

Stockholm den 11 maj 2020

R-2020/0312

Till Näringsdepartementet

N2020/00305/RS

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 12 februari 2020 beretts tillfälle att avge yttrande över departementspromemorian Konkurrensverkets befogenheter (Ds 2020:3).

### **Sammanfattning**

Advokatsamfundet avstyrker promemorians förslag om att Konkurrensverket i första instans ska få besluta om konkurrensskadeavgift och utredningsskadeavgift.

Advokatsamfundet har i huvudsak ingen erinran mot de åtgärder som föreslås för att implementera det s.k. ECN+ direktivet.<sup>1</sup> Advokatsamfundet avstyrker dock förslaget om möjlighet att utföra platsundersökningar för utredningar om utredningsskadeavgift, eftersom en sådan behörighet inte återfinns i ECN+ direktivet och det saknas skäl att gå längre än vad direktivet föreskriver i detta hänseende. Dessutom anser Advokatsamfundet att det finns skäl att förtydliga förutsättningarna för de utökade befogenheterna, såvitt gäller de utökade befogenheterna vid platsundersökningar, liksom den nya möjligheten att besluta om s.k. utredningsskadeavgift. Advokatsamfundet vill även i övrigt anföra följande.

### **Allmänna synpunkter**

Promemorian berör två frågor: (i) införandet av det s.k. ECN+ direktivet i svensk rätt och (ii) ett från direktivet fristående förslag att Konkurrensverket ska ges beslutanderätt

---

<sup>1</sup> 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.

avseende konkurrensskadeavgift, samt den utredningsskadeavgift som införs genom direktivet.

Konkurrensverket har redan i dag mycket långtgående möjligheter att utreda och åtgärda överträdelser av konkurrensreglerna. De möjligheterna utökas ytterligare genom de obligatoriska delarna av ECN+ direktivet, exempelvis genom införandet av en utredningsskadeavgift och att den ekonomiska enhetens omsättning framgent kommer att utgöra den relevanta omsättningen för att beräkna de maximala böter som kan utgå. Varje ytterligare skärpning av Konkurrensverkets befogenheter bör därför motiveras och det bör i vart fall ställas krav på att det är klarlagt om de redan befintliga befogenheterna kan användas mer effektivt för att åtgärda eventuella tillkortakommanden i konkurrensövervakningen.

#### **Beslutanderätten (avsnitt 4 i promemorian)**

Frågan om en beslutanderätt för Konkurrensverket har varit omdebatterad under en längre tid och senast år 2016 lades ett förslag om att ge Konkurrensverket beslutanderätt i frågor om konkurrensskadeavgift och företagskoncentrationer. Advokatsamfundet sammanfattade i sitt remissyttrande över det förslaget<sup>2</sup> varför en utökad beslutanderätt är olämplig bland annat utifrån laglighet, lämplighet och rättssäkerhetsskäl. Advokatsamfundet hänvisar även i detta lagstiftningsärende till de däri anförda synpunkterna.

Utöver det som anfördes i remissvaret vill Advokatsamfundet poängtera att ingenting i sak har tillkommit eller förändrats sedan utredningen presenterades år 2016. Skälen för en beslutanderätt har således inte blivit starkare, utan de har snarare försvagats. Den 1 september 2016 tog Patent- och marknadsdomstolen (PMD) och Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) över domstolsprövning av konkurrensrättsliga frågor. PMD och PMÖD har sedan dess prövat fem mål där Konkurrensverket har fört talan om konkurrensskadeavgift, dvs. den typ av mål där Konkurrensverket nu föreslås få beslutanderätt i första instans. Konkurrensverkets framgångsgrad är anmärkningsvärt låg, som framgår av tabellen nedan.

---

<sup>2</sup> Se Advokatsamfundets remissyttrande den 1 november 2016 över betänkandet En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket (SOU 2016:49), dnr N2016/04747/KSR.

Berörda företag	Påstådd konkurrensöverträdelse	Konkurrensverkets yrkande	PMD	PMÖD
<i>Aleris Diagnostik, Capiro S:t Göran och Hjärtkärngruppen</i>	2:1 KL (horisontellt konkurrensbegränsande samarbete; syftesöverträdelse)	41 MSEK	Delvis bifall (konkurrensskadeavgift om 28 MSEK utdöms)	Konkurrensverkets talan lämnas utan bifall
<i>Alfa Moving och NFB/ICM</i>	2:1 KL (horisontellt konkurrensbegränsande samarbete; syftesöverträdelse)	42 MSEK	Konkurrensverkets talan lämnas utan bifall	Konkurrensverkets talan lämnas utan bifall
<i>Telia och GothNet</i>	2:1 KL (horisontellt konkurrensbegränsande samarbete; syftesöverträdelse)	35 MSEK	Delvis bifall (konkurrensskadeavgift om 16 MSEK utdöms)	Konkurrensverkets talan lämnas utan bifall
<i>Nasdaq/OMX</i>	2:7 Missbruk av dominerande ställning	31 MSEK	Konkurrensverkets talan lämnas utan bifall	Konkurrensverkets talan lämnas utan bifall
<i>Swedish Match</i>	2:7 Missbruk av dominerande ställning	38 MSEK	Bifall	Konkurrensverkets talan lämnas utan bifall

Konkurrensverket har alltså inte vunnit något mål i PMÖD sedan domstolsreformen trädde i kraft. Att i det skedet återigen föreslå en beslutanderätt är olyckligt, eftersom det – i tillägg till de skäl som av Advokatsamfundet anfördes mot en beslutanderätt redan år 2016 – nu finns än tydligare indikationer på att de beslut som fattas i hög grad kommer att upphävas eller ändras när de väl prövas i domstol.

Advokatsamfundet vill därtill poängtera att avsaknaden av framgång *inte* får tas till intäkt för att det finns skäl att genomföra en maktförskjutning i domstolsprocessen från företagen till Konkurrensverket (jfr s. 65 i promemorian). Att Konkurrensverket inte har haft några framgångar i de processer som initierats enligt den nya ordningen, bör dock inte leda till slutsatsen att kraven på Konkurrensverket bör sänkas. Konkurrensverket har närmast unika möjligheter att utreda konkurrensöverträdelser, men har trots det i flera av de fall som prövats i PMÖD brustit påtagligt i sin utredning. Att i det skedet genomföra en maktförskjutning, skickar en märklig signal till tillsynsmyndigheter i allmänhet och Konkurrensverket i synnerhet. Mer relevant hade varit att undersöka om de – relativt begränsade – ändringar i Konkurrensverkets organisation som genomförts är tillräckliga för att säkerställa tillförlitliga utredningar.

Advokatsamfundet vill också påpeka att skälet att ”Konkurrensverkets ställning och tyngd som tillsynsmyndighet, både i Sverige och Europa” skulle stärkas, inte motiverar en så ingripande förändring som föreslås. Avsaknaden av beslutanderätt är inte ett skäl till Konkurrensverkets (eventuella) bristande ställning och tyngd. Om det föreligger en sådan bristande ställning och tyngd, torde skälet snarast vara de brister i Konkurrensverkets utredningar och processföring som förekommit under senare år. De bristerna avhjälpas dock inte – som påtalats ovan – av en utökad beslutanderätt.

Slutligen vill Advokatsamfundet understryka att det förvisso kan finnas fördelar med en beslutanderätt, men att det förslag som lagts inte ger dessa fördelar. Framför allt gäller detta om beslutanderätten hade lett till en tydlig prövningsram i domstol, vilket ger positiva följdverkningar såsom en ökad förutsebarhet och vissa processekonomiska

vinster. Problemet är dock att ärendelagen (1992:242) inte förhindrar att ytterligare bevisning tillförs ärendet. Detta gör att den ovisshet om Konkurrensverkets slutliga talan som råder nu, alltså kommer att bestå.

Mot bakgrund av vad som nu anförs avstyrker Advokatsamfundet även denna gång förslaget om en utökad beslutanderätt för Konkurrensverket.

### **Genomförandet av ECN+ direktivet**

Som anförs ovan anser Advokatsamfundet att de förslag som lagts i huvudsak är välavvägda. I ett avseende avstyrker Advokatsamfundet dock förslaget och det gäller den föreslagna rätten att göra platsundersökningar vid utredning av frågor om utredningsskadeavgift. Den svenska implementeringen går här utöver vad som krävs i direktivet och Advokatsamfundet kan inte se att de skäl som anförs talar för att platsundersökningar ska få användas i fler fall än vad direktivet kräver.

Därtill finns skäl att förtydliga och inskränka när Konkurrensverket ska ha möjlighet att använda sig av de genom direktivet införda mer långtgående möjligheterna avseende platsundersökningar för att utreda konkurrensöverträdelser, samt den nya möjligheten att påföra utredningsskadeavgift.

#### *Platsundersökningar (avsnitt 6.6.2 i promemorian)*

ECN+ direktivet (artikel 6.1 c) föreskriver en rätt för de nationella konkurrensmyndigheterna att, när de anser det lämpligt, fortsätta göra sökningar efter information i sina eller i andra särskilt utsedda lokaler. Detta förutsätter dock att konkurrensmyndigheten vid sökningarna säkerställer ”fortsatt tillbörligt iakttagande av rätten till försvar” (skäl 33).

Bakgrunden till bestämmelsen anges i promemorian vara effektivitetsskäl, dvs. att undersökningen inte ska dra ut på tiden. Konkurrensverket har hittills enbart fått ta med sig speglat digitalt material om företaget lämnat sitt godkännande. Enligt promemorians förslag ska Konkurrensverket få den möjligheten även utan uttryckligt godkännande. Erfarenheten från de fall där godkännande lämnats talar med visst eftertryck mot en ordning där verket självt råder över beslutet om det speglade materialet ska tas hem.

De problem som generellt sett uppkommer när Konkurrensverket har fått tillåtelse av det undersökta företaget att ta med och granska digitalt material i egna lokaler är att

- i. Sökningarna drar ut på tiden.  
Ett exempel på detta är den pågående utredningen inom försäkringsbranschen, där Konkurrensverket under nio veckor gick igenom det speglade digitala materialet.

- ii. Stora mängder material tillförs ärendet.  
I samma ärende som nämns ovan, identifierades – hos ett enda företag – ca. 13 700 dokument som relevanta för utredningen.
- iii. Risken för otillåtna sökningar (s.k. ”fishing expeditions”) ökar.  
Risken för IT-sökningar som går utöver ramen för beslutet om Konkurrensverket får rätt att behålla och söka i materialet utan tidsbegränsningar och under så lång tid att företaget har svårt att ekonomiskt motivera att ha ett ombud närvarande.

Tvärtemot det skäl som anges ligga till grund för ECN+ direktivets bestämmelse finns det av vad som framgår ovan tydliga risker att platsundersökningen – som i sig är en mycket långtgående utredningsåtgärd – drar ut på tiden och kompliceras onödigt om Konkurrensverket får ta med sig material. En mer komplicerad och långvarig platsundersökning leder också till att företag får svårt att tillvarata sin rätt till försvar utan att åsamkas oskäligt höga kostnader i form av personalresurser och/eller ombudskostnader. I vissa fall kan granskningen bli så långdragen att företaget helt enkelt inte har råd att ha ombud närvarande.

Advokatsamfundet ser också skäl att poängtera att de tekniska lösningar som tillämpats av Konkurrensverket vid IT-sökning hos Konkurrensverket inte alltid fungerat, vilket gjort att det vid tillfällen förekommit att invändningar mot att Konkurrensverket granskar ett visst dokument (exempelvis eftersom det omfattas av advokatsekretess) inte har kunnat framföras i tid.

Advokatsamfundet anser därför att en reglering, som ger Konkurrensverket befogenhet att utan samtycke från berört företag ta med material och fortsätta sökningarna utanför företaget, bör omgärdas av särskilda rättssäkerhetsgarantier. I motsats till vad som anges i promemorian anser Advokatsamfundet att det endast i undantagsfall kan vara lämpligt att Konkurrensverket tar med material från företaget, i vart fall om företaget inte samtycker till detta. Därtill vore det önskvärt att införa en begränsning för hur lång tid en platsundersökning får pågå, i det fall Konkurrensverket har fått lov att ta med sig material. En möjlig lösning skulle vara att beslutet att tillåta platsundersökning omfattar en begränsning i tid.

Advokatsamfundet noterar vidare att rätten att ta med handlingar till myndigheten även omfattar originalhandlingar. Advokatsamfundet kan svårligen se när det skulle vara lämpligt för Konkurrensverket att ta med originalhandlingar från företagen i syfte att granska dessa hos myndigheten. Detta bör därför snarast utgöra ett undantagsfall med tydliga rättssäkerhetsgarantier för företaget. I de fall det är möjligt att kopiera handlingarna, torde det aldrig föreligga skäl att ta med originalhandlingar. Därtill kan det ifrågasättas om en ordning där Konkurrensverket tar hem fysiska handlingar för granskning och urval, utan att dessa förs till Konkurrensverkets akt, är förenligt med den svenska offentlighets- och sekretesslagstiftningen.

*Utredningsskadeavgift (avsnitt 6.7.5 i promemorian)*

En nyhet i ECN+ direktivet i förhållande till svensk rätt är möjligheten att påföra en utredningsskadeavgift på företag eller företagssammanslutningar som uppsåtligt eller av oaktsamhet på ett eller annat angivet sätt inte medverkar i den nationella konkurrensmyndighetens utredning. I likhet med konkurrensskadeavgiften föreslås i promemorian att Konkurrensverket självt ska ges befogenhet att besluta om utredningsskadeavgift.

Av skäl 35 i ECN+ direktivet framgår att rätten att kräva information inte bör leda till en oproportionerlig skyldighet för företag eller företagssammanslutningar i förhållande till undersökningens krav. Som exempel nämns att rätten att kräva information inte bör leda till att företaget måste bära alltför höga kostnader eller göra onödiga ansträngningar. Begäran om information måste således vara skälig.

Konkurrensverkets ålägganden har hittills inte sällan varit omfattande och tidskrävande för företag att besvara. En begäran kan exempelvis innefatta krav på att all korrespondens kring ett visst sakförhållande under en viss period ska tillställas myndigheten. I större företag kan en sådan begäran vara särskilt svår att efterkomma, givet det stora antalet personer som arbetar i företaget. Eftersom uppgifterna som begärs in dessutom avser historiska perioder, tillkommer problemet med att personer inom företaget har slutat eller bytt arbetsuppgifter. Det kan således i vissa fall i princip vara omöjligt att efterkomma Konkurrensverkets begäran om information. I delar kan ålägganden dessutom vara oprecisa eller röra frågor som inte utgör direkta faktauppgifter, utan snarast efterfrågar ett företags tyckande i en viss fråga.

Ett oprecist eller omfattande åläggande blir avsevärt mer problematiskt i en ordning där böter kan utgå för ofullständiga uppgifter eller om uppgifter inte lämnats. Det kan förvisso avhjälpas om företaget överklagar åläggandet, men att mer regelmässigt tvingas överklaga ålägganden blir både tidskrävande och dyrt. Av den anledningen föreslår Advokatsamfundet att man i Sverige inför motsvarande ordning som gäller för EU-kommissionens informationsinhämtning. Kommissionen har två möjliga verktyg för informationsinhämtning (i) enkel begäran (Artikel 18.2 i förordning 1/2003) eller (ii) genom beslut (Artikel 18.3 i förordning 1/2003). Som regel sker informationsinhämtning genom en enkel begäran. Vid en sådan begäran kan företag ådömas böter endast om uppgifterna som lämnas är oriktiga eller vilseledande. Det är endast i det fall kommissionen väljer att fatta ett formellt beslut som böter kan utgå för ofullständiga uppgifter eller att uppgifter inte inkommit. En sådan ordning ger konkurrensmyndigheten en viss flexibilitet vad gäller frågornas utformning, eftersom kraven på en enkel begäran är lägre (då det inte kan utgå böter för ofullständig information eller om information inte lämnas). Om en sådan ordning införs skulle också risken för ett stort antal processer kring åläggandets utformning minskas.

Slutligen bör det påpekas att för att utredningsskadeavgift ska kunna utdömas krävs att företaget, sammanslutningen eller den som handlat på företagets eller sammanslutningens

vägnar, har handlat uppsåtligt eller oaktsamt. Enligt promemorian innebär det, med hänvisning till skäl 42 i ECN+ direktivet och EU-domstolens praxis, att företaget, sammanslutningen eller den som handlat på företagets eller sammanslutningens vägnar, inte kunde ha varit omedveten att svaret var ofullständigt. Då det är ett relativt lågt ställt krav, måste det ställas höga krav på precision på Konkurrensverkets ålägganden om att inkomma med information, i vart fall i de fall företaget kan bötfällas för oriktiga uppgifter eller att företaget inte inkommit med information. Det måste tillförsäkras att den grundläggande principen om att begäran om information ska vara skälig efterlevs. Beslut om utredningsskadeavgift ska inte kunna åläggas med mindre än att Konkurrensverkets begäran om att inkomma med information är tillräckligt precis och tydlig. Här har också domstolarna som ska pröva verkets beslut en viktig uppgift att fylla.

*Platsundersökningar vid utredningsskadeavgift (avsnitt 6.7.8 i promemorian)*

Enligt Advokatsamfundet går förslaget i denna del utöver ECN+ direktivet såtillvida att det i promemorian föreslås en möjlighet att utföra platsundersökningar för att utreda överträdelser om reglerna i direktivets Artikel 13.2 (utredningsskadeavgift). Advokatsamfundet ser inte skäl att i svensk lagstiftning gå längre än direktivet och de skäl som framförs är knappast av den tyngd att en så ingripande åtgärd som platsundersökning ska tillåtas i fler fall. Advokatsamfundet avstyrker därför förslaget.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander