontrolundersøgelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skønner, at sagens karakter gør det påkrævet at indhente de fornødne oplysninger på denne måde, og at styrelsen som minimum har en formodning om en overtrædelse af konkurrenceloven, jf. bl.a. FT-tidende 2020-21, lovforslag L 116 som fremsat, tillæg A, side 90 (materialesamlingens bind 1, side 174)

Som det fremgår af afsnit 4.2.2.1, ovenfor, havde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en begrundet formodning om, at der i branchen for baby- og børneprodukter foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler mv., der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Det forhold, at det var henvendelser om bindende videresalgspriser, der dannede baggrund for styrelsens formodning om en overtrædelse af konkurrencereglerne, medfører ikke, at der ikke forelå den fornødne formodning om overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og evt. artikel 101 TEUF. Der henvises til det anførte om baggrunden for, at styrelsens beslutning også omfatter horisontal priskoordinering.

EU-Domstolens praksis om fortolkningen af artikel 20, stk. 4, i Rfo 1/2003 i relation til *"formodningskravet"* er i udgangspunktet uden betydning for, hvorvidt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning er i overensstemmelse med konkurrencelovens § 18 og retssikkerhedslovens § 2. Efter styrelsens opfattelse lever beslutningen imidlertid også op til de krav, som efter retspraksis stilles til Kommissionen efter artikel 20, stk. 4, i Rfo 1/2003, om at der skal foreligge *"tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om, at konkurrencereglerne er overtrådt"*.

Endelig bestrides det, at der foreligger en tilsidesættelse af ØnskeBørns rettigheder efter Charterets artikel 7 og EMRK artikel 8, jf. nærmere afsnit 4.2.2.2, ovenfor.

4.2.3 Materialet om horisontal priskoordinering kan indgå i konkurrencesagen

Som det fremgår af afsnit 4.2.2.1 og 4.2.2.2, ovenfor, er kontrolundersøgelsens genstand og formål lovligt afgrænset i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning, ligesom styrelsen havde en tilstrækkelig formodning om en overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og evt. artikel 101 TEUF, jf. nærmere afsnit 4.2.2.3, ovenfor.

Det bevismateriale, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indsamlet, og som angår horisontal priskoordinering, er således omfattet af kontrolundersøgelsens genstand og formål. Der er ikke tale om tilfældighedsfund, som anført af ØnskeBørn.

Hvis retten imidlertid lægger til grund, at materialet ligger udenfor kontrolundersøgelsens genstand og formål, hvilket som nævnt bestrides, gøres det gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen under alle omstændigheder ikke er afskåret fra at bruge materialet i konkurrencesagen.

Som anført i afsnit 3.1, ovenfor, indeholder hverken ordlyden af konkurrencelovens § 18 eller forarbejderne til bestemmelsen en nærmere omtale af, hvorvidt og i givet fald under hvilke omstændigheder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan være forhindret i at anvende ma-

teriale, der ligger udenfor genstanden for og formålet med den pågældende kontrolundersøgelse, i en efterfølgende konkurrencesag.

Det følger imidlertid af det grundlæggende official- eller undersøgelsesprincip i forvaltningsretten, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som forvaltningsmyndighed har ansvaret for at oplyse en sag på forsvarelig vis, inden styrelsen eller Konkurrencerådet træffer afgørelse i sagen, jf. Folketingstidende 2020-21, tillæg A, L 116 af 9. februar 2021 som fremsat, side 31, højre spalte (materialesamlingens bind 1, side 172)

Forvaltningsmyndigheder har særligt i afgørelsessager en betydelig margin for indsamling, behandling og videregivelse af oplysninger, idet indhentelse af flere oplysninger dog ikke må være begrundet i usaglige hensyn, jf. Niels Fenger, Forvaltningsret, side 492 (materialesamlingens bind 3, side 1315).

I udgangspunktet er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (som en forvaltningsmyndighed) endelig forpligtet til at inddrage alle relevante oplysninger i en sag, som den er i besiddelse af. Dette gælder også genanvendelse af oplysninger, som myndigheden er blevet bekendt med i forbindelse med behandlingen af andre sager, jf. Niels Fenger, Forvaltningsret, side 500 (materialesamlingens bind 3, side 1323).

