

Näringsdepartementet
n.remissvar@regeringskansliet.se

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

N2019/02952/JL

Sammanfattning

Konkurrensverket anser att promemorians förslag om en reglering som i vissa avseenden går utöver direktivets tillämpningsområde kräver ytterligare utredning och överväganden för att kunna genomföras.

Konkurrensverket instämmer i att det inte finns behov av att utöka antalet förbjudna handelsmetoder i Sverige. Det är heller inte önskvärt att göra förbudet tvingande avseende fler handelsmetoder eftersom det skulle innebära ytterligare begränsningar av avtalsfriheten.

Konkurrensverket delar inte bedömningen att regeringen bör utse Konkurrensverket att utöva tillsyn över reglerna i den nya lagen. Ett sådant tillsynsuppdrag skiljer sig i väsentliga avseenden från verkets grundläggande generella uppdrag att verka för en effektiv konkurrens till nytta för konsumenterna på alla marknader. Konkurrensverket bedömer att förtroendet för verket som en objektiv tillsynsmyndighet på konkurrensområdet kan komma att skadas om Konkurrensverket dessutom har ett uppdrag med ett helt annat syfte, nämligen att stärka leverantörers konkurrenskraft inom en specifik sektor. Det direktiv som nu ska genomföras syftar inte till att öka konsumentnyttan eller stärka konkurrensen.

Konkurrensverket anser att flera av författningsförslagen om tillsynsmyndighetens befogenheter kräver ytterligare utredning och överväganden i syfte att säkerställa att direktivet genomförs korrekt. Därutöver bör regleringen av vissa av befogenheterna förtydligas och utsträckas.

EU:s direktiv om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan

I promemorian lämnas förslag till genomförande av EU:s direktiv om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan.¹ Direktivet syftar till att minska förekomsten av otillbörliga handelsmetoder som kan komma att få en negativ inverkan på jordbruksbefolkningens levnadsstandard.² Direktivet skyddar leverantörer i deras avtalsrelationer med köpare i olika led av jordbruks- och livsmedelskedjan. Direktivet innehåller en rad förbud mot vissa handelsmetoder. Genomförandet av direktivet kommer att påverka förhandlingsstyrkan och konkurrenskraften mellan aktörerna i jordbruks- och livsmedelskedjan.

Konkurrensverket vill inledningsvis framhålla att eftersom leverantörer och köpare i hög grad agerar på en internationell marknad bör ett genomförande som går utöver direktivets krav vara väl avvägd och analyserat utifrån vilka konsekvenser det kan få dels för den gränsöverskridande handeln med livsmedel och tillsynsmyndighetens eventuella utredningar av förfaranden i andra medlemsstater, dels andra medlemsstaters utredningar av tillsynsobjekt baserade i Sverige.

Handeln med jordbruks- och livsmedelsprodukter är i hög grad en internationell marknad. Sverige importerar ungefär dubbelt så mycket jordbruksprodukter och livsmedel som vi exporterar. Nästan all vår import av livsmedel kommer från andra EU-länder och Sverige exporterar främst till de nordiska länderna.³ Det hade varit önskvärt med en analys om och i så fall hur utredarens förslag om en reglering som går utöver direktivets krav påverkar den gränsöverskridande handeln. En sådan analys bör beakta risken för att en svensk reglering kan bli verkningslös gentemot tillsynsobjekt baserade i andra medlemsstater som inte infört motsvarande reglering, samtidigt som köpare baserade i Sverige hålls till en högre standard även i förhållande till utländska leverantörer med marknadsakt.

Den nya lagens tillämpningsområde

I kommissionens förslag till nytt direktiv i april 2018 begränsades skyddet till små och medelstora företag som är leverantörer till stora företag i livsmedelskedjan. Under förhandlingarna utökades skyddet till att omfatta även större företag genom en "trappstegsmodell". Direktivets trappstegsmodell baseras på leverantörens och köparens relativa storlek. Den övre gränsen för vilka leverantörer som ska omfattas av direktivets skydd är satt till en omsättning på

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/633 av den 17 april 2019 om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan.

² Skäl 1 i direktivet

³ Jordbruksverket. I importstatistiken finns en del import från länder som ligger utanför EU men som ankommit till något EU-land.

350 miljoner euro. Aktörernas årsomsättning är ett approximativt värde för relativ förhandlingsstyrka.⁴ Utredningen uppskattar att drygt tio leverantörsföretag i Sverige har en högre omsättning och därför inte omfattas av direktivets skydd mot otillbörliga handelsmetoder. I promemorian redovisas att trappmodellen har flera kontraproduktiva effekter som slår hårdast mot dem som ska skyddas varför utredaren i stället föreslår att lagen ska vara tillämplig oavsett leverantörens eller köparens storlek eller inbördes styrkeförhållande.

Konkurrensverket anser att omsättningsstorlek som approximation för förhandlingsstyrka kan generellt ifrågasättas. Direktivets trappstegsmodell medför tröskeeffekter och innebär dessutom att tillsynsmyndigheten först kommer behöva utreda om ett företag har en sådan storlek att det rymms inom lagens tillämpningsområde och därefter utreda själva förfarandet. Handläggningen kan därigenom bli resurskrävande. Enkla och tydliga materiella regler är generellt sett att föredra för såväl tillsynsmyndigheten som aktörerna i livsmedelskedjan.

Enligt promemorian är förbuden mot otillbörliga handelsmetoder närmast en kodifiering av befintliga principer för god affärssed som undertecknats av medlemsorganisationer inom livsmedels- och handelssektorn.

Konkurrensverket ifrågasätter inte den bedömningen men anser att det i sig inte är ett tillräckligt skäl för att regeln ska omfatta leverantörer oavsett storlek i jordbruks- och livsmedelskedjan. Otillbörliga handelsmetoder är ett problem särskilt för små- och medelstora leverantörer, vilket framgår av direktivet.⁵

En utvidgning till att omfatta alla leverantörer skulle göra det möjligt även för mycket stora leverantörer att kunna återropa reglerna även gentemot betydligt mindre köpare, vilket inte är enlighet med direktivets syfte. Konkurrensverket anser att en sådan utvidgning av tillämpningsområdet, som innebär att regelverket kan få en annan verkan än vad som åsyftats i direktivet, behöver övervägas ytterligare. Bland annat det bör det övervägas om det finns övertygande skäl för att åstadkomma en generell förskjutning av marknadsakt i värdekedjan och vad det skulle få för effekter för konsumenterna.

Särskilt om färskvarudefinitionen och betalnings- och annulleringstider

Promemorian föreslår ytterligare en regel utöver vad som krävs enligt direktivet genom att direktivets regler om betalnings- och annulleringstider för färskvaror, den s.k. 30/30-regeln, föreslås gälla för samtliga jordbruks- och livsmedelsprodukter och alltså även omfatta icke-färskvaror. I direktivets artikel 2.5 och i skäl 17 definieras färskvaror. Enligt utredaren finns det gränsdragningsfrågor rörande vad som är en färskvara respektive en icke-

⁴ Se skäl 14 och artikel 1.2.

⁵ Skäl 9

färskvara. Detta riskerar i sin tur att regelverket blir svårtillämpat. I promemorian föreslås därför att det inte bör göras någon skillnad på färskvaror och andra jordbruks- och livsmedelsprodukter.

Konkurrensverket delar farhågorna om att olika regler för färskvaror respektive icke-färskvaror riskerar att leda till gränsdragningsproblem. Även om Konkurrensverket är införstått med bevekelsegrunderna för förslaget innebär det dock långtgående förändringar vad gäller betalnings- och annulleringstider för icke-färskvaror.

Konkurrensverket kan konstatera att betalningstider om 30 dagar till stor del överensstämmer med tidigare kartläggningar som gjorts av avtalade betalningstider i näringslivet.⁶ Medelstora och stora företag som säljer varor och tjänster till stora företag har dock i genomsnitt längre avtalade betalningstider, på 38 respektive 40 dagar. Kartläggningar har även visat att de avtalade betalningstiderna ofta skiljer sig från de faktiska betalningstiderna.⁷

Utredarens förslag om att införa en generell 30-dagars regel för betalningar ter sig enligt Konkurrensverket vara i linje med den tidigare kartlagda betalningstiden i näringslivet i stort. Ur det perspektivet skulle det sannolikt inte innebära någon större förändring, annat än för de medelstora och stora företag som har längre avtalade betalningstider.

Konkurrensverket delar också utredarens bedömning att en reglering av betalningstiden till högst 60 dagar för icke-färskvaror kan komma att uppfattas som en "normal" betalningsperiod, vilket kan leda till en försämring av likviditeten för leverantörerna, vilket knappast vore önskvärt.

