

Stockholm den 22 mars 2017

R-2017/0243

Till Näringsdepartementet

N2016/04747/KSR

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 8 februari 2017 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Kompletterande förslag till betänkandet En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket (SOU 2016:49).

I promemorian föreslås kompletterande bestämmelser gällande fullföljdsförbud för företagskoncentrationer samt avskaffad rätt för förvärvsparterna att yttra sig över utkastet till beslut och avskaffad rätt till ersättning för rättegångskostnader.

Advokatsamfundet avstyrkte i huvudsak förslagen i det underliggande betänkandet.¹ Advokatsamfundet tillstyrkte dock förslaget om att det s.k. automatiska fullföljdsförbudet i 4 kap. 12 § konkurrenslagen (2008:570) utvidgas till att gälla även under en särskild undersökning enligt 4 kap. 11 § konkurrenslagen. Advokatsamfundet ansåg dessutom att utredningen borde ha lämnat förslag till en bestämmelse rörande möjlighet att överklaga Konkurrensverkets beslut om granskning och kopiering i samband med platsundersökningar (gryningsräder).

Advokatsamfundet tillstyrker nu i huvudsak det kompletterade förslaget vad gäller utformningen av fullföljdsförbudet, men avstyrker förslagen vad gäller rätt till yttrande över utkast till beslut och rätt till ersättning för rättegångskostnader.

¹ Se Advokatsamfundets remissyttrande den 1 november 2016 över betänkandet En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket (SOU 2016:49).

Fullföljdsförbudet

Advokatsamfundet har i tidigare yttrande över betänkandet En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket tillstyrkt förslaget att det s.k. automatiska fullföljdsförbudet, dvs. det förbud som rådet för parter i ett företagsförvärv att fullfölja förvärvet under den tid förvärvet ligger för utredning hos Konkurrensverket, utökas till att omfatta även den s.k. fas 2 (den särskilda undersökningen enligt 4 kap. 13 § konkurrenslagen). Nu föreslås i promemorian vissa följdändringar, som främst tar sikte på beslutens omedelbara verkställighet. Advokatsamfundet tillstyrker promemorians förslag.

Advokatsamfundet noterar att det inte föreslås någon följdändring i 6 kap. 1 § konkurrenslagen vad gäller möjligheterna att förena beslut enligt den föreslagna 4 kap. 13 a § konkurrenslagen med vite och att överväganden i denna fråga saknas. Enligt Advokatsamfundets uppfattning bör det under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet därför även övervägas om inte Konkurrensverket ska ges en möjlighet att vid behov förena ett förbud eller åläggande med vite även under fas 2.

Utkast till beslut och rättegångskostnader

I promemorian föreslås att 4 kap. 13 § andra stycket konkurrenslagen ändras på så sätt att regeln om att den som avses med ett beslut om förbud mot företagskoncentrationen ska ges tillfälle att yttra sig över ett utkast till beslut tas bort. (I den nu gällande lagtexten står i stället för utkast till beslut utkast till stämningsansökan, vilket sammanhänger med att Konkurrensverket nu har att väcka talan för att få till stånd ett förbud.)

Den rätt som nu finns att yttra sig över Konkurrensverkets utkast har en mycket stor praktisk betydelse. Arbetet med en anmälan om och utredning av en företagskoncentration präglas av den stora tidspress som ofta råder till följd av de lagstadgade fristerna för utredningen. Utkastet är i realiteten den första tidpunkt då förvärvsparterna har möjlighet att på allvar få insyn i hur Konkurrensverket resonerar och om Konkurrensverkets utredning grundar sig på ett fullständigt och korrekt underlag. Syftet med utkastet är att, om möjligt, reda ut missförstånd och kunna undvika ett felaktigt beslut och en efterföljande och kostsam rättegång.

Huvudsakligen till följd av den stora tidspress som råder under förvärvsprövningsärendena kan det inte antas att Konkurrensverket kommer att upprätthålla den nuvarande disciplinen vad gäller att låta parterna få tillfälle till yttrande över utkast till stämningsansökan. Promemorians förhoppning om att nuvarande ordning ändå ska kunna upprätthållas, framstår inte som välgrundad (promemorian s. 9). Det är inte osannolikt att förfarandet med ett utkast kommer att urholkas till följd av praktiska hänsynstaganden och att utkastet kommer att ersättas av mer sammanfattande promemorior och information, vilka inte har samma förutsättningar att bidra till en allsidig belysning av ärendet.

Under senare år finns flera exempel på att förvärvsparterna i sitt yttrande över utkastet till stämningsansökan kunnat reda ut missförstånd och komplettera utredningen på ett sådant

sätt att Konkurrensverket beslutat att godkänna företagsförvärvet och att inte väcka talan om förbud. Om förfarandet med utkast och parternas yttrande över utkastet tas bort, finns en uppenbar risk för felaktiga beslut och onödiga domstolsprocesser.

