



SVENSKT NÄRINGSLIV

Näringsdepartementet

Vår referens/dnr: 30/2020

Rättssekreterariatet

Fredrik Nordenfeldt

n.remissvar@regeringskansliet.se,
n.rs.remisser@regeringskansliet.se

Er referens/dnr: N2020/00305/RS

Stockholm 2020-05-11

Remissvar

Konkurrensverkets befogenheter (Ds 2020:3)

Svenskt Näringsliv har beretts tillfälle att lämna synpunkter på rubricerad departementspromemoria och vill med anledning härav anföra följande.

Svenskt Näringsliv vill inleda med att betona vikten av en väl fungerande konkurrens och en effektiv konkurrenstillsyn. En väl fungerande konkurrens är en förutsättning för att effektiva företag ska bli framgångsrika och att svenskt näringsliv är konkurrenskraftigt över tid. Brott mot regelverket drabbar företag som följer regelverket, det drabbar konsumenterna och skadar förtroendet för näringslivet.

En effektiv konkurrenstillsyn behövs för att åtgärda de konkurrenssnedvridande effekter som uppstår om aktörer överträder förbudet mot otillbörliga konkurrensbegränsande samarbeten respektive missbruk av en dominerande ställning på marknaden. Regelverket har sitt största värde i sin beivrande och förtroendeskapande effekt. När regelverket upplevs som rättvist, effektivt och att eventuella överträdelser upptäcks och sanktioneras skapar det förtroende för systemet och en vilja att följa regelverket utifrån uppfattningen att konkurrerande företag också följer reglerna. Det är av största vikt att marknadsaktörer kan känna förtroende för att konkurrensen inte begränsas av andra aktörers lagstridiga ageranden. En synlig och effektiv konkurrenstillsyn är avgörande för att företag, i synnerhet små och medelstora sådana, ska våga investera och expandera sin verksamhet och träda in på nya marknader. Detta är omständigheter som har stor betydelse för företagens möjligheter att vara framgångsrika, för ett livskraftigt och dynamiskt näringsliv och för hela Sveriges tillväxt och innovationsförmåga.

Näringslivet lägger stor vikt vid konkurrensreglerna och att säkerställa att medarbetarna känner till och följer regelverket. Kännedomen och regelbundenheten får i allmänhet anses vara god. Det är dock inget som får tas för givet, utan konkurrensen måste hela tiden bevakas och värnas.

Ytterligare anledning att säkerställa en stark ställning för Konkurrensverkets är den marknadynamik som kommer följa efter den ekonomiska kris som för närvarande råder till följd av pandemin Covid-19. Krisen leder till omfattande följdverkningar på marknaderna. Företag som hamnar i ekonomiska svårigheter kan ge upphov till flera situationer där förvärv

Svenskt Näringsliv Confederation of Swedish Enterprise

Postadress/Address: SE-114 82 Stockholm Besök/Visitors: Storgatan 19 Telefon/Phone: +46 (0)8 553 430 00
www.svensktnaringsliv.se Org. Nr: 802000-1858

eller samgåenden blir nödvändiga och brådskande att genomföra. Företag som går i konkurs kan leda till uppkomst av marknadsdiktator, och brister i tillgång på materiel och avbrutna leveranskedjor kan både öka behovet av samarbete, men också ge incitament till att missbruka dominerande marknadsställningar. Det behövs en vaksam myndighet som både kan agera kraftfullt mot regelbrott, men som också snabbt och effektivt kan omhänderta näringslivets behov av konkurrensrättslig vägledning.

Den remitterade promemorian kan sägas bestå av två delar. Den första delen utgörs av lagförslag för att ge Konkurrensverket befogenhet att i första instans besluta om konkurrensskadeavgift och utredningsskadeavgift. I denna del utgår promemorian ifrån betänkandet *En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket* (SOU 2016:49). Promemorians andra del består av lagförslag för att implementera Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1. Direktivet har till syfte att ”ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna”. Direktivets syfte är välkommet. Konkurrensreglerna är avgörande för att kunna säkerställa en väl fungerande inre marknad där företag från olika länder kan konkurrera på egna meriter med vetskap om att konkurrerande företag i andra medlemsstater underställs en likvärdigt effektiv konkurrenstillsyn.

