



Promemorian Konkurrensverkets befogenheter (Ds 2020:3)
(N2020/00305/RS)

Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet har genom remiss anmodats att yttra sig i rubricerat ärende. Fakultetsnämnden får härmed lämna följande synpunkter.

Inledning

Departementspromemorian, Ds 2020:3, Konkurrensverkets befogenheter (Promemorian), gäller den svenska implementeringen av Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad (EUT 2019, L 11/3) (Direktivet). Förslagen som behandlas nedan gäller ändringar i Konkurrenslagen (2008:579) (KL).

Direktivet harmoniserar vissa aspekter av konkurrenstillsynen i Medlemsstaterna för att säkerställa en miniminivå av befogenheter för de nationella konkurrensmyndigheterna. Direktivet fastställer även regler som skall öka samordningen och samarbetet mellan de nationella konkurrensmyndigheterna. Efter den stora decentraliseringsreformen år 2004 hanteras lejonparten av konkurrensrättsärendena av de nationella konkurrensmyndigheterna. Organisationen av konkurrenstillsynen har dock varierat mellan olika medlemsstater. Inom vissa medlemsstater har konkurrenstillsynen lidit av bristande resurser och av institutionell självständighet, och/eller bristande befogenheter. Direktivet säkerställer således vissa grundläggande aspekter av konkurrenstillsynen på nationell nivå.

Många av de krav som uppställs i Direktivet finns redan i det svenska systemet sedan länge. Ytterligare krav på Medlemsstaterna i Direktivet och deras implementering är helt eller relativt okontroversiella. Detta yttrande kommer därför fokusera på Promemorians mest problematiska och kontroversiella förslag, de utökade befogenheterna för Konkurrensverket att ta beslut om sanktionsavgifter.



Bakgrund

Diskussionen om Konkursverket bör ges rätt att på egen hand ta beslut som sanktionsavgifter för överträdelser av de materiella reglerna inom konkurrensrätten (konkurrensskadeavgift) har pågått sedan länge. Senast föreslogs en sådan befogenhet för Konkursverket i SOU 2016:49 (Betänkandet) som tillsammans med Promemorian utgör underlaget för förslagen som behandlas i detta yttrande.

I grund och botten innebär förslaget i Promemorian en övergång från den s.k. domstolsmodellen till den s.k. myndighetsmodellen avseende påförandet av konkurrensskadeavgift. Domstolsmodellen innebär att konkurrensmyndigheten måste ansöka vid domstol om att det överträdande företaget skall betala sanktionsavgifter. Myndighetsmodellen innebär istället att konkurrensmyndigheten på egen hand kan ta ett beslut om sanktioner, i synnerhet sanktionsavgifter.

Domstolsmodellen tillämpas huvudsakligen i Sverige. Konkursverket måste således vända sig till Patent- och marknadsdomstolen (PMD) för att stämma om konkurrensskadeavgift. Endast i fall där företags åläggas att upphöra med en överträdelse (utan konkurrensskadeavgift) har Konkursverket kunnat ta beslut på egen hand utan att först stämma det överträdande företaget vid domstol.

Det är viktigt att understryka att Artikel 13 Direktivet inte fastställer en förpliktelse för medlemsstaterna att använda sig av den ena eller den andra av de två ovan beskrivna modellerna för konkurrenstillsyn. Så länge sanktionsavgifter kan påföras, antingen genom ett direkt myndighetsbeslut eller efter ansökan vid domstol, uppfyller Sverige de kraven som uppställs i Direktivet. Det är därmed en "intern" fråga om den svenska konkurrenstillsynen skall övergå till myndighetsmodellen eller inte.

Direktivet uppställer dock även andra krav avseende sanktionsavgifter för konkurrensrättsliga överträdelser. Dels föreskriver Direktivet att sanktionsavgifter även skall påföras för materiella överträdelser (konkurrensskadeavgifter) som företagen gör sig skyldiga till genom att bryta mot ett åtagande enligt 3 kap. 4 § KL eller ett åläggande enligt 3 kap. 1 § KL, samt överträdelse av ett beslut om en interimistisk åtgärd enligt 3 kap. 3 § KL. Dels föreskriver Direktivet att sanktionsavgifter även skall utgå för överträdelser av förpliktelser under utredningens gång (utredningsskadeavgift), som t.ex. att ge Konkursverket tillträde till företagslokaler.