Det bör i detta sammanhang också beaktas att en eventuell efterföljande domstolsprocess ska handläggas inom mycket snäva tidsramar. Utkastet till stämningsansökan är nu i praktiken en startpunkt för det arbetet. Om detta förfarande utmönstras ur den praktiska hanteringen, kommer sannolikt en stor del av arbetet att förskjutas till domstolsprocessen, vilket kommer att innebära ytterligare påfrestningar på vad som redan nu är ett mycket ansträngt förfarande. Under det senast handlagda domstolsmålet om förbud mot företagskoncentrationer gav Konkurrensverket in och åberopade kompletterande analysbilagor så sent som under huvudförhandlingen vid tingsrätten (Stockholms tingsrätts mål T 1805-16).

Förslaget att ge Konkurrensverket egna beslutsbefogenheter i förvärvsärenden har i olika sammanhang jämförts med Europeiska kommissionens befogenheter i sådana ärenden. Advokatsamfundet noterar att kommissionen är ålagd att låta parterna få del av ett meddelande om invändningar (s.k. *Statement of Objections, SO*) innan kommissionen fattar sitt egentliga beslut, på samma sätt som Konkurrensverket nu är skyldigt att kommunicera ett utkast till beslut (eller stämningsansökan). Man kan därvid också notera att kommissionen är bunden av vad som anförs i ett *SO*. Det finns därmed enligt Advokatsamfundet anledning att överväga om ett utkast till beslut inte spelar en än viktigare roll om nu Konkurrensverket ges befogenhet att själv besluta i frågor som rör företagskoncentrationer. Enligt Advokatsamfundet förhåller det sig rimligtvis på det sättet, bland annat eftersom ett sådant utkast bidrar till de utredda företagens möjligheter att ta tillvara sin rätt till försvar inför kommissionens eller Konkurrensverkets beslut, en rätt som är mycket viktigare om Konkurrensverket är beslutande instans än om beslutet fattas av domstol på talan av verket.

I promemorian föreslås också att rätten till ersättning för rättegångskostnader från det att utkastet skickas till förvärvsparterna utgår. Här bör enligt Advokatsamfundet en grundläggande utgångspunkt vara att sådan rätt endast föreligger i de fall då Konkurrensverkets beslut upphävs efter överklagande, således i de fall då det visar sig att Konkurrensverkets beslut var felaktigt. Som framhållits ovan påbörjas ett processförberedande arbete redan i samband med att parterna ges tillfälle att lämna synpunkter på Konkurrensverkets utkast. Det beror inte minst på de strikta frister som gäller för den efterföljande domstolsprocessen, vilket gör det nödvändigt att redan vid denna tidpunkt vidta sådana åtgärder som man normalt sett hade kunnat vänta med till dess att ett domstolsförfarande inleddes.

Med den föreslagna regleringen får parterna ett starkt incitament att vänta med stora utredningsåtgärder och t.ex. anlita av konkurrensökonomisk expertis, eftersom kostnaderna för detta blir ersättningsgilla om de företas under domstolsprocessen i stället för under verkets utredning. En sådan ordning är knappast vare sig ändamålsenlig eller processekonomisk. Det finns en uppenbar risk för att parterna uppmuntras till ett beteende

som varken gynnar kvaliteten i Konkurrensverkets beslutsfattande eller handläggningen i domstol. Som delvis framgått ovan är det redan i dag ett problem att Konkurrensverket ändrar sin talan i domstol till följd av parternas åberopanden. Detta är enligt Advokatsamfundet en ordning som kan förväntas förvärras avsevärt med den föreslagna ändringen, då Konkurrensverket på ett sent stadium får del av samtliga invändningar och den utredning som förvärvsparterna åberopar till stöd för sina överklaganden av verkets beslut.

Sammanfattningsvis avstyrker Advokatsamfundet promemorians förslag i denna del.

Avslutningsvis noterar Advokatsamfundet följande. I sitt remissyttrande över betänkandet En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket (SOU 2016:49) påtalade samfundet att det i konkurrenslagen borde införas en regel om möjlighet att överklaga Konkurrensverkets beslut om granskning och kopiering i samband med platsundersökningar (gryningsräder). Detta har inte föranlett något förslag i promemorian.

Advokatsamfundet vill därför i detta sammanhang fästa regeringens uppmärksamhet på att just en sådan möjlighet införts när nu Finansinspektionen fått liknande utredningsbefogenheter avseende marknadsmissbruk (genom 4 kap. 9 och 10 §§ lagen [2016:1306] med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning, som trädde i kraft den 1 februari 2017). Något skäl att inte också införa en sådan möjlighet i konkurrenslagen finns inte. Det framträder särskilt tydligt när man beaktar att Finansinspektionens utredningsbefogenheter är modellerade efter konkurrenslagens bestämmelser om platsinspektioner.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg