

Regeringskansliet
(Näringsdepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: Genomförande av EU:s direktiv om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan (Ds 2019:19)

Juridiska fakultetsnämnden har genom remiss beretts tillfälle att avge yttrande i rubricerat ärende och vill anföra följande:

Direktivet 2019/633 om otillbörliga handelsmetoder är ett sektorspecifikt direktiv avsett att bekämpa otillbörliga handelsmetoder i jordbruks- och livsmedelsbranschen (den så kallade leverantörskedjan). Bakgrunden till direktivet är en i flera medlemsstater upplevd obalans i maktförhållanden inom jordbruks- och livsmedelsbranschen där små och medelstora företag på producent- och leverantörssidan ofta blir föremål för köparens otillbörliga affärsmetoder. Ett viktigt motiv bakom direktivet är sålunda de betydande skillnader som växt fram mellan rättsregler och regleringsansatser i EU:s medlemsstater. Sverige tillhör de länder som inte haft någon särskild reglering på området, medan länder som Frankrike, Spanien, Storbritannien och vissa östeuropeiska länder försökt motverka denna utveckling genom ibland omfattande regelverk av antingen civilrättslig, marknadsrättslig eller konkurrensrättslig karaktär.

Direktivet är också svårplacerat i vedertagna juridiska klassificeringskategorier. Det utgör ett sektorsdirektiv som befinner sig i gränslandet mellan civilrätt och marknadsrätt, mellan avtalsrätt och konkurrensrätt. Direktivet är ett minimidirektiv och lämnar således relativt stor frihet åt medlemsländerna att införa regler som går längre än direktivets krav genom att erbjuda högre skyddsnivå än direktivet. I frågan om tillämpning kräver direktivet att medlemsländerna utser en ansvarig tillsynsmyndighet och att de inför effektiva, avskräckande och proportionerliga sanktioner.

Utredningen föreslår att direktivet implementeras genom en särskild lag (lag om köparens otillbörliga handelsmetoder mot leverantörer i jordbruks- och livsmedelskedjan) som till sina materiella bestämmelser ligger nära direktivet. Till exempel föreslår utredningen inte förbud mot andra handelsmetoder än vad direktivet föreskriver. Samtidigt föreslår utredningen att den svenska lagen går längre än direktivet i flera viktiga avseenden. Lagen föreslås gälla transaktioner mellan leverantörer och köpare oavsett parternas

Juridiska fakultetsnämnden

omsättningsstorlek. Härmed skulle den svenska implementeringen avvika ifrån den trappmodell som direktivet bygger på. Vidare föreslås att vissa förbjudna handelsmetoder som enligt direktivet endast omfattar färskvaror, ska gälla alla jordbruksprodukter och livsmedel. Utredningen bedömer att Konkurrensverket är bäst lämpat att fungera som tillsynsmyndighet för den nya lagen, men valet av en sådan överlämnas åt regeringen. Utredningen föreslår en kombination av befogenheter, sanktioner och processuella regler som avser att tillförsäkra lagens effektiva genomslag. Ändringar föreslås i offentlighets- och sekretesslagen som föranleds av behovet att säkra möjligheten för anonym anmälan.

Nedan följer fakultetsnämndens synpunkter på några av utredningens förslag:

Lagens tillämpningsområde med avseende på subjekt: trappmodellen

Direktivets tillämpningsområde avgränsas genom en säregen metod, som i utredningen kallas trappmodellen. Modellen utgår från köparen och leverantörens årliga omsättning och begagnar denna som ett mått på relativ förhandlingsstyrka.

Fakultetsnämnden delar utredarens bedömning att denna modell är mycket svårtillämplig. För det första är årsomsättning ett bristfälligt mått på förhandlingsstyrka. Modellen förutsätter vidare att berörda företag har omfattande information om handelspartners ekonomiska förhållanden, struktur och omsättning; något som är orealistiskt, särskilt med tanke på att direktivets skyddsobjekt, jordbrukare och små och medelstora leverantörer, knappast kan förväntas besitta nödvändiga resurser och ekonomisk kompetens för att göra liknande komplexa bedömningar. Dessutom blir tillämpningen formalistisk till sin karaktär samtidigt som köpare ges möjlighet att genom relativt lättgenomförbara anpassningar ställa sig utanför lagens tillämpningsområde. Modellen har tillkommit i de senaste faserna av direktivets förhandling och kritiseras ganska samstämmigt i den juridiska doktrinen (se Cafaggi och Iamicelli, 2019; Maria de la Cuesta, 2020). Utredningens förslag att lagens tillämpningsområde utvidgas till att gälla alla transaktioner mellan köpare och leverantörer inom livsmedelskedjan kan vid första påseende förefalla radikal. Samtidigt utgör det en välkommen förenkling som ökar sannolikheten att lagen får genomslag och tillämpas i praktiken. Fakultetsnämnden tillstyrker därför utredningens förslag i denna del.