Beslutanderätt för Konkurrensverket

I promemorian föreslås att Konkurrensverket ska ges befogenhet att i första instans besluta om konkurrensskadeavgift och utredningsskadeavgift, istället för som i dagsläget väcka talan om konkurrensskadeavgift vid Patent- och Marknadsdomstolen, med möjlighet till överprövning i Patent- och Marknadsöverdomstolen. De argument som enligt betänkandet talar för en sådan förändring består främst i ökad effektivitet och större harmonisering med andra konkurrensmyndigheter i Europa.

När det gäller ökad effektivitet så instämmer Svenskt Näringsliv i att den långa tid som ett konkurrensärende i genomsnitt tar är bekymmersam. Enligt betänkandet tar ärenden efter avslut i första instans åtminstone 3,5 år och vid överprövning 5–7 år innan en slutlig dom kan fastställas. Detta är en lång tid och är förknippat med ett flertal negativa konsekvenser. De påstådda konkurrensproblem som finns på marknaden hinner bestå under lång tid innan de kan korrigeras. Marknader kan också förändras under den tid som ärendet pågår. Inblandade företag får dras med stora kostnader och en betydande osäkerhet, vilket kan vara mycket skadligt för företagets möjligheter att fatta viktiga strategiska beslut för framtiden. Därtill krävs att stora resurser anslås både från Konkurrensverket och domstolarna. Konkurrensverkets resurser behöver användas effektivt för att både kunna bedriva en kraftfull rättstillämpande verksamhet, men också för att bevaka marknaderna för att på egen hand upptäcka konkurrensskadliga ageranden.

En förändrad process, där Konkurrensverket i första instans beslutar om konkurrensskadeavgift, kan potentiellt leda till en ökad effektivitet. Vissa effektivitetsvinster kan förmodligen uppnås genom en enklare process för framtagande av Konkurrensverkets beslut, jämfört med arbetet med att redan i första instans väcka talan vid domstol. Det avgörande för huruvida stora effektivitetsvinster kommer kunna göras, och om den genomsnittliga tiden från upptäckt konkurrensproblem till slutligt avgörande kommer kunna sänkas, kommer dock vara avhängigt i vad mån företagen kommer överklaga Konkurrensverkets beslut i båda instanser (och i viss mån Konkurrensverkets benägenhet att söka överprövning av en dom i Patent- och Marknadsdomstolen som går verket emot).

Med tanke på de ofta stora bötesbelopp som dessa ärenden rör kan det inte uteslutas att antalet överklaganden blir relativt omfattande. Detta kan även på sikt påverkas av hur domstolarna agerar och dömer. Det kan även påverkas av huruvida domstolarna över tid dömer till Konkurrensverkets fördel eller ej. Om Konkurrensverkets beslut består de flesta domstolsprövningarna kan benägenheten att överklaga minska.

Beslut som överklagas i båda instanserna kommer sannolikt inte komma till avslut snabbare än i dagsläget. Det kan därmed inte med säkerhet slås fast att den genomsnittliga tiden för dessa ärenden kommer minska i och med föreslagen förändring. Svenskt Näringsliv instämmer dock i att sakernas tillstånd när det gäller effektiviteten inte är tillfredsställande, och att varje möjlighet till ökad effektivitet och snabbare avslut bör tas tillvara. Det förefaller vid en samlad bedömning som att möjligheterna till en ökad total effektivitet i processen är större än risken att den genomsnittliga tiden skulle öka. Detta talar för att den föreslagna lagändringen bör genomföras.

När det gäller ökad harmonisering så avses det faktum att majoriteten av konkurrensmyndigheterna i Europa, inklusive EU-kommissionen, har mandat att fatta eget beslut snarare än att vända sig till domstol i första instans. Den föreslagna lagändringen skulle därmed medföra att Konkurrensverket skulle uppvisa en större likhet i befogenheter med sina europeiska systemmyndigheter.

