

Regeringskansliet
(Näringsdepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: Konkurrensverkets befogenheter (Ds 2020:3)

Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet får härmed anföra följande.

I december 2018 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/1 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad (i det följande benämnt Direktivet). I promemorian lämnas förslag på de lagändringar som anses nödvändiga för att införliva Direktivets bestämmelser i svensk lagstiftning. Fakultetsnämnden tillstyrker promemorians förslag i de delar de avser ett genomförande av Direktivet.

I promemorian föreslås även att Konkurrensverket ska få besluta om konkurrensskadeavgift. Även om förslaget har en nära koppling till de frågor som behandlas i Direktivet, uppställs där inte något krav på att Konkurrensverket ges sådan beslutanderätt. Förslaget är istället ett resultat av det arbete som inleddes under 2015 då regeringen beslutade att överväga en utökad beslutanderätt för Konkurrensverket i fråga om konkurrensskadeavgift. Den utredning som tillsattes presenterade sitt förslag året därpå (i det följande benämnd Utredningen).¹

Utredningen föreslog bland annat att Konkurrensverket skulle ges befogenhet att besluta om konkurrensskadeavgift. I nuläget gäller att verket har att föra talan i Patent- och Marknadsdomstolen (PMD) om påförande av konkurrensskadeavgift vid överträdelser av artiklarna 101 och 102 i EU:s funktionsfördrag (FEUF) eller 2 kap. 1 och 7 §§ konkurrenslagen (KL). Utredningen ansåg att det skulle medföra effektivitetsvinster att flytta ned beslutanderätten från PMD till Konkurrensverket och därutöver att den föreslagna ändringen skulle underlätta Konkurrensverkets samarbete med övriga konkurrensmyndigheter inom EU, eftersom dessa i allmänhet har mer långtgående beslutsbefogenheter än den svenska myndigheten. Utredningen föreslog inga ändringar i Konkurrensverkets nuvarande interna organisation eller beslutsordning.

¹ SOU 2016:49.

Fakultetsnämnden yttrade sig över Utredningens förslag. Som framgår av yttrandet (bilaga 1), ansåg fakultetsnämnden det lämpligast att avvakta resultatet av den översyn av konkurrensreglernas tillämpning som då genomfördes av Europeiska kommissionen (kommissionen) och först därefter fatta beslut om en eventuell utökning av verkets befogenheter. Vidare ansåg fakultetsnämnden att, för det fall det skulle bli aktuellt att tilldela Konkurrensverket en väsentligt utökad beslutanderätt, så borde detta förenas med en omprövning av Konkurrensverkets ledningsstruktur och interna handläggnings- och beslutsordning. Fakultetsnämnden ansåg – och anser fortsatt – att det finns starka skäl att låta Konkurrensverket bli en styrelsemyndighet och att genomföra en tydlig, lagfäst separation mellan utredning och handläggning å ena sidan och beslutsfattande å den andra.

Kommissionens översyn av konkurrensreglernas tillämpning är nu avslutad. Översynen visar på stora skillnader i de nationella konkurrensmyndigheternas resurser, befogenheter och självständighet. Dessa skillnader påverkar effektiviteten i tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF och förhindrar en enhetlig tillämpning av de båda fördragsartiklarna. Det har därmed ansetts föreligga ett behov av att ytterligare harmonisera tillämpningen av EU:s konkurrensregler och att underlätta samarbetet konkurrensmyndigheterna emellan. Direktivet syftar till att åtgärda dessa brister, men lämnar det öppet för medlemsstaterna att vidta ytterligare åtgärder för att skapa en mer enhetlig och effektiv tillämpning av gällande regelverk. Det är mot denna bakgrund som fakultetsnämnden nu även tillstyrker förslaget att ge Konkurrensverket rätten att besluta om konkurrens- och utredningsskadeavgift. Nämndens hållning i denna del är dock villkorad av att ett antal åtgärder vidtas för att säkerställa att kraven på rättssäkerhet, oberoende och objektivitet tillgodoses. I det följande diskuteras detta närmare.

Allmänt om att ge Konkurrensverket utökad beslutanderätt

Som anges ovan motiveras förslaget om utökad beslutanderätt av två skäl. Det första är att den föreslagna ordningen skulle leda till ökad effektivitet i tillämpningen av konkurrensreglerna och det andra att den skulle underlätta Konkurrensverkets samarbete med övriga konkurrensmyndigheter inom EU och därmed garantera en mer enhetlig tillämpning av artiklarna 101 och 102 FEUF. Dessa båda motiv är till viss del överlappande eftersom en mer enhetlig tillämpning av de båda fördragsartiklarna även torde ge effektivitetsvinster. I promemorian anges att effektivitetsvinsterna visserligen är osäkra, men att redan möjligheten till förbättringar i denna del är tillräcklig för att överväga ett nytt system för beslut om konkurrensskadeavgift.

Vad gäller skäl nummer två framhåller promemorian vikten av att konkurrensmyndigheterna inom EU ges så lika befogenheter som möjligt. Tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF regleras genom Rådets förordning 1/2003 (Konkurrensförordningen). Alltsedan dess ikraftträdande delar kommissionen behörigheten att tillämpa de båda fördragsartiklarna med de nationella konkurrensmyndigheterna. Redan när Konkurrensförordningen antogs i december 2003 förutsågs att myndigheterna skulle tillämpa konkurrensreglerna i nära samarbete och att ett nätverk mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna skulle inrättas. Myndigheterna har idag ett mycket nära samarbete inom ramen för det Europeiska konkurrensnätverket och en stor del av tillämpningen av EU:s konkurrensregler sker på nationell nivå. Tio år efter det att förordningen antogs genomförde kommissionen en översyn av dess tillämpning. Översynen visade på ett antal

brister och begränsningar i konkurrensmyndigheternas möjligheter att utreda och beivra överträdelser av artiklarna 101 och 102 FEUF. Dessa begränsningar ansågs undergräva systemet med parallell tillämpning av EU:s konkurrensregler och hindra en enhetlig och effektiv tillämpning av gällande regelverk. Överträdelser av konkurrensreglerna ansågs förenade med olika grad av risk beroende på i vilka medlemsstater de ägde rum. Direktivet inför nu ett antal bestämmelser som syftar till att åtgärda dessa problem och skapa ”a truly common competition law enforcement area in the EU”. Dock uppställer inte Direktivet något krav på att konkurrensmyndigheterna själva ska kunna påföra sanktionsavgifter utan lämnar denna fråga till medlemsstaterna. I dagsläget har en övervägande majoritet av EU:s konkurrensmyndigheter befogenhet att själva besluta i dessa frågor.

Det faktum att Konkurrensverket är en av få konkurrensmyndigheter inom EU som saknar beslutanderätt uppmärksammades av Riksrevisionen i samband med dess granskning av Konkurrensverkets tillsyn. Riksrevisionen fann i dess rapport att verket har en svår uppgift i att utreda konkurrensöverträdelser. I rapporten slogs fast att ”[d]e externa förutsättningarna i form av delvis avsaknad av beslutanderätt och de svenska förfarandereglerna påverkar hur effektivt Konkurrensverket kan uppfylla sitt tillsynsuppdrag”.² Riksrevisionen fann det vidare värt att notera att ”Konkurrensverket har annorlunda förutsättningar än många systemmyndigheter inom EU”.

Även promemorian pekar på fördelarna med ökad konvergens. Där anges att större överensstämmelse mellan Konkurrensverkets beslutsbefogenheter och jämförbara myndigheter inom EU skulle underlätta verkets samarbete med andra myndigheter. Konkurrenstillsynen skulle enligt promemorian bli mer effektiv och avskräckande om flera konkurrensmyndigheter kan agera gemensamt mot företag som bryter mot konkurrensrättsliga regler.

Fakultetsnämnden instämmer i dessa argument och anser att förslaget om att utöka Konkurrensverkets beslutanderätt skulle gynna tillämpningen av EU:s konkurrensregler. Konkurrensverket görs därmed till en fullvärdig partner inom det europeiska nätverkssamarbetet och ges ett verktyg som övriga konkurrensmyndigheter redan har. Som anförs i promemorian underlättas samarbetet inom nätverket om systemen för ingripanden och beslutsfattande är likartade.

I promemorian noteras att den föreslagna ordningen skulle innebära en maktförskjutning i domstolsprocessen från företagen till Konkurrensverket. Detta ses som övervägande positivt eftersom verkets ställning och tyngd som tillsynsmyndighet, både i Sverige och Europa, skulle stärkas. Det anses inte föreligga någon risk att företagets intresse av rättssäkerhet därmed kan komma att försämrans i någon utsträckning som kommer i konflikt med företagets rättigheter enligt Europakonventionen eller EU:s rättighetsstadga. Även fakultetsnämnden ser ett behov av att stärka Konkurrensverkets eller kanske framförallt konkurrensreglernas ställning i Sverige. I dagsläget framstår inte tillämpningen av gällande regelverk som tillräckligt effektiv. Den avskräckande effekten av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning kan därmed på sikt komma att påverkas negativt till skada för

² Riksrevisionen, *Konkurrensverkets tillsyn – förutsättningar för effektivt resursutnyttjande*, RIR 2019:26, sid. 18.

samhällsekonomin. Samtidigt kan det inte uteslutas att en bristande effektivitet åtminstone till del speglar brister i verkets organisation och arbetssätt. En maktförskjutning från företagen till Konkurrensverket måste därför förenas med åtgärder som säkerställer att Konkurrensverkets utredningar, dess beslutsfattande och den efterföljande domstolsprocessen är rättssäkra och tillvaratar företagens rättigheter.

Fakultetsnämnden delar inte fullt ut regeringens uppfattning att förslaget, som det nu är utformat, kan garantera att företagens rättigheter tillvaratas i godtagbar utsträckning. Det är främst på följande fyra punkter som nämnden ser ett behov av att förstärka skyddet för företagen. Det avser (i) Konkurrensverkets oberoende, (ii) Konkurrensverkets organisation och ledningsstruktur, (iii) den föreslagna tillämpningen av lagen om domstolsärenden, samt (iv) möjligheten till rättslig prövning av Konkurrensverkets verkställighetsåtgärder.

Kravet på Konkurrensverkets oberoende

Direktivet innehåller i artikel 4 under rubriken Oberoende en text som syftar till att den nationella konkurrensmyndighetens oberoende och opartiskhet ska vara säkerställd. Promemorian intar ståndpunkten att denna text inte behöver genomföras i svensk lagstiftning eftersom grundläggande, till stor del okodifierade, principer i svensk offentlig rätt säkerställer myndighetens oberoende och opartiskhet. Fakultetsnämnden ifrågasätter om denna bedömning är hållbar i ett unionsrättsligt perspektiv. Det råder ingen tvekan om att ett viktigt syfte bakom Direktivet just varit att säkerställa de nationella konkurrensmyndigheternas självständighet. Det hänger nära samman med att dessa myndigheter inte endast handlägger nationella konkurrensfrågor utan tar aktiv del i tillämpningen av konkurrensrätten på unionsplanet inom ramen för det konkurrensrättsliga nätverket. För detta gäller direkt tillämplig unionsrätt. Från EU:s perspektiv torde det framstå som viktigt och centralt att den nationella konkurrensmyndighetens självständighet i detta arbete är tydligt fastslagen. Att så är fallet kan också i vissa lägen vara en styrka för Konkurrensverket.

Fakultetsnämnden förordar mot denna bakgrund att det i KL förs in en inledande bestämmelse med förslagsvis följande innehåll:

Konkurrensverket är nationell konkurrensmyndighet.

I Konkurrensverkets verksamhet ska iakttas de principer om oberoende som framgår av artikel 4 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1.

Konkurrensverkets organisation och ledningsstruktur

I fakultetsnämndens yttrande över Utredningen (bilaga 1) betonades vikten av att se över Konkurrensverkets organisation och ledningsstruktur för det fall att verket skulle ges en utökad beslutanderätt. Med en egen rätt att påföra sanktionsavgifter kommer verkets beslut att beröra avsevärda ekonomiska intressen. Den interna organisationen och arbetsordningen är helt avgörande för beslutens kvalitet och därmed för tillsynens rättssäkerhet och effektivitet. Vidare medför en utökad beslutanderätt att det framstår som än viktigare att utredningsverksamheten tydligt separeras från beslutsfattandet. Fakultetsnämnden noterar att det pågår ett arbete inom Regeringskansliet med att hitta former för hur Konkurrensverkets beslutsfattande funktion, så långt det är möjligt,

organisatoriskt och personellt kan skiljas från den utredande verksamheten.³ Det är fakultetsnämndens uppfattning att resultatet av detta arbete bör bli föremål för remissbehandling och att en sådan separation bör regleras i lag.

Fakultetsnämnden anser vidare att det fortsatt finns starka skäl att låta Konkurrensverket bli en styrelsemyndighet och hänvisar här till de argument som framfördes i yttrandet till Utredningen (bilaga 1). Fakultetsnämnden avser inte att presentera något förslag avseende styrelsens sammansättning eller uppdrag, men förutsätter att Direktivets krav på oberoende iakttas även i denna del.⁴ Vidare noterar fakultetsnämnden att generaldirektörerna för såväl Finansinspektionens som Post- och telestyrelsen ansvarar för den löpande verksamheten medan de båda myndigheternas styrelser beslutar i principiella frågor och frågor som i övrigt är av större vikt, exempelvis nya regler, sanktioner (Finansinspektionen) och planering av myndigheternas verksamhet.⁵ Det faller sig naturligt att åtminstone överväga en liknande ordning även för Konkurrensverket. Oavsett om verket förblir en enrådsmyndighet eller görs om till styrelsemyndighet anser fakultetsnämnden det dock nödvändigt med en ändrad beslutsmodell.

Det hade varit önskvärt om frågan rörande verkets organisation och ledning hade varit ordentligt genomlyst redan i detta skede och att beslut i denna fråga hade kunnat fattas samtidigt med beslutet om att ge Konkurrensverket rätt att påföra sanktionsavgifter. Detta särskilt mot bakgrund av den rapport som Riksrevisionen presenterade 2019 vilken pekar på brister i hur verket har organiserat och implementerat myndighetens interna kontroll för tillsynsarbetet. Enligt rapporten rör bristerna både hur det löpande arbetet styrs och kontrolleras och hur organisationen för tillsynen är utformad. Riksrevisionen anser att bristerna i den interna kontrollen försämrar förutsättningarna för prioriteringsbeslut och därmed effektiviteten i tillsynsarbetet.⁶ Frågan hur verkets arbete bäst ska organiseras borde enligt nämndens mening därför inte uteslutande ligga på verkets bord. Under alla omständigheter borde den bli föremål för en öppen granskning och diskussion. Mot denna bakgrund kan konstateras att det naturliga och mest lämpliga hade varit att utöka verkets beslutanderätt först efter det att man säkerställt att dess ledningsstruktur och interna handläggnings- och beslutsordning uppfyller kraven på oberoende, effektivitet och rättssäkerhet.

Tillämpning av lag (1996:242) om domstolsärenden

Mål om konkurrensskadeavgift handläggs i dag i domstol enligt rättegångsbalkens regler om tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten (indispositiva tvistemål). Om Konkurrensverket ges befogenhet i enlighet med vad som föreslås i promemorian kommer verket att fatta beslut om konkurrensskadeavgift och saken kommer efter överklagande,

³ DS 2020:3, sid. 67.

⁴ Enligt 12 § Förordning (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen utser regeringen styrelsens vice ordförande. En sådan ordning torde inte vara förenlig med Direktivets artikel 4.

⁵ Se <https://www.fi.se/sv/om-fi/organisation/styrelse/> samt <https://www.pts.se/sv/om-pts/organisationen/ledning-och-styrelse/>. Se även 13 § Förordning (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen. Generaldirektörerna för respektive myndighet har även plats i styrelsen. I Danmark har man en liknande ordning där Konkurrenserådet har det överordnade ansvaret för Konkurrens- og Forbrugerstyrelsens verksamhet. [Konkurrenserådet beslutar i principiella frågor och frågor som i övrigt är av större vikt, exempelvis nya regler, sanktioner och planering av myndighetens verksamhet. Se https://www.kfst.dk/om-os/organisation/raad-og-naevn/konkurrenseraadet/.](https://www.kfst.dk/om-os/organisation/raad-og-naevn/konkurrenseraadet/)

⁶ Riksrevisionen, *Konkurrensverkets tillsyn – förutsättningar för effektivt resursutnyttjande*, RIR 2019:26, sid. 6.

om inte annat föreskrivs, att handläggas i Patent- och marknadsdomstolen enligt lagen om domstolsärenden. Detta följer av 3 kap. 2 § första stycket lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar. Enligt promemorian är det svårt att tänka sig en ordning där tvistemålsregler ska tillämpas vid prövningen av ett överklagat myndighetsbeslut. Lagen om domstolsärenden framstår därför som det naturliga valet av processlag i dessa fall.

Det bör framhållas att konkurrensmålen är stora och utredningskrävande. Riksrevisionen noterar i den rapport som presenterades 2019 att de hör till de mest komplicerade mål som handläggs inom statsförvaltning och domstol.⁷ Av 1 § lagen om domstolsärenden följer att lagen ska tillämpas vid handläggningen av rättsvårdsärenden, alltså mindre ärenden som i de allra flesta fall kan hanteras skriftligt. Fakultetsnämnden delar inte promemorians uppfattning att lagen om domstolsärenden framstår som det naturliga valet av processlag i dessa mål.

Att lagen om domstolsärenden skulle bli tillämplig innebär utökad börda på domstolarna att processleda och utreda målen. Till detta bör läggas att omedelbarhetsprincipen inte är tillämplig och att allt ingivet material blir processmaterial vilket, som också uppmärksammas i promemorian, skulle kunna försämra förutsägbarheten och effektiviteten i domstolsprocessen. Sammanträden enligt lagen om domstolsärenden är endast ett komplement till den skriftliga handläggningen. Det är därför sannolikt att de eventuella effektivitetsvinster som egen beslutanderätt för med sig istället kommer att konsumeras av ökat arbete vid domstolarna.

De nu föreslagna reglerna om rättskraft för beslut i konkurrensrättsmål i senare skadeståndsmål bör vidare medföra att kumulation mellan dessa mål i praktiken inte kommer att ske. För det fall kumulation ändå begärs bör det framhållas att domstolen ställs inför problem med olika processuella regelverk att förhålla sig till. Vidare kan det uppstå svårhanterliga problem om mål enligt de sektorsspecifika regler vad gäller den digitala ekonomin ska kumuleras med konkurrensrättsmål. Det kan exempelvis antas att en part skulle vilja ansluta till Konkurrensverkets talan om missbruk av dominerande ställning gentemot, till exempel, en större plattformsförordning, utöver konkurrensrätten, nyttja plattformsförordningen som grund för en skadeståndstalan.⁸ Troligen skulle dessa mål processekonomiskt vinna på att kumuleras eftersom samma eller liknande bevisning kommer att nyttjas.

Strikt processuellt har konkurrensrättsmålen vid domstolen fungerat väl, och en osäkerhet kan förväntas uppstå vid en övergång från handläggning av mål enligt rättegångsbalken, till att pröva överklaganden av Konkurrensverkets beslut enligt lagen om domstolsärenden.

Mot bakgrund av ovanstående finner fakultetsnämnden att den processuella ordning som promemorian föreslår är olycklig och att handläggningen av målen fortsatt bör ske enligt rättegångsbalkens regler. Möjligen, men inte troligt, kan lagen om patent- och marknadsdomstolar kompletteras med regler som tar i beaktning omedelbarhetsprincipen och problemen med kumulation. Det bör då även säkerställas att domstolarnas

⁷ Riksrevisionen, *Konkurrensverkets tillsyn – förutsättningar för effektivt resursutnyttjande*, RIR 2019:26, sid. 17.

⁸ Förordning (EU) 2019/1150 om främjande av rättvisa villkor och transparens för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster.

sammansättning, både vad avser antalet lagfarna domare och ekonomiska experter, inte påverkas av den nya ordningen. Därmed skulle en övergång från handläggning av mål enligt rättegångsbalken, till att pröva överklaganden av Konkurrensverkets beslut enligt lagen om domstolsärenden väcka färre betänkligheter. Fakultetsnämnden förordar dock i första hand att rättegångsbalkens regler om indispositiva tvistemål fortsatt ska tillämpas vid handläggningen av konkurrens mål.

Rättslig prövning av verkställighetsåtgärder

Förslagen i promemorian syftar alla till att på ett eller annat sätt effektivisera tillämpningen av konkurrenslagstiftningen. Den föreslagna utredningsskadeavgiften ser till att förstärka och garantera en effektiv tillämpning av Konkurrensverkets utredningsbefogenheter. Möjligheten för verket att påföra konkurrensskadeavgift har även den till syfte att öka effektiviteten och därmed också konkurrensreglernas avskräckande effekt. Medan många av Direktivets bestämmelser syftar till att ge de nationella konkurrensmyndigheterna befogenheter som motsvarar kommissionens befogenheter enligt Konkurrensförordningen kan det konstateras att Direktivets bestämmelser – och således även promemorians förslag – i vissa delar till och med går längre än Konkurrensförordningen. Ett exempel rör gryningsräder i privata hem. Medan artikel 21 i Konkurrensförordningen ger kommissionen möjlighet att genomföra sådana gryningsräder endast vid misstanke om en allvarlig överträdelse av EU:s konkurrensregler ställer Direktivet inte något krav på överträdelsens art. Vidare har en anställd som får besök av kommissionen ingen skyldighet att underkasta sig inspektionsbeslutet och kommissionen kan därmed heller inte ta hjälp av polis eller annan verkställande myndighet för att bereda sig tillträde till en privatbostad. Direktivet däremot kräver att nationella myndigheter ges sådana möjligheter. Det är förvisso så att den nationella myndigheten i likhet med kommissionen måste ha anledning att anta att bevisning förvaras i bostaden och myndigheten är även bunden av proportionalitetsprincipen vilket torde utesluta att den här typen av gryningsräder genomförs vid misstanke om mindre allvarliga överträdelser. Icke desto mindre innebär de nya reglerna en skärpning av regelverket som mycket väl kan påverka såväl skyddet för privatliv som rätten till försvar.

Direktivet ställer även krav på att nationella konkurrensmyndigheter ska ges möjlighet att, i likhet med artikel 23(1) i Konkurrensförordningen, påföra sanktionsavgifter vid händelse att ett företag motsätter sig en inspektion eller på annat sätt försvårar myndighetens utredning. Promemorians förslag om utredningsskadeavgift speglar Direktivets bestämmelser i denna del. Om förslaget antas kommer företag att vara skyldiga att underkasta sig de åtgärder som Konkurrensverket vidtar och underlåtelse att göra det kan leda till en sanktionsavgift på upp till en (1) procent av företagets årsomsättning.

En ökad effektivitet ställer högre krav på processuella garantier. De föreslagna ändringarna bör därför förenas med en utökad rätt att få verkställighetsåtgärder prövade i domstol. Europadomstolen har i ett flertal mål slagit fast att företag ska ges möjlighet till rättslig prövning av såväl inspektionsbeslut som åtgärder vidtagna på basis av dessa. Den rättsliga prövningen ska vara garanterad och ske utan dröjsmål samt omfatta såväl sak- som rättsfrågor.⁹ 7 kap. 1 § KL innehåller en uttömmande beskrivning av de beslut som får överklagas till PMD. Åtgärder eller beslut som inte finns angivna i paragrafen kan

⁹ Se till exempel *Société Canal Plus and Others v. France*, no 29408/08, 21 december 2010 och *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz v. France*. No 29613/08, 21 december 2010.

således inte prövas av PMD. Denna ordning har framförallt ifrågasätts i samband med platsundersökningar när Konkurrensverket har önskat ta speglingskopior av digitalt lagrat material för vidare granskning i verkets lokaler. PMD har ansett sig sakna behörighet att pröva lagenligheten av sådana åtgärder.¹⁰ Det här innebär dock inte att ett företag saknar möjlighet att motsätta sig dessa åtgärder eller att få dem rättsligt prövade. Konkurrensverket har ingen rätt att använda tvångsmedel. Om företaget motsätter sig en sådan åtgärd får verket således vända sig till Kronofogdemyndigheten och begära handräckning.¹¹ Kronofogdemyndighetens beslut kan överklagas till allmän domstol.¹² Som noteras i promemorian har Högsta domstolen bedömt att denna ordning uppfyller de krav på förfarandet och domstolsprövning som följer av Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga.¹³ Det är förvisso korrekt, men vad som inte anges i promemorian är att Högsta domstolen där även slog fast att gällande ordning inte är fullt ut ändamålsenlig.¹⁴ Det finns flera skäl till att här förorda en lagändring.

I september 2016 fick vi i Sverige en ny domstolsordning för konkurrensrätt, med två nya domstolar, PMD och PMÖD. Den nya domstolsordningen motiverades bland annat av en önskan att tillförsäkra en effektiv och högkvalitativ handläggning av den här typen av ofta komplicerade mål.¹⁵ Konkurrensärenden är komplexa och det kan tyckas naturligt att den specialdomstol med särskild kompetens i dessa frågor är bäst lämpad att bedöma huruvida åtgärder vidtagna i samband med verkets utredningar är förenliga med gällande lagstiftning. Detta särskilt som vissa frågor, såsom till exempel frågor om advokatsekretess, redan prövas av PMD.¹⁶ Att låta bedömningen av vissa handlingar skötas av PMD medan bedömningen av andra handlingar lämnas åt allmänna domstolar kan tyckas både märkligt och ineffektivt.

En ytterligare dimension är det faktum att Direktivet nu uppställer krav på att sanktionsavgifter ska kunna påföras det företag som motsätter sig konkurrensmyndigheternas åtgärder.¹⁷ När Direktivet är genomfört kommer riskerna förknippade med att motsätta sig verkställighetsåtgärder således att vara betydande. Det är naturligtvis önskvärt att utforma regelverket så att det kan garantera en effektiv tillämpning av reglerna. Samtidigt bör man inte bortse från det faktum att effektiva utredningsmetoder måste balanseras mot företagets rättigheter. Rätten till försvar är grundläggande och tillkommer det företag som misstänks för en överträdelse av konkurrenslagen eller artiklarna 101 och 102 FEUF. Det innebär bland annat att verket har bevisbördan, att inspektionsbeslutet i alla delar måste återspegla de misstankar som redan finns mot företaget och att verket inte får kopiera andra handlingar än de som

¹⁰ Se Stockholms tingsrätts utkast till begäran om förhandsavgörande i mål Å 20087-10 (2010-12-15). Målet avskrevs sedan Konkurrensverket återkallat sin ansökan om att få granska digitalt lagrat material i dess egna lokaler. Se beslut i mål nr Å 20087-10 (2011-02-09).