Lagens tillämpningsområde med avseende på objekt: färska varor

Utredningen föreslår utökat tillämpningsområde för lagen jämfört med direktivet i ännu ett avseende. Vissa av direktivets förbud avser särskilt färskvaror. Detta är fallet med sena inbetalningar samt sena annulleringar (jfr art. 3.1. och 3.2. i direktivet). Utredningen föreslår en utvidgning av dessa förbud till att omfatta alla jordbruksprodukter och livsmedel samt införande av en så kallad 30/30 regel. Fakultetsnämnden tillstyrker detta förslag. Definitionen av färskvaror i direktivet lämnar stort utrymme för olika tolkningar och ger upphov till betydande osäkerhet. Samtidigt är den 30/30 regel som utredningen föreslår välförankrad i etablerad handelspraxis och torde inte medföra negativa konsekvenser.

Otillbörliga handelsmetoder: definition och förbjudna metoder

Direktivet innehåller ingen uttrycklig definition av begreppet ”otillbörlig handelsmetod”. En definition kan dock utläsas indirekt av artikel 1 i direktivet, som slår fast att direktivets syfte är att ”bekämpa metoder som kraftigt avviker från *god affärssed*, som strider mot *god tro och heder* och som *ensidigt påtvingas* en handelspartner av den andra parten...”

Denna beskrivning finns även i skäl 1 till direktivet. Trots att denna beskrivning inte tycks utgöra en regelrätt legaldefinition, anser fakultetsnämnden att den fyller en viktig funktion som tolkningsunderlag vid lagens tillämpning och därför med fördel kan integreras i lagtexten, t ex i lagens inledande bestämmelse 1 §.

Ifråga om vilka metoder som bör förbjudas i den svenska lagen väljer utredningen att, utöver de ovan nämnda utökningar av tillämpningsområdet, följa direktivets artiklar så nära som möjligt och inte införa förbud mot flera handelsmetoder än vad direktivet föreskriver (8.12). Utredningen överväger införandet av någon sorts generalklausul mot otillbörliga handelsmetoder, men konstaterar att detta skulle leda till en allt för vag och vidsträckt implementering av direktivet som inte rymms inom utredningens uppdrag.

Fakultetsnämnden delar utredarens bedömning att direktivet inte innehåller någon generalklausul och att införlivandet av direktivet inte kräver införande av en sådan klausul. Den minimiharmoniseringsansats som direktivet representerar tillåter visserligen att medlemsländerna erbjuder högre skydds nivå än direktivet. Med tanke på att Sverige endast har begränsad erfarenhet från reglering på detta område är det emellertid befogat att inta en mer restriktiv hållning genom att den svenska implementeringen inte avviker alltför kraftigt från direktivtexten.

Samtidigt kan det noteras att i avsnitt 8.13 i departementspromemorian under rubriken "Lagtekniska överväganden" finns formuleringar som lämnar intrycket att lagens föreslagna portalparagraf (4 §) har en ställning lik en generalklausul. Utredningen beskriver paragrafen på följande sätt: "En inledande paragraf bör slå fast att otillbörliga handelsmetoder är förbjudna och kan medföra vissa ingripanden och sanktioner." I själva verket står i 4 § endast att "de otillbörliga handelsmetoder som anges i 5-8 §§ är förbjudna". Promemorians bredare formulering bör därför inte tillmätas någon större betydelse.

I övrigt har fakultetsnämnden inget att erinra emot utredningens överväganden ifråga om den svenska implementeringen av de i direktivet specifikt förbjudna handelsmetoder.