Juridiska fakultetsnämndens synpunkter

Nedan behandlas två olika punkter. För det första avstyrks förslaget att Konkursverket skall kunna ta beslut om konkurrensskadeavgift. För det



andra tillstyrks förslaget om att Konkurrensverket skall kunna ta beslut om utredningsskadeavgifter. I övrigt tillstyrks förslagen i Promemorian utan ytterligare synpunkter.

Konkurrensverkets beslutsbefogenheter att påföra sanktionsavgifter för materiella överträdelser av konkurrensreglerna
Förslaget att Konkurrensverket skall kunna ta egna beslut gällande sanktionsavgifter gentemot företag vid materiella överträdelser av konkurrensreglerna har behandlats i tidigare yttranden av Fakultetsnämnden (se yttrande JURFAK 2016/55). Juridiska fakultetsnämnden vidhåller sin tidigare ståndpunkt att Konkurrensverket inte bör ges befogenhet att ta sådana beslut.

I Promemorian anges att det är viktigt med en effektiv tillsyn av konkurrensrätten, i synnerhet med tanke på dagens dynamiska digitala marknader där ingripande av konkurrensmyndigheter riskerar att komma för sent när konkurrensen på marknaden redan har snedvridits. Det anges även att konkurrensmyndigheter i olika medlemsstater har ett större behov att samarbeta i enskilda fall och koordinera sina ingripande mot konkurrensöverträdelser på marknaden. Fakultetsnämnden instämmer i beskrivningen ovan av behoven gällande konkurrenstillsynen, men anser inte att det kräver att Konkurrensverket skall kunna ta egna beslut om konkurrensskadeavgifter.

I promemorian anges tre skäl till varför Konkurrensverket skall ges en utökad beslutanderätt gällande sanktioner. För det första anges att behovet av koordinering av konkurrenstillsynen med konkurrensmyndigheter i andra medlemsstater även ger stöd för att verket bör ges en utökad beslutanderätt (Promemorian, s. 61) (harmoniseringsargumentet). För det andra skulle Konkurrensverket få större tyngd gentemot företagen och andra konkurrensmyndigheter genom en egen beslutanderätt om sanktioner (Promemorian, s. 61) (auktoritetsargumentet). För det tredje skulle en egen beslutanderätt effektivisera "processen", både gällande kvaliteten i besluten och tidsåtgången i konkurrensärenden (Promemorian, s. 62) (effektivitetsargumentet).

Vad gäller harmoniseringsargumentet måste det först understrykas att direktivet inte kräver att alla medlemsstater tillämpar den s.k. myndighetsmodellen, dvs. att konkurrensmyndigheten tar beslut om konstaterande av överträdelser och sanktioner, inklusive beslut om sanktionsavgifter, som sedan kan överklagas till domstol. Direktivet ger medlemsstaterna möjligheten att fortfarande tillämpa den s.k. domstolsmodellen, dvs. att konkurrensmyndigheter får väcka talan om sanktionsavgifter vid domstol. Om nu valet av den modell som tillämpas inom de olika medlemsstaterna skulle ha en sådan avgörande betydelse för samordningen mellan olika nationella konkurrensmyndigheter av tillsynen i enskilda fall, torde direktivet ha infört en förpliktelse att medlemsstaterna



skall införa myndighetsmodellen. I Promemorian redovisas inga argument i detalj över vilka problem som orsakas av att nationella myndigheter har olika beslutandebefogenheter gällande sanktioner. Det som anges som skäl är att det är bra om konkurrensmyndigheter har samma befogenheter, en omotiverad slutsats utan någon vidare förklaring. Argumentationen är därför inte övertygande. Medan Promemorian inte anger att det har förekommit ärenden där Konkurrensverket inte kunnat delta i samordningen med andra konkurrensmyndigheter pga. av bristande beslutsbefogenheter, finns ärenden där Konkurrensverket har samordnat ingripanden mot konkurrensrättsliga överträdelse med andra konkurrensmyndigheter (se Konkurrensverkets pressmeddelande om Booking-ärendet av den 21 april 2015 och SOU 2016:49, s. 157 ff., samt Expedia-ärendet, se SOU 2016:49, s. 158 ff.).