Samarbetet mellan konkurrensmyndigheterna är viktigt för att kunna upptäcka och beivra regelöverträdelse och säkerställa en väl fungerande inre marknad. Myndigheterna samarbetar strukturerat inom European Competition Network, och arbetet fungerar såvitt Svenskt Näringsliv kan bedöma väl. Svenskt Näringsliv är tveksam till att förändringen kommer leda till några stora konkreta vinster i realiteten när det gäller Konkurrensverkets möjligheter att samarbeta med övriga konkurrensmyndigheter. Detta med tanke på att samarbetet redan idag fungerar väl, och det faktum att även om majoriteten av myndigheterna i dagsläget har beslutanderätt, så finns en stor variation i hur myndigheterna organiserar arbetet och den process som föregår ett beslut. Sammantaget kan vissa vinster finnas i detta avseende, vilket talar för att den föreslagna lagändringen bör genomföras, om än inte på något avgörande sätt.

Relaterat till frågan om harmonisering så även jämförelser görs med andra svenska myndigheter som har liknande uppgifter, och som har möjlighet att på egen hand fatta beslut i första instans. Exempel på sådana myndigheter som har möjlighet att fatta beslut som leder till allvarliga konsekvenser för enskilda företag är Post- och telestyrelsen samt Finansinspektionen. Det visar på att en dylik ordning inte är främmande för svenskt myndighetsväsen och rättstillämpning.

Rättssäkerhetsaspekter är av största vikt i dessa sammanhang. De företag som blir föremål för Konkurrensverkets utredning ställs inför allvarliga anklagelser som slutligt kan utmynna i mycket stora bötesbelopp. Därtill kan en process leda till varumärkesskada, börspåverkan och en utdragen osäkerhet vilket kan hämma företaget på ett sätt som får långsiktig skadeverkan. En ny ordning där Konkurrensverket fattar beslut om konkurrensskadeavgift, som sedan kan överklagas i två domstolsinstanser, får anses medföra att en rättssäker process fortsatt råder i dessa ärenden. Svenskt Näringsliv instämmer därmed i bedömningen att kraven som följer av Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga uppfylls.

Vad gäller ändrade förutsättningar för domstolarnas prövning i och med övergång från en prövning enligt rättegångsbalken till en prövning enligt lagen om domstolsärenden beskrivs i promemorian vissa konsekvenser som denna förändring kan leda till. Det nämns bland annat att förändringen skulle kunna innebära vissa försämringar vad gäller förutsägbarhet och effektivitet. I detta sammanhang kan även nämnas det som beskrivs i promemorian gällande bevisbörda. Konkurrensverket har alltså bevisbördan att regelverket inte har följts. I promemorian skriver man dock att "Om verket fattat ett beslut om avgift så kan det företag som överklagar beslutet inte bara bestrida att det begått en överträdelse utan måste rimligen förebära utredning och argument för att Konkurrensverkets beslut är felaktigt medan verket huvudsakligen kan bestrida överklagandet och argumentera för att beslutet bör stå fast. Detta kan sägas innebära en maktförskjutning i domstolsprocessen från företagen till Konkurrensverket." Mot detta kan hävdas att detta förutsätter att domstolen låter Konkurrensverkets beslut utgöra ramen för prövningen, vilket inte är givet. I praktiken tycks domstolen tillämpa en relativt tillåtande inställning till de bevis som förs fram, oavsett när i processen det sker, och försöker göra en sammanvägd bedömning utan att begränsa sig i detta avseende. Med det sagt är det långt ifrån säkert att dessa förändringar kommer leda till några större förändringar i hur domstolarna kommer hantera dessa mål i praktiken. Hur domstolarna tillämpar bestämmelserna i praktiken bör dock följas noga av regeringen för att säkerställa att processen sammantaget blir både så effektiv och förutsägbar som möjligt, samtidigt som rättssäkerhetsaspekter tillgodoses.

Ytterligare en aspekt på rättssäkerhet är att både den utredande och beslutande rollen i och med föreliggande lagförslag utförs av en och samma myndighet, och huruvida det kan föranleda att Konkurrensverkets objektivitet kan ifrågasättas. I denna del kan Svenskt Näringsliv inte nog poängtera vikten av att en tydlig organisation kommer på plats som omhändertar dessa farhågor och som upprätthåller och helst också stärker förtroendet för myndigheten. Regeringen har gett Konkurrensverket i uppdrag att se över och komma med förslag på hur den interna beslutsfunktionen och uppdelningen mellan utredande och beslutande funktioner i verkets tillsynsverksamhet ska organiseras så att en rättssäker ordning säkerställs. I det arbetet ska bl.a. redovisas hur andra konkurrensmyndigheter organiserar sitt arbete i detta avseende, samt vilka rekommendationer som bl.a. OECD anger. Svenskt Näringsliv anser att processen som inletts är väl avpassad och känner stor tilltro till att regeringen utifrån Konkurrensverkets rekommendationer kommer säkerställa att dessa aspekter tillgodoses på ett tillfredställande sätt.

När det sedan gäller ersättning för rättegångskostnader föreslås i promemorian att i mål om konkurrensskadeavgift så ska bestämmelsen i 8 kap. 16 § att "ersättning för rättegångskostnad utgå för skälig kostnad som uppkommit efter det att part fått tillfälle att yttra sig över Konkurrensverkets utkast till stämningsansökan" slopas. Detta är förstås fullt rimligt, eftersom stämningsansökan ersätts med ett myndighetsbeslut. Företaget som är föremål för Konkurrensverkets beslut kommer dock fortsatt dras med omfattande kostnader för juridiskt arbete under Konkurrensverkets utredning. Regeringen bör därför införa en bestämmelse om att företag som vinner framgång i en talan mot Konkurrensverket även ska ha rätt till täckning av sådana kostnader som hänför sig till handläggningen hos Konkurrensverket som första instans.

Sammantaget bedöms det finnas förutsättningar för att föreslagna lagändringar ska kunna genomföras utan att företagens möjligheter till en rättssäker prövning försämras. När även övriga argument tas i beaktande gör Svenskt Näringsliv bedömningen att de föreslagna

lagändringarna är rimliga. Härmed tillstyrks därför att Konkurrensverket ges befogenhet att i första instans besluta om konkurrensskadeavgift.

Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Regeln om konkurrensbegränsade offentlig säljverksamhet som infördes 2010 har varit mycket värdefull i arbetet att minska konkurrensstörningar från offentlig verksamhet som försämrar näringslivsklimatet och tränger undan privat näringsverksamhet. Ofta drabbas små enskilda företag, och ofta är det kommunal verksamhet som medvetet eller omedvetet hindrar företag från att kunna växa eller rent av leder till att företag slås ut från marknaden. Även om situationen förbättrats tack vare den nya regeln, Konkurrensverkets tillsynsarbete och att vissa offentliga aktörer målmedvetet har arbetat med frågan, så är offentlig verksamhet som otillbörligen konkurrerar med privata företag fortsatt ett av de stora problem som Svenskt Näringslivs medlemmar möter.

Promemorian lägger inte fram några förslag om beslutanderätt vad gäller tillsynen av den kompletterande regel som tillfördes konkurrenslagen 2010, nämligen konkurrenssnedvridande offentlig säljverksamhet (3 kap. 27 §). Frågan tas inte heller upp i den utredning som ligger till grund för promemorian i denna del (SOU 2016:49).