¹¹ 5 kap. 10 § KL.

¹² Se 18 kap. Utsökningsbalken.

¹³ NJA 2018 s. 936, p. 23 och 34.

¹⁴ § 34.

¹⁵ Se till exempel Prop. 2015/16:57, sid. 1.

¹⁶ Skyddet för advokatsekretess är rätten för en enskild att inte behöva lämna ut korrespondens mellan denne och dess advokat. Att en klient i förtroende ska kunna vända sig till advokat och då vara garanterad att vad som anförtros advokaten – skriftligen eller muntligen – inte kommer till utomståendes kännedom, anses vara en grundval i en demokratisk rättsstat.

¹⁷ Artikel 13.

omfattas av ett inspektionsbeslut.¹⁸ Det företag som anser att Konkurrensverket inte följer dessa ramar har en befogad rätt att få saken prövad av en domstol utan att därmed riskera att drabbas av sanktionsavgift.

Om nuvarande ordning bibehålls, där företagen tvingas att aktivt motsätta sig verkets åtgärder och invänta handräckning av Kronofogdemyndigheten, föreligger en uppenbar risk att många företag inte vågar tillvarata sina grundläggande rättigheter av rädsla för sanktioner. Ett mer lämpligt alternativ vore att införa samma ordning som idag gäller för frågor om advokatsekretess och införa ett ordnat system där PMD tillåts avgöra huruvida en viss handling omfattas av inspektionsbeslutet eller inte. På så sätt tillåts företag tillvarata sina rättigheter utan att därmed försvåra verkets handläggning.

I promemorian föreslås att Konkurrensverket på ett antal punkter får befogenheter motsvarande de Finansinspektionen har enligt lag (2016:1306) med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning. Det vore önskvärt om man här även tog inspiration av 4 kap. 10 § nämnda lag enligt vilken Finansinspektionen omedelbart ska försegla en handling och skyndsamt överlämna den till Stockholms tingsrätt om det råder oenighet om huruvida den omfattas av undersökningen eller inte.

Slutsats

Sammanfattningsvis tillstyrker fakultetsnämnden de förslag i promemorian som syftar till att genomföra Direktivet i svensk lagstiftning. Fakultetsnämnden ställer sig även bakom förslaget att ge Konkurrensverket behörighet att påföra konkurrens- och utredningsskadeavgift. Dock bör detta förenas med och helst föregås av en revision såväl av Konkurrensverkets ledningsstruktur som dess interna handläggnings- och beslutsordning. Som framgår av det föregående finns det starka skäl att låta Konkurrensverket bli en styrelsemyndighet och genomföra en tydlig, lagfäst separation mellan utredning och handläggning å ena sidan och beslutsfattande å den andra.

Det är vidare fakultetsnämndens uppfattning att den föreslagna ordningen inte fullt ut säkerställer Direktivets krav på oberoende. Fakultetsnämnden föreslår att konkurrenslagen kompletteras med en bestämmelse som uttryckligen garanterar att Konkurrensverkets verksamhet bedrivs med iakttagande av de principer om oberoende som framgår av artikel 4 i Direktivet.

Fakultetsnämnden anser vidare att den processuella ordning som promemorian föreslår är olycklig och att nu gällande ordning bör bibehållas. Möjligen, men inte troligt, kan lagen om patent- och marknadsdomstolar kompletteras med regler som tar i beaktning omedelbarhetsprincipen och problemen med kumulation. Det bör då även säkerställas att domstolarnas sammansättning, både vad avser antalet lagfarna domare och ekonomiska experter, inte påverkas av den nya ordningen. Därmed skulle en övergång från handläggning av mål enligt rättegångsbalken, till att pröva överklaganden av Konkurrensverkets beslut enligt lagen om domstolsärenden väcka färre betänkligheter. Fakultetsnämnden förordar dock i första hand att rättegångsbalkens regler om indispositiva tvistemål fortsatt ska tillämpas vid handläggningen av konkurrens mål.

¹⁸ Se till exempel EU-domstolens dom i Deutsche Bahn, Mål C-583/13 P, *Deutsche Bahn AG m. fl. mot Europeiska kommissionen*, EU:C:2015:404.

Slutligen förespråkar fakultetsnämnden en översyn av reglerna kring den rättsliga prövningen av verkställighetsåtgärder. Gällande ordning torde förvisso möta kraven i såväl EU:s rättighetsstadga som Europakonventionen, men den kan inte anses fullt ut ändamålsenlig, varken från ett rättssäkerhets- eller processekonomiskt perspektiv.

Bilaga 1

Remiss: En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket (SOU 2016:49)

Utredningen föreslår att Konkurrensverket ges väsentligt utökade beslutsbefogenheter. Verket föreslås få befogenhet att självt besluta om att ålägga företag att betala konkurrensskadeavgift (s k konkurrensböter) om det har skett en överträdelse av förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning i EU:s funktionsfördrag eller konkurrenslagen. Verket föreslås också få befogenhet att självt besluta om förbud mot en koncentration som verket bedömer strida mot reglerna om företagskoncentration i unionsrätten eller konkurrenslagen. I båda fallen gäller i nuläget att verket har att föra talan i domstol (Patent- och marknadsdomstolen, PMD) om påförande av konkurrensskadeavgift resp. förbud mot en koncentration. Verkets beslut ska enligt förslaget kunna överklagas till PMD och därefter – om prövningstillstånd beviljas – till Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD). Några andra lagändringar än vad som följer av det sagda föreslås inte.

Utredningen motiverar förslaget i första hand med att det skulle medföra effektivitetsvinster att flytta ned beslutanderätten från PMD till Konkurrensverket och därutöver med att den föreslagna förändringen skulle underlätta Konkurrensverkets samarbete med andra motsvarande myndigheter inom EU, eftersom dessa i allmänhet har större beslutsbefogenheter än den svenska myndigheten. Utredningen föreslår inga förändringar i Konkurrensverkets nuvarande interna organisation eller beslutsordning.

Frågan om effektivitetsvinst

Enligt Juridiska fakultetsnämnden är det ett viktigt allmänintresse att samhällets regelverk mot olämpliga konkurrensbegränsningar inom näringslivet fungerar effektivt både inom landet och på EU-planet. Samtidigt måste beaktas att de konkurrensrättsliga bedömningarna kan vara mycket komplicerade och att de ingripande beslut som ofta träffas och de kraftfulla sanktioner som tillämpas ställer mycket stora krav på kvaliteten i beslutsfattandet och en ordning som tillgodoser högt ställda krav på ett rättssäkert förfarande.

Vill man bibehålla samma kvalitet på beslutsfattandet som i dag bör krävas att de beslut som Konkurrensverket fattar om att ålägga företag att betala konkurrensskadeavgift och att förbjuda företagskoncentrationer föregås av en lika ingående prövning som den som nu sker inom ramen för en process vid PMD där verket agerar som part. Tar man detta som utgångspunkt ställer sig nämnden tveksam till om det framlagda förslaget skulle leda till några större effektivitetsvinster. Man skulle troligtvis också få räkna med att en stor andel av Konkurrensverkets beslut om påförande av konkurrensskadeavgift skulle komma att överklagas till PMD, särskilt med beaktande av att det kan vara fråga om ekonomiskt mycket kännsbara påföljder.

Oavsett hur man ser på frågan om möjliga effektivitetsvinster ser fakultetsnämnden vissa tveksamheter med utredningens förslag som skulle ha förtjänat en närmare belysning.

Pågående översyn av EU:s konkurrensförordning

Det är väl bekant att kommissionen överväger en reformering av den grundläggande konkurrensförordningen 1/2003. I den för två år sedan publicerade rapporten ”Ten Years

of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievement and Future Perspectives” har kommissionen slagit fast behovet av en utbyggd konkurrensrättslig harmonisering och tillkomsten av en ”truly common competition enforcement area in the EU”. Kommissionen anser att den nationella konkurrenslagstiftningen i medlemsstaterna behöver stärkas och att det behövs effektiva nationella utrednings- och sanktionsbefogenheter.

Sannolikt kommer kommissionen att gå vidare och föreslå konkreta lagändringar i syfte att åstadkomma en ökad harmonisering och effektivare nationell tillämpning av unionens konkurrensregler. Huruvida kommissionen kommer att föreslå en ordning som fordrar att nationella konkurrensmyndigheter ska ha möjlighet att själva besluta om påförande av sanktionsavgifter är ännu oklart. Man kan hursomhelst räkna med att kommissionen kommer att föreslå nya eller ändrade regler som kräver andra förändringar i konkurrenslagen än dem som omfattas av utredningsförslaget.

Enligt fakultetsnämnden är det klokast att avvakta med att genomföra utredningens förslag tills man fått ökad klarhet om vad som blir resultatet av den pågående översynen av EU:s konkurrensförordning. Även om denna kommer att fordra att Konkurrensverket ges ökade egna beslutsbefogenheter, kommer översynen sannolikt att kräva att detta bereds i ett större sammanhang.

Konkurrensverkets ledningsstruktur

Utredningen diskuterar i betänkandet Konkurrensverkets ledningsstruktur, framförallt fördelar och nackdelar med styrelsemyndighet respektive enrådighetsmyndighet.

Utredningen kommer fram till att den effektivaste handläggningen uppnås genom att Konkurrensverket även fortsättningsvis leds av en generaldirektör och att verket bör behålla nuvarande ledningsform och förbli en enrådighetsmyndighet. När det gäller Konkurrensverkets interna organisation och beslutsfunktioner uttalar utredningen att den inte har ambition att lämna detaljerade förslag på hur verkets inre organisation och beslutsfunktion ska se ut vid en utökad beslutanderätt. Utredningen noterar att det kan finnas behov av förändringar i vissa hänseenden, men den anser att dessa frågor behandlas och beslutas bäst av myndighetens ledning. Utredningen lämnar alltså inga förslag till ändring.

Enligt fakultetsnämnden borde hithörande frågor ha fått en mer ingående behandling i utredningen. En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket medför högt ställda krav på en välavvägd och genomtänkt intern organisation med klar och tydlig funktionsfördelning för att garantera beslutens kvalitet samt beslutsprocessens effektivitet och rättssäkerhet.