Vad gäller auktoritetsargumentet noterar Fakultetsnämnden följande. Det kan inte nog understrykas vikten av att marknaden och marknadsaktörer tar ingripande av konkurrensmyndigheter på största allvar. Konkurrensmyndigheter bör ta beslut som innehållsmässigt håller hög kvalitet vad gäller korrektheten av sammanställningen av relevanta omständigheter och analysen av dessa under konkurrensreglerna. Ärenden och mål bör även hanteras inom en rimlig tid. Konkurrensmyndigheter bör dessutom vara skickliga på att upptäcka potentiella överträdelse. Det bör därutöver tilläggas att en konkurrensmyndighets "tyngd" även påverkas av förmågan av att ta nydanande beslut som bidrar till vidareutvecklingen av konkurrensrätten. På längre sikt kan en väl fungerande konkurrensmyndighet med "tyngd" ge incitament till företagen att till en högre grad respektera konkurrensreglerna, att använda sig av eftergiftsprogrammen och att undvika onödiga processer. Detta kommer i sin tur leda till att konkurrensmyndighetens ingripande enklare och snabbare kommer att fånga upp problem, i synnerhet på digitala marknader som karaktäriseras av en snabb dynamisk utveckling. En konkurrensmyndighet med "tyngd" torde även få en viktigare roll i nätverket av konkurrensmyndigheter inom EU. Det finns dock inget i Promemorian som förklarar hur en övergång från domstolsmodellen till myndighetsmodellen kommer att resultera i bättre beslut från ett kvalitétsperspektiv. I Promemorian anges att företagen eventuellt skulle få större incitament till en högre grad av medverkan i Konkurrensverkets utredning om den sistnämnda får större "tyngd" genom utökade beslutsbefogenheter. Argumentet är inte övertygande. Så länge som kvaliteten på Konkurrensverkets utredningar och stämningssökanden inte är tillräckligt hög med fler vunna domstolsmål finns inga incitament för företagen att samarbeta mer välvilligt med Konkurrensverket. Om företagen bedömer att de kan vinna framgång med ett överklagande av ett beslut, i synnerhet om de samarbetar så lite som möjligt med Konkurrensverket under utredningens gång, lär incitamenten till att processa fortfarande finnas kvar även efter en övergång till myndighetsmodellen. Det bör även noteras att Konkurrensverket har väldigt långtgående utredningsbefogenheter som dessutom kommer att förstärkas om andra förslag som presenteras i Promemorian godtas (se nedan om utredningsskadeavgifter). Medan



Fakultetsnämnden instämmer i att det finns ett eventuellt behov av att Konkurrensverket får större "tyngd", tycks inte en övergång till myndighetsmodellen i sig få en sådan effekt.

Vad gäller effektivitetsargumentet anger Promemorian att tiden för processen i konkurrensrättsärenden potentiellt kan förkortas genom en övergång till myndighetsmodellen. Fokus verkar dock ligga på tiden fram till det första beslutet, som enligt nuvarande ordning skulle motsvara tiden fram till Konkurrensverkets stämningsansökan. Enligt Promemorian skulle den tiden förkortas eftersom det är Konkurrensverket som bestämmer tidsramen för beslutet. En sådan slutsats verkar rimlig vid en första anblick. Det är dock inte självfallet att en reform resulterar i en avsevärd tidsbesparing eftersom det som är betungade i konkurrensärenden är omfattningen av det material som måste sammanställas och analyseras. Detta påverkas inte av att Konkurrensverket utfärdar ett beslut istället för att sammanställa en stämningsansökan. I Betänkandet fann inte utredaren att tiden fram till Konkurrensverkets beslut i jämförelse med tiden fram till en stämningsansökan nödvändigtvis skulle förkortas (SOU 2016:49, s. 236). Den faktiska effektivitetsvinsten som diskuterades i Betänkandet byggde framför allt på antagandet att företagen i vissa fall skulle välja att inte överklaga ett beslut, en spekulativ slutsats med tanke på de avsevärda summor som står på spel i mål om konkurrensskadeavgift. Precis som också konstaterades i Betänkandet innebär inte en reform heller att tiden fram till ett domstolsbeslut nödvändigtvis skulle förkortas. Det finns dessutom en risk med en kortare utredning att beslutsunderlaget blir bristfällig med konsekvensen att företagen enklare kan överklaga beslutet vid första domstolsinstans, i synnerhet om företagen inte samarbetar med Konkurrensverket under utredningens gång. Som diskuterats ovan (avseende auktoritetsargumentet) tycks inte en utökad beslutsbefogenhet för Konkurrensverket ge företagen ökade incitament till att medverka i utredningen. Om den slutsatsen är korrekt, är det inte troligt att företagen kommer att avstå från att överklaga och att de faktiska och potentiella effektivitetsvinsterna som det spekuleras om i Promemorian och Betänkandet kommer att infrias. Ytterligare en aspekt som bör nämnas i detta avseende gäller lagen (1996:242) om domstolsärenden (Ärendelagen) som skulle tillämpas i mål vid Patent- och marknadsdomstolen vid överklagande av beslut om konkurrensskadeavgift om Konkurrensverkets ges en utökad beslutsbefogenhet. Ärendelagen tycks inte heller ge upphov effektivitetsvinster genom tidsbesparingar vid en domstolsprocess. Tillämpningen av Ärendelagen kan ge, i teorin, en tidsbesparing genom att en huvudförhandling inte är ett krav enligt lagen. Utgångspunkten är att domstolen har en viss frihet att bestämma om ett sammanträde skall hållas. En part kan emellertid begära att ett sammanträde hålls. Dessutom torde EKMR förmodligen medföra en skyldighet att hålla ett muntligt sammanträde eftersom konkurrensrättsliga sanktionsavgifter är av kvasi-straffrättslig natur. Det är därför inte troligt att tid kommer att besparas genom att förkorta tiden för den muntliga delen i en process enligt



Ärendelagen jämfört med en huvudförhandling enligt nuvarande ordning. Ett sammanträde kommer förmodligen att behöva beröra alla de delarna i tvisten som är relevanta för fastställandet av överträdelsen. Det är därför ytterst tveksamt om en process enligt Ärendelagen potentiellt skulle kunna förkorta tiden för domstolshandläggningen av ärendet.

Slutligen vill Fakultetsnämnden även beröra förslaget att Konkurrensverket skall kunna ta beslut om konkurrensskadeavgift avseende överträdelser av åtaganden och ålägganden. Direktivet föreskriver inte att konkurrensmyndigheterna skall ha beslutsrätt om konkurrensskadeavgift i dessa fall, utan det är tillräckligt att företagen kan påföras en sådan sanktionsavgift efter ansökan vid domstol (Artikel 13.2 Direktivet). I linje med ståndpunkten ovan att Konkurrensverket inte skall ges beslutsrätt om konkurrensskadeavgifter vad gäller överträdelser av de materiella konkurrensrättsliga förbuden torde det mest systematiska vara att detsamma gäller påförandet av konkurrensskadeavgift för överträdelser av ålägganden att upphöra med en överträdelse enligt 3 kap 1 § KL och åtaganden enligt 3 kap. 4 § KL. Det bör dessutom tilläggas att en utredning om överträdelser av sådana ålägganden och åtaganden kan vara lika komplex och svårbedömd som en utredning av om en överträdelse av de materiella konkurrensrättsliga förbuden. Sammantaget, avstyrks förslaget om att Konkurrensverket skall ges rätt att ta egna beslut om konkurrensskadeavgifter.

Utredningsskadeavgifter

Enligt Promemorians förslag skall Konkurrensverket få ytterligare befogenheter att besluta om sanktionsavgifter avseende överträdelser relaterade till Konkurrensverkets utredning (utredningsskadeavgifter). Enligt 21 § i Promemorians förslag kan Konkurrensverket besluta om sådana avgifter om företagen lämnar oriktiga, ofullständiga eller vilseledande uppgifter, om företrädare för företagen inte inställer sig till förhör och om företaget hindrar Konkurrensverkets granskning av visst material eller vägrar tillträde till företagslokaler under gryningsräder eller bryter förseglingen av företagslokaler som är föremål för undersökning.