En köpare förbjuds enligt direktivet att annullera order av jordbruks- och livsmedelsprodukter som är färskvaror med varsel på mindre än 30 dagar. Direktivets förbud mot sena avbeställningar syftar till att fördela riskerna mellan leverantörer och köpare avseende variationer i produktionsvolym. I promemorian framförs att det från leverantörsled påtalats vissa problem för leverantörer med avbeställning med kort framförhållning även för icke-färskvaror, till exempel handelns egna märkesvaror. Enligt promemorian bör dagligvaruhandeln bära en större risk eftersom den styr över avsättningen av varorna. En utvidgning av förbudet till att även omfatta icke-färskvaror kan dock, enligt utredaren, bland annat leda till att order läggs senare än i dag för att inte aktivera förbudet.

⁶ Promemoria *Krav på rapportering av betalningstider* (2016), *Ds Kartläggning av betalningstider i näringslivet* (2016). År 2013 kom Promemorian *Tvingande regler om betalningstider i näringslivet*, med ett lagförslag som inte skulle tillåta längre betalningsfrister än 30 dagar i förhållanden mellan näringsidkare. Lagförslaget infördes dock aldrig. I april 2018 kom Näringsdepartementets promemoria om *Krav på rapportering av betalningstider*, med ett förslag till lag om rapportering av betalningstider.

⁷ *Ds Kartläggning av betalningstider i näringslivet* (2016).

Konkurrensverket anser att konsekvenserna av att införa ett förbud mot sena annulleringar av icke-färskvaror inte är tillräckligt utrett eller analyserat, särskilt mot bakgrund av att det, så vitt Konkurrensverket känner till, i dag är oreglerat.

Även om syftet med promemorians förslag är att omfördela riskerna mellan leverantörer och köpare, till leverantörernas fördel, så saknar Konkurrensverket en djupare analys av hur regeln för annulleringar och betalningar påverkar köpare och säljare, inte minst mot bakgrund av att många leverantörer också agerar som köpare av till exempelvis insatsvaror till produktionen. Då handeln är betydande inom EU behöver det även belysts om förslaget att inte särskilja mellan färskvaror och icke-färskvaror får betydelse vid gränsöverskridande tillsynsutredningar med medlemsstater med ett direktivnära genomförande. Konkurrensverket anser därför sammanfattningsvis att reglerna inte bör utvidgas till att omfatta mer än vad som följer av direktivet innan konsekvenserna belysts mer utförligt.

Otillbörliga handelsmetoder som ska vara förbjudna

Utredningen föreslår inte några förbud mot andra handelsmetoder än de som regleras i direktivet.

Direktivet handlar om avtalsrelationer mellan kommersiella aktörer i jordbruks- och livsmedelskedjan. I det ursprungliga direktivförslaget⁸ föreslogs åtta otillbörliga handelsmetoder, varav fyra tvingande förbud (svarta listan) och fyra dispositiva förbud (gråa listan).⁹ När en bestämmelse är dispositiv så kan bestämmelsen avtalas bort för att inte begränsa användningen av avtal som är rättvisa vilket leder till en ökad effektivitet.¹⁰ De dispositiva förbuden är enligt Konkurrensverket mer i linje med den svenska avtalsrättens anda med avtalsfrihet som en viktig utgångspunkt för en fungerande marknadsekonomi.

Under förhandlingarna tillkom ytterligare åtta otillbörliga handelsmetoder. Totalt har direktivet tio otillbörliga handelsmetoder på den svarta listan och sex handelsmetoder på den gråa listan. Konkurrensverket har i ett tidigare regeringsuppdrag om konkurrensen i livsmedelskedjan inte funnit några säkra belägg för att otillbörliga handelsmetoder skulle förekomma i sådan omfattning att det allvarligt stör konkurrensen på livsmedelsmarknaden.¹¹ Konkurrensverket instämmer i att det inte finns behov av att utöka antalet förbjudna handelsmetoder i Sverige. Det har inte heller framkommit skäl att göra förbudet tvingande avseende fler handelsmetoder.

⁸ COM (2018) 173 final Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i livsmedelskedjan

⁹ Syftet med uppdelning av otillbörliga handelsmetoder i absoluta och dispositiva förbud framgår i direktivets skäl 16.

¹⁰ Skäl 16.

¹¹ Konkurrensverket, *Konkurrensen i den svenska livsmedelskedjan*, Rapport 2018:4

Tillsynsmyndighet

Det har ingått i utredningens uppdrag att överväga vilken myndighet som bör vara nationell tillsynsmyndighet. Direktivet är sektorsspecifikt och den nya lagen kommer att utgöra en marknadsrättslig reglering av otillbörliga handelsmetoder mellan företag på vissa specifika avgränsade marknader. Utredningen har övervägt att placera tillsynen på antingen en sektorsmyndighet eller en myndighet med ett generellt marknadsrättsligt uppdrag. Utredningen har bedömt att Konkurrensverket bör utses till tillsynsmyndighet.

Konkurrensverket har ett ansvar att verka för en effektiv konkurrens i hela näringslivet och inte för att stärka enskilda sektorer eller företags förhandlingsstyrka eller konkurrenskraft. Det direktiv som ska genomföras har heller inte som syfte att öka konsumentnyttan eller främja konkurrensen. Konsumentintresset står i fokus vid all konkurrenstillsyn och ett ingripande med stöd av konkurrensreglerna kan ske mot företag i alla led av handelskedjan, inte endast gentemot köpare.

Det övergripande syftet med denna reglering är att motverka otillbörliga handelsmetoder som i slutändan kan komma att få en negativ inverkan på jordbruksbefolkningens levnadsstandard. Ett sådant mål är svårt att förena med Konkurrensverkets generella uppdrag.

Om Konkurrensverket skulle få ett uppdrag att värna om just jordbruksproducenters och leverantörers konkurrenskraft inom jordbruks- och livsmedelssektorn finns det uppenbara risker att myndighetens förutsättningar att utföra det generella uppdraget att verka för en effektiv konkurrens till nytta för konsumenterna försvagas. Det finns även en risk att förtroendet för verket som en objektiv tillsynsmyndighet på konkurrensområdet kan komma att skadas om Konkurrensverket dessutom har ett uppdrag med ett helt annat syfte.

Ett eventuellt uppdrag att utöva tillsyn över den nya lagen om otillbörliga handelsmetoder skiljer sig i väsentliga avseenden från verkets nuvarande arbetsuppgifter. Möjligheterna till samordningsvinster mellan den föreslagna och den befintliga verksamheten bedöms vara mycket små, inte minst med beaktande av den målkonflikt som kan uppstå vid tillämpningen av de respektive regelverken.

Konkurrensverket delar inte promemorians farhågor om att det skulle vara ett problem att företag behöver vända sig till två myndigheter. Det följer redan av serviceskyddslagen i förvaltningslagen att myndigheter hjälper enskilda till rätta om de av misstag vänder sig till fel myndighet.

Konkurrensverket delar inte heller utredarens bedömning om att Konkurrensverket skulle vara särskilt lämpad att vara tillsynsmyndighet mot bakgrund av att verket har samverkan med andra konkurrensmyndigheter i det

europiska konkurrensrättsliga nätverket ECN. Det samarbetet vilar på en särskild förordning (EG) 1/2003, som syftar till genomföra en enhetlig tillämpning av EU:s konkurrensregler. Det är oklart hur det framtida samarbetet mellan nationella tillsynsmyndigheter kommer att se ut men det kommer i vart fall inte att ske inom ramen för ECN. Därtill finns det redan i dagsläget skillnader mellan medlemsstaterna i var de valt att placera tillsynsfunktionen.

Konkurrensverket delar bedömningen att den nya lagen om otillbörliga handelsmetoder omfattar utmaningar såväl juridiskt som utredningsmässigt när det handlar om att utreda explicita, men även implicita, avtalsvillkor. Konkurrensverket bedömer liksom utredningen att det finns begränsade möjligheter att hämta vägledning från praxis.

Konkurrensverket har inte några djupare kunskaper om avtalskonstruktioner på denna specifika marknad och heller ingen närmare kännedom om till exempel produkters olika beskaffenhet, när och hur volymprognoser görs eller hur produkterna hanteras av leverantör och köpare. Sådana sektorsspecifika kunskaper bedömer Konkurrensverket som nödvändiga för att effektivt kunna utföra tillsyn över otillbörliga förfaranden i den nya lagen.

I promemorian framhålls att Konkurrensverket har erfarenhet av att genomföra oanmälda inspektioner i sin befintliga verksamhet. Oanmälda inspektioner är en utredningsåtgärd av ingripande karaktär som tillsynsmyndigheten för den nya lagen får förutsättas använda bara när det är nödvändigt. Befogenheterna och förutsättningarna för att utföra oanmälda platsinspektioner kommer att vara desamma oavsett vilken myndighet som blir utsedd tillsynsmyndighet. Det finns dessutom väsentliga skillnader mellan den föreslagna regleringen av platsinspektioner och de möjligheter till oanmälda platsinspektioner som gäller enligt konkurrenslagen. Möjligheten till oanmälda platsinspektioner är således inte ett starkt argument för att just Konkurrensverket bör utses till tillsynsmyndighet. Det finns inga uppenbara synergier eller samordningsvinster såvitt Konkurrensverket kan bedöma.

Som konstateras i promemorian finns det ingen självklar tillsynsmyndighet för den nya regleringen. Sammantaget anser Konkurrensverket att nackdelarna med att verket anförtros uppgiften är så pass stora att den i stället bör ges till en sektorsmyndighet.

Ingripanden och sanktioner

Tillsynsmyndigheten tilldelas flera befogenheter i direktivet. I promemorians författningsförslag föreslås det i 13 § att kretsen av aktörer som kan föreläggas att lämna information utvidgas till att även omfatta "någon annan". Konkurrensverket anser att detta är rimligt eftersom det inte finns några begränsningar i vilka aktörer som kan lämna in ett klagomål samt att det för



tillsynsmyndigheten kan vara nödvändigt att ställa frågor till tredje man, det vill säga annan än klaganden, leverantören eller köparen.

Konkurrensverket instämmer även i att det inte är ändamålsenligt att tillsynsobjektet ska få yttra sig innan tillsynsmyndigheten förelägger om att lämna tillträde till lokaler och andra utrymmen om det kan befaras att åtgärden skulle förlora i betydelse. När det gäller föreläggande om att lämna uppgifter och handlingar samt inställa sig till förhör kan det dock ifrågasättas om det verkligen behövs en motsvarande reglering (14 §). Detta eftersom det indikerar att tillsynsmyndigheten i normalfallet skulle ha en skyldighet att ge den som föreläggandet avser tillfälle att yttra sig innan ett sådant föreläggande får meddelas. Det torde knappast finns behov av att ge tillsynsobjektet möjlighet att yttra sig inför ett sådant föreläggande meddelas utöver vad som redan följer av förvaltningsrättsliga regler.

Befogenhet till platsundersökning

I promemorian föreslås att tillsynsmyndigheten ges befogenhet att förelägga en köpare att lämna tillträde till lokaler och andra utrymmen för att förelägga om tillhandahållande av uppgifter, handlingar och inställelse till förhör.

Rätten till tillträde medför enligt promemorian inte i sig någon rätt att ta del av handlingar utan syftet är framförallt att försvåra för köpare att skaffa undan handlingar och utan onödigt dröjsmål erhålla handlingar samt träffa personer som kan förhöras. Konkurrensverket har svårt att se dels vilken praktisk nytta ett tillträde skulle ha om det inte finns någon rätt att ta del av handlingar, dels hur tillsynsmyndigheten på plats kan försvåra för köparen att skaffa undan handlingar. Konkurrensverket uppfattar att ordet "inspektion" i direktivets artikel 6.1 c kan indikera att tillsynsmyndigheten ska ha en mer långtgående befogenhet än endast tillträde till lokaler. Mot den bakgrunden bör det övervägas om direktivet är korrekt genomfört i 13 §. Det bör även övervägas att utforma lagtexten närmare annan liknande lagstiftning, t.ex. 22 kap. 2 § lagen om offentlig upphandling så att tillsynsmyndigheten i vart fall ska få inhämta upplysningar vid inspektionen.

Konkurrensverket anser att regleringen om tystnadsplikt för advokater bör omformuleras så att den inte tar sikte på om advokater bryter tystnadsplikt utan om företaget kan invända att en handling rör advokatsekretess. Även ett krav att en handling ska förvaras av advokaten, dess biträde eller den till vars förmån den är upprättad vore rimligt.

Utredningen har, till skillnad från direktivets artikel 6.1 c, avgränsat kretsen av aktörer till att enbart köpare kan bli föremål för ett föreläggande om att lämna

tillträde.¹² Då anmälningar alltid riktas mot en aktör i egenskap av köpare kan denna begränsning till enbart de som misstänks ha begått en överträdelse te sig rimlig. Konkurrensverket anser ändå att ytterligare överväganden bör göras kring möjligheten att låta ett föreläggande även avse någon annan om det finns skäl att anta att uppgifter som behövs i utredningen finns hos denne. Det kan exempelvis röra sig om tillsynsobjektets moderbolag, dotterbolag eller annan juridisk person som delar kontors- eller andra affärslokaler med tillsynsobjektet. En avgränsning till enbart tillträde till köparens lokaler behöver även analyseras utifrån vilka konsekvenser detta kan få för samarbete och bistånd i utredningar mellan tillsynsmyndigheter i andra medlemsstater.

Förbud, viten och sanktionsavgifter

Av lagförslagets 16 § framgår att den utsedda tillsynsmyndigheten ska kunna förbjuda en köpare att tillämpa en otillbörlig handelsmetod eller en handelsmetod som väsentligen överensstämmer med den som förbjuds. Ur rättssäkerhetssynvinkel ska det finnas förutsebarhet om förbudets räckvidd. Möjligheterna att finna vägledning från praxis är begränsade vad gäller vilka handelsmetoder som kan komma att betraktas som väsentligen överensstämmande. I promemorian anges vidare att ett utvidgat förbud ska kunna omfatta handelsmetoder som i fråga om sina rättsliga och ekonomiska verkningar är att anse som identisk eller likvärdig med den förbjuds. Det är dock problematiskt att utgå från en handelsmetods verkningar vid en sådan bedömning, då ett förbud i sådana fall skulle kunna ta sikte på *förfaranden* som inte är förbjudna enligt den svarta listan. Det kan sammantaget ifrågasättas om en handelsmetod som inte är angiven i den svarta listan ska vara möjlig att förbjuda.

Enligt artikel 6.4 i direktivet ska tillsynsmyndigheten kunna fatta interimistiska förbud. Det saknas dock reglering av detta i lagförslaget. I det fortsatta lagstiftningsarbetet bör övervägas om huruvida förvaltningslagens regler är tillräckliga.

I 18 § föreslår utredningen att sanktionsavgift inte får påföras i ringa fall. Med anledning av att direktivets krav på effektiva sanktioner, och att det finns ett strikt ansvar hos de som omfattas av den föreslagna lagen att inte tillämpa svartlistade förfaranden, bör det övervägas om konstaterade överträdelser alls kan vara av ringa fall.

Utredningen föreslår även att sanktionsavgift inte får påföras om överträdelsen omfattas av ett förbud vid vite. Som utredaren konstaterar finns det inga rättsliga hinder mot att låta tillsynsmyndigheten avgöra om ett vite ska dömas ut eller en sanktionsavgift. På andra områden har det nyligen föreslagits en sådan

¹² Artikel 6.1 c: Befogenhet att genomföra oanmälda platsinspektioner på plats inom ramen för myndighetens utredningar, i enlighet med nationella regler och förfaranden.

reglering.¹³ Det bör därför övervägas att göra det möjligt för tillsynsmyndigheten att besluta om avgift i stället för att ansöka om utdömmande av vite om det utsatta vitet inte bedöms vara tillräckligt effektivt, proportionerligt samt avskräckande.

Överklagande

Enligt förslaget till 23 § får tillsynsmyndighetens beslut att inte utreda eller ingripa med anledning av en anmälan inte överklagas. Konkurrensverket anser att det i stället ska anges vilka beslut som kan överklagas. Annars blir risken att överklagande kan ske av t.ex. beslut att inleda en utredning, vilket inte är lämpligt.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget om att de av tillsynsmyndighetens beslut som kan överklagas ska få överklagas till allmän förvaltningsdomstol. De allmänna förvaltningsdomstolarna handlägger ett stort antal olika måltyper och är vana vid att hantera skiftande frågeställningar.

Klagomål och konfidentialitet

Av artikel 5.1 i direktivet framgår att leverantörer får lämna in sina klagomål antingen till tillsynsmyndigheten i den medlemsstat där leverantören är etablerad eller till tillsynsmyndigheten i den medlemsstat där den köpare som misstänks för att ha tillämpat förbjudna handelsmetoder är etablerad. I promemorian förs fram att kommissionen har uttalat att artikeln ger medlemsstaterna en territoriell kompetens i den meningen att direktivets tillämpningsområde omfattar även utländska köpare och leverantörer.

Flera medlemsstater har enligt promemorian till kommissionen pekat på praktiska tillämpningssvårigheter vad gäller exempelvis frågor om tillämplig lag och verkställighet av sanktionsavgifter i annat land. Kommissionen har i denna fråga hänvisat till artikel 8 om samarbetet mellan tillsynsmyndigheterna i de olika medlemsstaterna samt den grundläggande bestämmelsen om lojalt samarbete i Fördraget om Europeiska unionen.¹⁴

Konkurrensverket kan inte se att detta ger tillsynsmyndigheten nödvändiga befogenheter att exempelvis inhämta uppgifter under utredning, genomföra platsinspektioner och verkställa sanktioner i andra medlemsstater. Det finns en risk att leverantörer i olika medlemsstater lämnar in klagomål mot en och samma köpare vilket kan medföra parallella utredningar. Det förhållandet att en otillbörliga handelsmetod är under prövning i en medlemsstat innebär inte nödvändigtvis att samma handelsmetod inte kan tas upp till prövning i en annan medlemsstat, t.ex. om samma handelsmetod tillämpas i förhållande till leverantörer i olika medlemsstater. Det står inte klart hur systemet ska fungera i praktiken när det uppkommer gränsöverskridande frågor. I det fortsatta

¹³ Se Näringsdepartementets promemoria Ds 2020:3, Konkurrensverkets befogenheter.

¹⁴ Artikel 4.3 i EU-fördraget.

lagstiftningsarbetet måste dessa frågeställningar kring kompetensfördelningen redas ut.

Av promemorian görs bedömningen att med den föreslagna sekretessbestämmelsen, se vidare nedan, bör även förekomsten av en anmälan vara möjlig att hemlighålla helt, om redan förekomsten av denna skulle kunna avslöja vem som gjort den. I promemorian görs bedömningen att någon ytterligare reglering för skydd av uppgifter som utlämnas till eller mottas från andra medlemsstater eller kommissionen inte behövs, utöver ett förordningsstöd för att lämna uppgifter till exempel i myndighetens instruktion. Konkurrensverket menar dock att avsaknaden av reglering behöver övervägas ytterligare bland annat mot bakgrund av att det på andra områden har krävts reglering.

Sekretess

I promemorian finns resonemang om huruvida direktivets krav i artikel 5.3 om "nödvändiga åtgärder" respektive "lämpligt skydd" för anmälarens identitet ger utrymme för en sekretessbestämmelse med skaderekvisit eller om det är nödvändigt med absolut sekretess. Enligt promemorian omöjliggörs en fungerande tillsynsverksamhet utan ett starkt sekretesskydd för anmälarens identitet. Av den anledningen bedöms det som otillräckligt att tillförsäkra uppgifterna sekretess beroende på utfallet av en s.k. skadeprövning. Promemorian föreslår därför att sekretessen bör vara absolut.

Konkurrensverkets uppfattning är att frågeställningen bör bli föremål för en djupare analys. Inte minst mot bakgrund av att en anmälares identitet inte torde kunna hållas hemlig för en part för det fall utredningen utmynnar i att en förbudstalan aktualiseras. I sammanhanget bör framhållas att frågor om identitet har kunnat hemlighållas då prövning skett med skaderekvisit.¹⁵

Konkurrensverket anser att möjligheten för en klagande att efterge sekretesskydd och tillsynsmyndighetens möjligheter att avsluta en utredning om den klagandes anonymitet inte längre kan skyddas är viktigt.

Konkurrensverket anser det vara tveksamt om den föreslagna utformningen av 30 kap. 23 b § OSL ger det avsedda skydd som direktivet förutsätter. Detta beroende på att det också ska finnas sekretesskydd för identiteten för producentorganisationer med flera eller en medlem i en producentorganisation på vars vägnar organisationen klagat. Enligt förslaget skyddas endast "anmälarens" identitet. Det behöver också finnas skydd av affärshemligheter för tillsynsobjektet.

¹⁵ Främst har prövningen skett inom ramen för prövningar av företagskoncentrationsärenden. Se bland annat Kammarrätten i Stockholms avgöranden i mål nr 5462-14 dom 2014-11-18, kammarrätten i Stockholm mål nr 7436-14 dom 2014-12-15.

Konkurrensverket anser vidare att sekretessbestämmelsen bör utformas så att sekretessen inte endast omfattar uppgifter i anmälan, utan även uppgifter i en annan utsaga som lämnas under utredningen (t.ex. efterföljande skriftväxling).

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit sakkunnig Ann-Britt Bern.

Rikard Jermsten

Ann-Britt Bern