Det finns övervägande skäl som talar för att Konkurrensverket borde vara utformat som en styrelsemyndighet. För det första, och som utredningen anger, är styrelseformen lämplig för myndigheter med komplext och omfattande verksamhetsuppdrag, där ett breddat ledningsansvar kan vara förtroendeskapande. Styrelsen kan också ha en viktig roll i kvalitetssäkringen. Konkurrensverket uppfyller dessa kriterier samt även andra kriterier som uppräknas i utredningen såsom: stor påverkan på andra samhällssektorer; tvärssektoriell och komplex verksamhet som rör flera samhällsområden; tydligt behov av bredd i form av olika kompetenser för att leda verksamheten mm. Vidare kan de exempel på svenska myndigheter som idag följer styrelsemodellen, nämligen PTS och Finansinspektionen, anses ha uppdrag och verksamhet som ligger närmare Konkurrensverket än enrådighetsmyndigheter som Skatteverket.

Denna slutsats stöds även av komparativa utblickar över hur konkurrensmyndigheter i andra medlemsstater är organiserade. Som utredningen konstaterar är myndighetsmodellen klart dominerande i EU:s medlemsstater. Samtidigt förekommer myndighetsmodellen i olika variationer. En rapport sammanställd år 2012 inom det europeiska nätverket av konkurrensmyndigheter (ECN) skiljer mellan en monistisk och en dualistisk modell. I en dualistisk modell, där Belgien vid tiden då rapporten skrevs var huvudexemplet, är kompetensen strikt fördelad mellan ett undersökningsorgan (College of Competition Prosecutors) och ett beslutsorgan (Competition Council). Mer ofta förekommande är en monistisk myndighetsmodell, där ärenden utreds och beslut fattas av samma myndighet. Dock finns även i den monistiska modellen vanligen en uttalad ambition att uppnå en funktionell uppdelning mellan undersöknings- och beslutsfunktioner. De flesta myndigheter inom denna modell uppvisar en icke-enhetlig ("non-unitary") struktur. Utredningar initieras och undersökningar genomförs av utredningstjänster. Beslut om huruvida det skett en överträdelse och om sanktioner fattas däremot av en självständig enhet som vanligtvis har en kollegial sammansättning (en nämnd eller ett kollegium eller råd). I länder som Frankrike och Spanien är en sådan funktionell uppdelning fullständigt genomförd och de separata enheterna arbetar självständigt från varandra. Länder som följer en liknande modell är förutom Frankrike och Spanien även Bulgarien, Cypern, Danmark (delvis), Grekland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Ungern, Portugal och Rumänien.

Ett antal europeiska konkurrensmyndigheter arbetar dock enligt en enhetlig struktur (unitary structure). I denna grupp ingår förutom Sverige (i vissa hänseenden) Tjeckien, Tyskland, Estland, Finland (delvis), Malta, Nederländerna, Polen, Slovakien, Slovenien och Storbritannien. Vid närmare påseende visar dock den institutionella utformningen av konkurrensmyndigheterna även i dessa länder att man ägnat betydande omsorg åt att säkerställa en intern befogenhetsfördelning och en hög grad av självständighet för enskilda avdelningar och interna enheter. Till exempel är förfarandet i Tjeckien och Slovakien utformat som ett tvåinstansförfarande, där beslut fattas i ett första steg av Konkurrensverkets ställföreträdande direktör med möjlighet för överklagande till myndighetens direktör (i Tjeckien) eller till ett kollegialt organ inom myndigheten (i Slovakien ett råd). I Tyskland är arbetet uppdelat mellan tolv avdelningar. I Nederländerna är arbetsfördelningen strikt mellan en konkurrensavdelning och en rättsavdelning, medan beslut fattas av ett kollegialt organ (Board of Directors). I Storbritannien tillsätts en beslutsgrupp för varje överträdelseärende som har nått fasen "statement of objections". Denna beslutsgrupp är tydlig separerad från utredningsenheten i samma ärende.

Slutligen kan det tilläggas att även utrednings- och beslutsförfarandet vid EU-kommissionen är utformat med ett antal åtgärder för kontroll och maktfördelning ("checks and balances"). Detta uppmärksammas av utredningen.

Sammanfattningsvis visar denna nödvändigtvis översiktliga utblick att EU:s medlemsstater betraktar konkurrensmyndigheternas interna organisation som en fråga av stor vikt både från effektivitets- och rättssäkerhetssynpunkt. En övergripande aspekt är att man funnit det angeläget att säkerställa dessa myndigheters fristående ställning och integritet. I majoriteten av EU:s medlemsländer återfinns detaljerade bestämmelser om konkurrensmyndighetens organisation och beslutsförfarande antingen i respektive

konkurrenslag eller i implementeringslagstiftning. Detta bidrar till ökad transparens och förutsägbarhet.

Enligt fakultetsnämnden hade dessa frågor förtjänat en noggrannare belysning och mer specifik behandling i utredningsförslaget mot bakgrund av att utredningen föreslår en omfattande överföring av beslutsbefogenheter från domstol till Konkurrensverket.

Slutsats

Sammanfattningsvis anser fakultetsnämnden att ett ställningstagande till frågan om överförande av ytterligare beslutanderätt till Konkurrensverket, i enlighet med utredningsförslaget, bör avvakta tills man vinner ökad klarhet om vad en revision av EU:s konkurrensförordning kommer att innebära. Bli det aktuellt att tilldela Konkurrensverket en väsentligt utökad beslutanderätt bör detta förenas med en omprövning av Konkurrensverkets ledningsstruktur och interna handläggnings- och beslutsordning. Som framgått av det föregående finns det starka skäl att låta Konkurrensverket bli en styrelsemyndighet och genomföra en tydlig, lagfäst separation mellan utredning och handläggning å ena sidan och beslutsfattande å den andra. Härvid bör naturligtvis även övervägas om en ändrad ordning kan ge effektivitetsvinster.