Enligt artikel 13.2 Direktiv 2019/1 skall Medlemsstaterna bl.a. säkerställa att konkurrensmyndigheter skall ha rätt att genom egna beslut eller efter ansökan vid domstol påföra företag som begår överträdelser beskrivna ovan sanktionsavgifter. Som nämnts ovan, utgår Promemorian från att Konkurrensverket skall kunna påföra sanktionsavgifter både avseende överträdelse av de materiella konkurrensreglerna och överträdelse av regler relaterade till utredningen. I Promemorian diskuteras aldrig möjligheten att låta Konkurrensverket påföra en utredningsskadeavgift efter ansökan vid domstol. Fakultetsnämnden antar att detta beror på Promemorians utgångspunkt, dvs. att Konkurrensverket skall få befogenhet att påföra konkurrensskadeavgifter. Av denna anledning är det därför viktigt att klargöra i detta yttrande att Fakultetsnämnden tillstyrker förslaget att Konkurrensverket skall ges beslutanderätt avseende utredningsskadeavgifter,



trots att förslaget om beslutanderätt om sanktionsavgifter för överträdelser de materiella reglerna har avstyrkts ovan.

Som nämns i Promemorian och i Betänkandet tycks en del av Konkurrensverkets bekymmer vara att företagen inte medverkar i tillräckligt hög grad under utredningar av konkurrensrättsliga överträdelser (Promemorian, s. 65 och SOU 2016:49, s. 254-255). I Betänkandet nämns även att enskilda tjänstemän i Konkurrensverket anser att de befogenheter verket har under utredningens gång inte är tillräckliga (SOU 2016:49, s. 255). Det kan inte nog understrykas vikten att företagen samarbetar med Konkurrensverket inom ramen för de utredningsbefogenheter som verket har fått genom lag. Det är det essentiellt att Konkurrensverket har tillgång till uppgifter och material som är nödvändiga för att kunna göra en slutlig bedömning om överträdelser har skett. I den mån företag brister i samarbetet med Konkurrensverket under utredningen kan detta leda till ett bristfälligt underlag för verkets vidare hantering av ärendet, samt försvåra och förhåla utredningen (SOU 2016:49, s. 254). Det är därför av yttersta vikt att Konkurrensverket har lämpliga och effektiva instrument för att avskräcka företag från att begå överträdelser av de skyldigheter som de enligt lag har i en konkurrensrättslig utredning. I detta sammanhang är det också viktigt att Konkurrensverket har tillgång till rättsmedel som utan större tidsåtgång fungerar som ett påtryckningsmedel gentemot företagen under utredningens gång, i synnerhet när företagen inger ofullständiga eller vilseledande uppgifter under utredningens gång. Det är därför lämpligt att ge Konkurrensverket beslutsbefogenhet vad gäller utredningsskadeavgift som öppnar upp för snabba beslut när företagen inte respekterar de skyldigheter de har under utredningens gång. Även om själva beslutet om utredningsskadeavgift i sig troligen inte fungerar som påtryckningsmedel antas att Konkurrensverket under procedurens gång måste ge företag tillfälle att yttra sig, vilket signalerar att ett sanktionsbeslut är för handen. Detta kan i sin tur fungera som ett påtryckningsmedel för en större samarbetsvilja från företagets sida. Enligt Promemorians förslag kommer Konkurrensverket dessutom få möjlighet att genomföra gryningsräder i syfte att utreda om företagen har begått överträdelser relaterade till utredningen som kan ge upphov till en utredningsskadeavgift. Sammantaget torde förslaget stärka Konkurrensverkets utredningsbefogenheter vilket torde höja kvalitén på underlaget för en stämningsansökan. Fakultetsnämnden tillstyrker därför förslaget.

Förslag till yttrande i detta ärende har upprättats av universitetslektor Vladimir Bastidas. Yttrandet har på delegation avgivits av Juridiska fakultetens dekanus, professor Mattias Dahlberg.

Mattias Dahlberg

Mattias Dahlberg

GODKÄND

Av Mattias Dahlberg kl. 11:13, 2020-05-11