Fra praksis kan nævnes UfR 1992, side 399 H (materialesamlingens bind 1, side 320), hvor Højesteret stadfæstede, at Miljøministeriet var berettiget til at benytte en virksomheds dokumentationsmateriale som grundlag for behandling af senere ansøgninger fra virksomhedens konkurrenter.

De almindelige forvaltningsretlige principper understøtter dermed, at konkurrencelovens § 18 skal fortolkes således, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke i en situation som den foreliggende er afskåret fra at anvende materialet om ØnskeBørns deltagelse i en horisontal priskoordinering.

I samme retning peger de straffeprocessuelle regler om tilfældighedsfund. I strafferetsplejen gælder de højeste retssikkerhedsgarantier, der skal sikre beskyttelse af grundrettigheder, hvorfor der må være mulighed for at anvende tilfældighedsfund i konkurrencesager i mindst samme omfang som efter de straffeprocessuelle regler.

Konkret beskytter de straffeprocessuelle regler ikke mod anvendelse af "uægte tilfældighedsfund" i en situation som den foreliggende, og derfor må dette desto mere gælde efter konkurrencelovens § 18. De straffeprocessuelle regler om tilfældighedsfund – og dermed en ransagnings-

kendelses grænser – er reguleret i retsplejelovens § 800 (materialesamlingens bind 1, side 110):

”Får politiet ved en ransagning oplysning om en lovovertrædelse, der ikke har dannet og efter reglerne i henholdsvis § 794, stk. 1, nr. 1, og stk. 2, § 795, stk. 1, nr. 1, eller § 799, stk. 1, heller ikke kunne danne grundlag for indgrebet, kan politiet anvende denne oplysning som led i efterforskningen af den pågældende lovovertrædelse, men ikke som bevis i retten vedrørende lovovertrædelsen.

Stk. 2. Retten kan bestemme, at stk. 1 ikke finder anvendelse for oplysninger, som politiet har fået ved en ransagning foretaget i medfør af § 799, stk. 1, såfremt 1) andre efterforskningsskridt ikke vil være egnede til at sikre bevis i sagen, 2) sagen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 6 år eller derover, og 3) retten i øvrigt finder det ubetænkeligt.

Stk. 3. Stk. 1 er ikke til hinder for, at oplysninger, som politiet har fået ved en ransagning, anvendes som bevis i retten i en sag om opløsning af en forening.”

Det følger af bestemmelsens stk. 1, at politiets tilfældige fund af spor under en ransagning, der i sig selv kunne have dannet grundlag for en ransagning, ikke defineres som et egentligt tilfældighedsfund reguleret af bestemmelsen (efterfølgende benævnt ”uægte” tilfældighedsfund). Et sådant fund kan derfor frit anvendes som bevis i retten (samt naturligvis som grundlag for videre efterforskning).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan i øvrigt om forståelsen af og baggrunden for bestemmelsen om tilfældighedsfund henvise til forarbejderne til retsplejeloven (FT-tidende 1996-97, tillæg A, side 2486) (materialesamlingens bind 1, side 119), forarbejderne til retsplejelovens § 800 (FT-tidende 1996-97, tillæg A, side 2493) (materialesamlingens bind 1, side 120) samt til Michael Kistrup m.fl., Straffeprocessen, 3. udgave, side 481 (materialesamlingens bind 3, side 1339).

Baggrunden for den frie adgang til at benytte ”uægte” tilfældighedsfund er efter forarbejderne til retsplejelovens § 800, at der i denne situation ikke er nogen reel omgælsesrisiko; politiet kunne, på grund af det lave kriminalitetskrav ved ransagninger, have indhentet en kendelse og foretaget en ransagning, hvis de havde kendt til lovovertrædelsen, og ville dermed også kunne gøre det efterfølgende.