Tillsynsmyndighet

I utredningens uppdrag har ingått att överväga vilken myndighet som bör vara nationell tillsynsmyndighet. Fakultetsnämnden finner utredningens överväganden om olika tänkbara myndigheters för- och nackdelar övertygande. Fakultetsnämnden tillstyrker utredningens bedömning att vid en jämförande överblick framstår Konkurrensverket som den myndighet som lämpar sig bäst att utöva tillsyn över lagens tillämpning. Till skillnad från Konsumentverket, som är främst inriktat på övervakning av marknadsrelationerna mellan näringsidkare och konsumenter, är Konkurrensverket den myndighet som reglerar förhållanden mellan företag. Att företag vänder sig till Konkurrensverket med anmälningar mot sina konkurrenter eller handelspartner är inte ovanligt. Samtidigt bör noteras att, utöver de potentiella nackdelar med en sådan modell som utredningen nämner, finns en risk att frågorna inte placeras tillräckligt högt på Konkurrensverkets agenda och att de i övrigt blir mindre synliga. Man får förmoda att huvudfokus i konkurrensverkets verksamhet även framdeles alltjämt kommer att ligga på bekämpning av konkurrensbegränsningar i form av karteller och dominansmissbruk. En utredning av otillbörliga handelsmetoder i livsmedelsbranschen kan i förhållande till en kartellutredning framstå som förknippad med lägre ekonomisk effekt och samhällelig

relevans. Samtidigt är det av yttersta vikt för lagens effektiva tillämpning att tillsynsmyndigheten utövar tillsyn på ett engagerat och aktivt sätt och skaffar sig insikt i branschens särskilda villkor.

Vad gäller synligheten kan det åtminstone initialt vara svårt att sprida kännedom om verkets nya funktioner och befogenheter. Utredningen har inte haft för syfte att gå in på frågor om tillsynsmyndighetens uppbyggnad och inre struktur. Det är dock fakultetsnämndens mening att dessa frågor tillhör de kanske viktigaste som kan avgöra om den nya lagen får genomslag eller ej. En möjlig lösning skulle kunna vara att inrätta en särskild enhet inom ramen för Konkurrensverket som, i likhet med den finska ansvariga myndigheten och den brittiska motsvarigheten, kan bära namnet Ombudsman, för att öka reglernas synlighet och genomslagskraft.

Sanktioner

Fakultetsnämnden tillstyrker det föreslagna systemet med förvaltningssanktioner. Systemet motsvarar den uppsättning av sanktioner som förekommer i annan marknadsrättslig lagstiftning såsom konkurrenslagen och marknadsföringslagen. Det är även välmotiverat att tillsynsmyndigheten själv beslutar om och i så fall vilken typ av ingripande eller sanktion den ska utöva.

Att sätta ett tak på sanktionsavgiften om en procent av omsättningen föregående räkenskapsår kan vid första påseende förefalla rimligt. Samtidigt, och som utredningen själv konstaterar, är de otillbörliga handelsmetoder som uppräknas i lagen av olika art och karaktär och allvaret i överträdelsen kan komma att variera. Därför kan det ifrågasättas om detta tak leder till sanktioner som i vissa fall är otillräckligt avskräckande, och därför inte lever upp till ett av direktivets uttryckliga krav. Det kan erinras att en skärpning i sanktionssystemet för marknadsföringslagen infördes relativt nyligen, dels i form av ett nytt takbelopp och dels via ett tak om 10 procent från företagets omsättning; det senare i paritet med konkurrenslagen. Även om en otillbörlig handelsmetod inte ofta uppvisar samma grad av allvar som de typiska överträdelserna av konkurrenslagen skulle en möjlighet för en högre sanktionsavgift, som endast begagnas undantagsvis, ge tillsynsmyndigheten större flexibilitet och garantera sanktionssystemets effektivitet.

Föreslagna ändringar i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

Slutligen har fakultetsnämnden inget att erinra emot förslaget att införa ändringar i offentlighets- och sekretesslagen för att tillgodose direktivets krav om skydd av anmälarens identitet vid anonyma anmälningar. Det finns i princip goda skäl att inte tillåta anonyma anmälningar. Den särskilda situationen med otillbörliga handelsmetoder i livsmedelskedjan präglas dock av beroendeförhållanden och rädsla för kommersiella repressalier som ytterst kan leda till uteslutning från leverantörskedjan. Denna rädsla utgör ett viktigt skäl för att avtalsparter inte använder sig av befintliga civilrättsliga möjligheter för att beivra sina rättigheter och för att en lag med offentligrättslig tillsyn över huvud taget behövs. Därför är ett väldefinierat undantag från offentlighetsprincipen påkallat.

Sammanfattningsvis anser fakultetsnämnden att utredningen har lämnat ett välavvägt förslag för implementering av direktivet, som nämnden tillstyrker med de anmärkningar och tilläggförslag som redogjorts för ovan.