Det är inte rimligt att olika regler ska gälla för olika typer av företagsverksamhet bara grundat på vilken typ av ägare som står bakom. Någon anledning att särbehandla denna del av konkurrenslagen finns inte. Tvärtom vore det ytterst motsägelsefullt om den lagstiftning som tillkommit i syfte att säkerställa likabehandling och konkurrensneutralitet mellan offentliga och privata aktörer i sig skulle hanteras processuellt på ett sätt som leder i motsatt riktning. Vid regelns tillkomst var det naturligt att tillämpa samma procedur som för övrig konkurrensrätt, det vill säga att Konkurrensverket väcker talan i domstol som första instans. Nu när detta förändras för övrig konkurrensrättslig tillämpning, först för förvärvsprövning och också av allt att döma när det gäller konkurrensskadeavgift, är det att betrakta som ett aktivt ställningstagande att särbehandla mål som rör konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Några motiv för detta tycks inte finnas. Lagstiftningen har nu funnits på plats i över tio år. Konkurrensverket har under den tiden upparbetat en gedigen erfarenhet och kunskap om de relevanta rättsområden som berörs, i synnerhet kommunalrättslig praxis. Domstolarna har i ett flertal fall tydliggjort hur man anser att de olika bestämmelserna bör uttolkas. Beslut som fattas av Konkurrensverket när det gäller konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet skulle, precis som för övriga konkurrensbestämmelser, vara möjliga att överklaga i två instanser. Rättssäkerheten för inblandade motparter skulle således vara lika goda som i övriga konkurrensrättsmål.

De syften som ligger bakom de förändringar som föreslås i aktuell promemoria, om att genom införandet av beslutanderätt för Konkurrensverket vad gäller konkurrensskadeavgift (och utredningsskadeavgift) är precis lika giltiga i mål om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Även dessa mål tar lång tid innan avslut, och ökad effektivitet är önskvärt. Svenskt Näringsliv uppmanar därför regeringen att införa beslutanderätt även för konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Frågan tycks inte kräva några omfattande utredningsinsatser, eftersom omständigheterna redan har tydliggjorts i aktuell promemoria och tidigare förarbeten. Förändringen bedöms därför kunna genomföras utan några omfattande utredningsinsatser, eller på sin höjd genom en kortfattad kompletterande departementspromemoria.

Genomförande av direktiv (EU) 2019/1

Genomförandet av direktivet medför behov av vissa förändringar i konkurrenslagen. Att säkerställa att de svenska bestämmelserna överensstämmer med de krav som ställs i direktivet är nödvändigt. En ofullständig implementering kan ytterst leda till fördragsbrottstalan mot Sverige. Svenskt Näringsliv är väl medveten om detta, och bedömer generellt att de förändringar som föreslås av detta skäl är nödvändiga.

Det föreslås i promemorian att konkurrenslagens bestämmelser om att det vid platsundersökningar inte finns någon skyldighet att röja företagshemligheter av teknisk natur upphävs. Detta med anledning av att direktivet inte ger stöd för en sådan begränsad granskningsrätt (artikel 6 i direktivet). Direktivet nämner ingenting specifik om denna omständighet. Att kunna tilltvinga sig företagshemligheter av teknisk natur är en mycket ingripande åtgärd och som inte är proportionerlig mot syftet att bedriva en effektiv konkurrenstillsyn, då det knappast bidrar till att uppnå detta syfte. För att kunna uppfylla det syftet är i första hand annan typ av uppgifter relevant, såsom ekonomisk redovisning, mötesanteckningar, strategidokument, epostkorrespondens osv. Svenskt Näringsliv uppmanar därför regeringen att undersöka om det inte är möjligt att låta denna bestämmelse kvarstå. I alla avseenden är förslaget att ta bort det svenska undantaget i sin helhet onödigt, då direktivets bestämmelser avser informationsinhämtning vid platsundersökning, och det svenska undantaget även avser informationsinhämtning via ålägganden (5 kap. 1 §). I direktivets bestämmelser anges vad gäller sådan informationsinhämtning i artikel 8 att sådan begäran av information ska vara proportionerlig, vilket bör öppna för att företagshemligheter av teknisk natur fortsatt kan undantas i dessa sammanhang.

I övrigt vad gäller platsundersökningar föreslås utökade befogenheter för Konkurrensverket i enlighet med direktivets bestämmelser, bland annat utökade möjligheter att ta med sig material från undersökningsplatsen till myndighetens egna lokaler. Svenskt Näringsliv noterar att detta är en oundviklig följd av direktivet, men vill poängtera principen om proportionalitet som också promemorian beskriver. Det är mycket viktigt att Konkurrensverkets granskning inte leder till att företags verksamhet hindras otillbörligen. En viktig del i detta är att Konkurrensverket inte omhändertar informationsbärare, oavsett vilken form det rör sig om (exempelvis en pärm, en hårddisk eller USB-minne) såvida det inte är nödvändigt. Om så likväl bedöms vara fallet så bör utgångspunkten vara att ett exemplar lämnas kvar på platsen, och att det material som omhändertas återlämnas så snart det är möjligt. Proportionalitet bör även iakttas när det gäller de nya befogenheter som gäller försegling av lokaler, bokföring eller affärshandlingar.

Vad gäller de nya bestämmelser som behöver införas med anledning av de ytterligare sanktionsmöjligheter som direktivet föreskriver att konkurrensmyndigheterna ska befogas med för att beivra överträdelse av dess fattade beslut eller vidtagna åtgärder vid utredning eller platsundersökning anser Svenskt Näringsliv att det förslag som läggs fram i promemorian visar på ett rimligt sätt att införa dessa bestämmelser i svensk rätt. Införandet av utredningsskadeavgift, samt i vissa delar en komplettering av bestämmelserna om konkurrensskadeavgift, följer regelverkets nuvarande struktur och logik. Det är välkommet att Konkurrensverket ges dessa nya befogenheter så att myndigheten kan bedriva sitt arbete effektivt.

Svenskt Näringsliv beklagar att möjligheterna att tillämpa eftergift i situationer där företag i högst väsentlig mån har underlättat utredningen av överträdelsen i och med genomförandet av direktivets bestämmelser inte är möjliga att behålla i konkurrenslagstiftningen. Dock ska

poängteras att en sådan situation kan och bör aktualisera en nedsättning av en eventuell efterföljande konkurrensskadeavgift. Det är viktigt att det i befogade fall finns incitament för företagen som ökar viljan att samarbeta i utredningen även bortom frågan om vilket företag som först vänder sig till Konkurrensverket med information, då det kan leda till ökad effektivitet och kvalitet i Konkurrensverkets utredning. Detta måste givetvis balanseras mot den avskräckande effekt som sanktionerna alljämt måste utgöra.

Svenskt Näringsliv välkomnar de ändringar som genomförs i de bestämmelser som reglerar när och hur Konkurrensverket ska ge anstånd med att inkomma med vissa uppgifter vid eftergiftsansökan, så kallat kölappssystem. Samtidigt är det något beklagligt att ett kölappssystem inte införs även för nedsättning av sanktionsavgift. Ett sådant system kan leda till ökad förutsägbarhet för företagen och ytterst en mer träffsäker och effektiv konkurrenstillsyn. I promemorian anges att det krävs mer djupgående analyser innan förslag i dessa delar kan läggas fram. Svenskt Näringsliv uppmanar regeringen att fortsätta arbetet med att ta fram förslag om kölappssystem för nedsättning av sanktionsavgift.

I kapitlet om ömsesidigt bistånd föreslås nya bestämmelser som rör preskriptionstid. Där anges att preskriptionstiden ska tillfälligt upphöra eller avbrytas när ett förfarande som avser samma överträdelse av konkurrensreglerna pågår vid en annan nationell konkurrensmyndighet eller kommissionen. I vilka situationer som preskriptionstiden tillfälligt upphör respektive avbryts (dvs. där en ny frist sedermera börjar löpa) ges inte förslag på i promemorian, och inte heller några resonemang förs kring detta. Det hela överlämnas till rättstillämpningen. Svenskt Näringsliv beklagar detta, då det leder till en osäkerhet för företagen. Regeringen bör ge vägledning och helst reglera i vilka situationer som respektive metod ska gälla.

I övriga delar har Svenskt Näringsliv inget att erinra.

FÖRENINGEN SVENSKT NÄRINGSLIV

Johan Britz

Stefan Sagebro