I den foreliggende sag er der tale om, at materialet angår en overtrædelse af konkurrencereglerne, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

utvivlsomt ville have kunnet indhente oplysninger om ved en kontrolundersøgelse. Der er således tale om et "uægte" tilfældighedsfund, som i princippet frit kan benyttes i en sag. På den baggrund må materialet kunne indgå i konkurrencesagen, selv hvis det lægges til grund, at det ikke er omfattet af kontrolundersøgelsens genstand og formål.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bemærker i den forbindelse, at hvis styrelsen var afskåret fra at anvende det omtvistede materiale i konkurrencesagen mod ØnskeBørn, ville det i praksis endvidere betyde, at styrelsen kunne træffe en ny beslutning om kontrolundersøgelse og indhente endnu en retskendelse med det formål at gennemgå præcis det samme materiale, styrelsen allerede er i besiddelse af. Dette vil enten kunne foregå ved, at styrelsen foretager et nyt kontrolbesøg hos virksomheden eller ved evt. at genåbne det allerede indhentede materiale fra den tidligere kontrolundersøgelse. Den første af de to fremgangsmåder vil imidlertid indebære en betydelig risiko for bortskaffelse af beviser i perioden, indtil en eventuel ny kontrolundersøgelse kan gennemføres.

EU-retten regulerer ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens mulighed for at anvende materiale i en sådan situation. Det følger imidlertid også af EU-retspraksis, at det vil være muligt at bruge materialet i en konkurrencesag under de foreliggende omstændigheder.

Her kan f.eks. henvises til Rettens dom i sag T-57/01, Solvay SA mod Kommissionen[Fodnote 12], hvor Retten fastslog, at materialet indsamlet i henhold til en kontrolundersøgelsesbeslutning, der angår en formodet overtrædelse af artikel 101 TEUF, ikke udelukker, at Kommissionen kan bruge bevismateriale fra denne undersøgelse i en sag mod samme virksomhed vedrørende en overtrædelse af artikel 102 TEUF (og vice versa), jf. dommens præmis 225-227 (materialesamlingens bind 2, side 596)..."

Rettens begrundelse og resultat

Retten finder, at Ønskebørn A/S' påstand er tilstrækkelig klar og bestemt til, at den kan tages under påkendelse. Derfor tages afvisningspåstanden fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke til følge.

Kontrolundersøgelsen hos Ønskebørn den 25. november 2020 blev foretaget i henhold til den dagældende konkurrencelovs § 18, hvor det af stk. 1, fremgår, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til brug for sin virksomhed kan foretage kontrolundersøgelser, der indebærer, at styrelsen får adgang til en virksomhed eller sammenslutnings lokaler og transportmidler med henblik på dér at gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning, herunder regnskaber, regn-

skabsmaterialer, bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium. Kontrolundersøgelsen fandt sted efter indhentet retskendelse, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 3, og kendelse af 20. november 2020 fra Retten i Glostrup.

Af forarbejderne til konkurrencelovens § 18 fremgår blandt andet, at Konkurrencestyrelsen efter at have indhentet retskendelse kan foretage kontrolundersøgelser i de tilfælde, hvor styrelsen skønner, at sagens karakter gør det påkrævet at indhente de fornødne oplysninger på denne måde, jf. Folketingstidende 1996/97, tillæg A, side 3674, med bemærkninger til forslaget til konkurrencelovens § 18 som vedtaget ved lov nr. 384 af 10. juni 1997.

Det følger af retssikkerhedslovens § 5, stk. 2, nr. 3, at en underretning om tvangsindgreb som kontrolundersøgelsen i denne sag blandt andet skal indeholde oplysning om hovedformålet med indgrebet.

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning af 12. november 2020 om kontrolundersøgelse henvises ud over konkurrencelovens § 6 til TEUF artikel 101 og 102. Dette medfører, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i relation til kontrolundersøgelsen tillige skal følge EU-rettens almindelige principper og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, jf. artikel 3, nr. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1. Endvidere har medlemsstaterne pligt til at sikre, at udøvelse af beføjelser som kontrolundersøgelsen i denne sag er underlagt passende sikkerhedsgarantier vedrørende virksomhedernes ret til forsvar, herunder retten til at blive hørt og adgangen til effektive retsmidler, jf. herved direktivets artikel 3, nr. 2.

Det fremgår af EU-chartret om grundlæggende rettigheder, artikel 7, at enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation. Af artikel 8, stk. 1, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fremgår ligeledes, at enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. Af artikel 8, stk. 2, fremgår, at ingen offentlig myndighed må gøre indgreb i denne ret, medmindre 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 rettigheder og friheder.

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beslutning om kontrolundersøgelse af 12. november 2020 anføres det blandt andet, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en formodning om, at der i branchen for baby- og børneprodukter foregår konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Det anføres endvidere, at styrelsen har en formodning om, at Ønskebørn kan være involveret i disse aktiviteter. Herefter følger en om-

tale af henvendelser, som angives samlet set at indikere, at bindende videresalgspriser er udbredt i branchen for baby- og børneprodukter. I en videre beskrivelse af henvendelserne anføres det, at disse primært er kommet fra kunder, der af forhandlere er blevet oplyst, at leverandører af baby- og børneprodukter fastsætter bindende videresalgspriser over for forhandlere. Afslutningsvis anføres, at kontrolundersøgelsen har til formål at be- eller afkræfte den opståede formodning.

På den anførte baggrund bemærker retten indledningsvis, at den upåkærede kendelse af 20. november 2020 fra Retten i Glostrup ikke er til hinder for, at retten i nærværende sag tager stilling til Ønskebørns anbringender om kontrolundersøgelsens formål og genstand i relation til det spørgsmål om anvendelse af det indhentede materiale, som denne sag handler om.

Retten finder, at formålet med beslutningen om kontrolundersøgelse var at få be- eller afkræftet styrelsens formodning om, at der i branchen for baby- og børneprodukter foregik konkurrencebegrænsende aktiviteter i form af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte havde til formål eller følge at begrænse konkurrencen, jf. beslutningen af 12. november 2020 om kontrolundersøgelse. Det må ved fastlæggelse af formålet endvidere tillægges betydning, at formodningen ifølge beslutningen var begrundet i en indikation af bindende videresalgspriser.

Retten finder, at det forhold, at formodningen var begrundet i en indikation af bindende videresalgspriser, ikke gør, at det indhentede materiale inden for konkurrencelovens § 6 er afskåret fra at blive anvendt til alle andre forhold end bindende videresalgspriser, herunder f.eks. koordination af priser som i Konkurrencerådets afgørelse af 29. marts 2023. Retten bemærker herved, at kontrolundersøgelsen foretages på et indledende stadie for at indhente oplysninger, og at den nærmere angivne begrundelse for formodningen, herunder kvalifikationen af indrapporteringer fra forbrugere, ikke kan fastlægges med nøjagtighed og allerede derfor ikke kan være bindende i enhver henseende på den måde, som det fremgår af Ønskebørns påstand i sagen.

Retten bemærker endvidere, at artikel 20 i forordning 1/2003 regulerer Kommissionens undersøgelsesbeføjelser, ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens.

På den anførte baggrund frifinder retten Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for Ønskebørns påstand.

Ønskebørn A/S skal som følge af sagens resultat betale 100.000 kr. ekskl. moms i sagsomkostninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Beløbet angår udgifter til advokatbistand og er fastsat under hensyn til sagens karakter, omfang

og forløb, idet der herved tillige er taget hensyn til delafgørelsen af 6. februar 2023.

THI KENDES FOR RET:

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen frifindes.

ØnskeBørn A/S skal inden 14 dage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale sagsomkostninger med 100.000 kr.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.



Vejledning om anke af Sø- og Handelsrettens dom

Du kan som udgangspunkt anke (klage over) afgørelsen til landsretten.

Du kan i særlige tilfælde anke direkte til Højesteret.

Fristen for anke er **4 uger**, fra Sø- og Handelsretten afsagde dom.

Du kan kun anke bestemmelser om sagsomkostninger særskilt med tilladelse fra Procesbevillingsnævnet. Du skal i givet fald indlevere din ansøgning til Procesbevillingsnævnet. Dette kan ikke ske via minretssag.dk. Fristen for ansøgning om anketilladelse er **4 uger**.

Du kan læse mere om anke og anketilladelse i retsplejelovens §§ 368 – 373.

Reglerne er også kort beskrevet på Sø- og Handelsrettens hjemmeside under "Sagsbehandling og vejledninger", underrubrik "Anke og kære".

Praktiske oplysninger

Du kan oprette en anke direkte på sagen på minretssag.dk ved at trykke på "Opret appel" og derefter vælge "Anke" og følge vejledningen.

Publiceret til portalen d. 04-09-2023 kl. 10:01

Modtagere: Advokat (H) Jacob Pinborg, Sagsøger ØNSKEBØRN A/S,
Advokat (H) Erik Bertelsen, Sagsøgte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen