



Ds 2019:19 - Genomförande av EU:s direktiv om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan
(N2019/02952/JL)

Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet har genom remiss anmodats att yttra sig i rubricerat ärende. Fakultetsnämnden får härmed lämna följande synpunkter.

Inledning

Departementspromemorian gäller den svenska implementeringen (lagförslaget) av Europaparlamentets och Rådets Direktiv (EU) 2019/633 av den 17 april 2019 om otillbörliga handelsmetoder mellan företag i jordbruks- och livsmedelskedjan (unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain), EUT 2019 L 111/59 (UTP-direktivet).

UTP-Direktivet uppdrar åt medlemsstaterna att förbjuda vissa affärsmetoder som tillämpas av köpare inom jordbruks- och livsmedelskedjan eftersom de sistnämnda ofta har marknadsmakt och kan därför använda sin starkare förhandlingsposition gentemot sina leverantörer.

Juridiska fakultetsnämnden tillstyrker lagförslagets materiella regler. Nedan utvecklas motiveringen varför det är viktigt att hålla tillämpningsområdet och förbudsregeln avseende tidsfristen för betalningar i enlighet med lagförslaget som är mer omfattande än direktivets regler. Vidare diskuteras klagandes rätt att överpröva tillsynsmyndighetens beslut att inte driva ett ärende vidare som eventuellt står i strid med EU-rättens krav på effektiva rättsmedel. Slutligen kritiserar valet av Konkurrensverket som tillsynsmyndighet.

Bakgrund

Det är sedan länge känt att det kan uppstå problem med köpare (livsmedelskedjor, grossister) som har marknadsmakt (köparmakt) i livsmedelskedjan (Konkurrensverkets rapport 2018:4). Köparmakt leder inte endast till att leverantörernas marginaler minskar vilket gör det svårt för tillverkare av t.ex. färskvaror som enskilda mjölkproducenter att överleva, men även att köparna kan exploatera sin starkare förhandlingsposition till att tillskansa sig andra fördelar som skadar leverantörerna. De låga priserna och fördelaktiga villkor som köparna förhandlar sig till överförs inte per



automatik till köparnas kunder och slutkonsumenter. Istället resulterar detta i en förbättring av köparnas marginaler.

Medan konkurrensrättens övergripande syfte är att hantera situationer av marknadsmakt, är det svårt med nuvarande regelverk att ingripa mot den variation av åtgärder som köpare kan använda sig av för att exploatera sina leverantörer. Inte sällan (som på den svenska marknaden), finns det inte en aktör som dominerar marknaden och som därför kan kontrolleras genom förbuden mot missbruk av en dominerande ställning i artikel 102 Fördraget och Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) eller 2 kap 7 § Konkurrenslagen (2008:579) (KL). Istället karaktäriseras många av de relevanta marknaderna (som t.ex. marknaden för livsmedel) av oligopolistiska strukturer, där enskilda marknadsaktörer har en viss grad av marknadsmakt (i synnerhet i relationen mot leverantörer) men som ändå utsätts för konkurrens från andra aktörer. Därmed är det svårt att tillämpa artikel 102 FEUF och 2:7 § KL eftersom enskilda marknadsaktörer inte befinner sig i en dominerande ställning. Eftersom de problematiska agerandena från köparnas sida inte utgör ett utfall av ett avtal eller samarbeten mellan konkurrenter kan inte heller kartellförbuden i artikel 101 FEUF och 2:1 § KL användas. Visserligen kan konkurrensrätten användas för att angripa vissa distributionsavtal om de begränsar konkurrensen i antingen köpar- eller leverantörsledet. De agerandena som berörs av UTP-direktivet och lagförslaget (UTP-regelverket) rör dock inte den sortens avtalsbegränsningar utan förfaranden som närmast kan karaktäriseras som exploatering av leverantörerna. Det handlar alltså om avtalsklausuler och affärsmetoder som den konkurrensrättsliga regleringen av vertikala avtal inte är ämnade att reglera. Det kan dessutom konstateras att även i den mån konkurrensrätten kan användas för att komma åt exploatering av leverantörer, antingen genom förbuden mot missbruk av en dominerande ställning, eller kartellförbuden är det notorisk svårt i praktiken att visa på s.k. köparmakt och att påvisa att slutkonsumenter kommer att drabbas negativt av köparens agerande.

Av det ovan sagda följer att konkurrensrättslagstiftningen är otillräcklig att hantera de problem som regleras genom UTP-regelverket. Problemen med köparmakt i livsmedelskedjan resulterar i ojämlika förhandlingspositioner mellan avtalsparter aktualiserar förvisso andra regler som t.ex. 36 § Avtalslagen, Avtalsvillkorslagen (1984:292) etc. Även dessa bedöms dock som otillräckliga i departementspromemorian.

UTP-direktivet upprättar ett regelverk för att hantera den obalansen i förhandlingspositionerna genom att i vissa avtal förbjuda särskilda typer av metoder (otillbörliga handelsmetoder) som köpare tillämpar mot leverantörer inom jordbruks- och livsmedelskedjan.

Direktivet fastslår först vilka avtalsrelationer som omfattas av förbuden i direktivet (artikel 1 UTP-direktivet). Urvalet baseras på obalanser mellan avtalsparterna pga. skillnader i deras respektive omsättning. Direktivet upprättar en s.k. trappmodell. Exempelvis fångar det första trappsteget avtal mellan parter där leverantören har en omsättning på mindre än 2 miljoner €



och köparen har en omsättning på mindre än 2 miljoner €. I nästa trappsteg fångas avtal mellan parter där leverantören har en omsättning mellan 2 till 10 miljoner € medan köparen har en omsättning på mer än 10 miljoner €. Totalt listas fem stycken olika trappsteg eller tröskelvärden som fastställer vilka avtalsförhållanden som omfattas av direktivets regler. Det svenska förslaget har dock valt att göra UTP-direktivet gällande för alla avtalsförhållanden utan specifika tröskelvärden baserade på avtalsparternas omsättning.

Vidare upprättar direktivet två förbud. I artikel 3.1 stadgas ett förbud mot alla de otillbörliga handelsmetoderna som listas i artikeln (svarta listan). I artikel 3.2 stadgas ett förbud mot vissa handelsmetoder såvida inte parterna explicit och skriftligen har avtalat om att dessa villkor skall gälla (gråa listan). Den gråa listan innebär i praktiken att en köpare inte kan göra gällande att ett visst villkor gäller om det inte finns skriftligen i avtalet eller om parterna explicit har avtalat om det i ett senare avtal. Förbudslistorna implementeras genom 5-8 §§ i lagförslaget.

Det som förbjuds i svarta listan är bl.a. betalningar senare än 30 dagar efter leverans av färskvaror, betalningar senare än 60 dagar efter leverans av andra jordbruks- och livsmedelsprodukter, annullering av beställningar mindre än 30 dagar före leverans, vägran att skriftligen bekräfta leveransvillkor, röjandet av företagshemligheter, ensidigt ändrade villkor från köparens sida, kommersiella repressalier från köparens sida etc. Den gråa listan omfattar bl.a. köparens returnerande av osålda produkter utan att betala, att leverantörer skall betala för marknadsföringskampanjer som rör jordbruks- och livsmedelsprodukter som köparen säljer, krav på att leverantören skall betala reklam för jordbruks- och livsmedelsprodukter etc.

Det bör noteras att vad gäller förbudet mot för långa betalningstider så gör direktivet en distinktion mellan avtal som gäller färskvaror och avtal som gäller andra jordbruks- och livsmedelsprodukter (artikel 3.1a). Enligt direktivet gäller en kortare tid för betalning för leveranser av färskvaror. Den svenska förslaget gör inte denna distinktion utan regeln om tidsfristen för betalning gäller alla avtal som omfattas av regelverket.

Vidare, skall medlemsstaterna enligt UTP-direktivet utse en tillsynsmyndighet. Enligt förslaget skall Konkurrensverket få detta uppdrag. Enligt direktivet kan tillsynsmyndigheten agera efter klagomål från enskilda och det finns vissa sekretessbestämmelser som skyddar de klagandena. Slutligen kan tillsynsmyndigheten ta beslut om förbuds föreläggande eller föra talan vid domstol om sanktionsavgifter eller vite gentemot de köpare som bryter mot de nya reglerna.

Juridiska fakultetsnämndens synpunkter

Juridiska fakultetsnämnden tillstyrker den bredare implementeringen av UTP-direktivet gällande regelverkets tillämpningsområde. Som redovisats ovan, tillämpas inte trappmodellen i det svenska förslaget, utan förbuden mot vissa avtalsvillkor tillämpas på alla avtal som faller inom regelverkets tillämpningsområde. Det finns ett antal kritiska synpunkter mot



trappstegsmodellen som redovisas i departementspromemorian. I synnerhet kan tillämpningen av tröskelvärden baserade på omsättning vara problematiskt från ett rättssäkerhetsperspektiv och orsaka onödiga tillämpningssvårigheter för tillsynsmyndigheten. Dessa skäl i sig är tillräckliga för att finna att trappstegsmodellen i UTP-direktivet bör undvikas. Frågan är dock om tillämpningen av förbuden på alla avtal, en s.k. överimplementering är problematiskt på så sätt att hinder mot handeln skapas om andra medlemsstater väljer att följa trappmodellen. Juridiska fakultetsnämnden delar utredningens bedömning att överimplementeringen i detta avseende inte utgör ett problem.

Vidare tillstyrks även förslaget att tillämpa förbudet mot senare betalningar av leveranser efter 30 dagarsfristen för alla avtal som täcks av regelverket och inte endast de avtal som rör färskvaror. Som beskrivs i utredningen uppstår en rad svårigheter med definitionen av begreppet färskvaror i enlighet med direktivet. Det svenska förslaget utelämnar därför en definition av begreppet och tillämpar 30 dagarsfristen på avtal gällande alla varor inom jordbruks- och livsmedelskedjan som fallet inom regelverkets tillämpningsområde. En sådan lösning verkar smidig och torde inte resultera i skapandet av handelshinder mellan medlemsstaterna. En frist på 30 dagar (även för andra varor än färskvaror) utgör enligt förslaget redan huvudregeln (departementspromemorian s. 86-87) och borde inte anses vara oproportionerlig.

Vad gäller de två olika förbudslistorna i UTP-direktivet som täcks av 5-8 §§ i lagförslaget tillstyrks dessa i sin helhet. Enligt utredningen och de rapporter och de dokument som publicerats under lagstiftningsprocessen verkar dessa villkor eller handelsmetoders otillbörlighet vara väldokumenterade. Därmed finns inga synpunkter att anföra gällande dessa eller hur de regleras enligt lagförslaget.

En fråga som verkar till viss del outredd i departementspromemorian gäller möjligheterna för klaganden att få ärendet överprövat i det fall tillsynsmyndigheten väljer att lämna klagomålet utan åtgärd. Enligt 23 § lagförslaget kan inte klaganden överklaga ett sådant beslut. Enligt UTP-direktivet finns en skyldighet för medlemsstaterna att säkerställa att klagande meddelas inom en skälig tid om skälen till varför tillsynsmyndigheten inte utreder ärendet vidare (artikel 5.5 UTP-direktivet). I UTP-direktivet föreskrivs inte en rätt för klaganden att överklaga ärendet eller att driva ärendet vidare på egen hand. Det följer emellertid av artikel 47 EU:s stadga om de grundläggande rättigheter (stadgan) att enskilda har rätt till effektiva rättsmedel och domstolsprövning. Som huvudregel innebär detta ett krav på att kunna överklaga myndighetsbeslut som går emot en enskild. I den mån en unionsrättslig regel stadgar en rättighet för enskild torde det följa av allmänna rättsprinciper och artikel 19.1 Fördraget om Europeiska Unionen (FEU) att det även måste finnas rättsmedel för den enskilde. I detta sammanhang tycks åtminstone den svarta listan i direktivet uppställa ett



förbud mot vissa affärsmetoder, vilket därmed innefattar en korresponderande rättighet för leverantörer i jordbruks- och livsmedelkedjan som omfattas av UTP-regelverket. Visserligen finns det andra områden där beslutet av en tillsynsmyndighet för ett EU-rättsligt regelverk inte kan överprövas i Sverige, som t.ex. tillsynen av EU:s konkurrensregler. Det bör dock noteras att i de fallen finns en möjlighet för klaganden att direkt vända sig till patent- och marknadsdomstolen (den s.k. subsidiära talerätten i 3 § 2 st. KL), m.a.o. ett alternativ rättsmedel för att driva ärendet vidare. En sådan möjlighet eller rätt till överprövning av tillsynsmyndighetens beslut och andra alternativa rättsmedel tycks inte finnas tillgängliga för en klagande enligt lagförslaget. Visserligen kan det säkert argumenteras för att klaganden inte skulle vara benägna att i en större utsträckning att vilja överpröva tillsynsmyndighetens beslut, i synnerhet för att skydda ett gott affärsförhållande med avtalspartnern. I praktiken är således den eventuella avsaknaden av överprövningsmöjligheter eller alternativa rättsmedel kanske ett mindre problem. Det kan dock åtminstone ifrågasättas om förslaget tillgodoser klagandes rätt till effektiva rättsmedel när tillsynsmyndigheten väljer att inte inleda en utredning eller att lägga ner en pågående utredning. Det borde ha utretts mer uttömmande i departementspromemorian ifall den föreslagna ordningen är förenlig med EU-rättens krav.

Slutligen är det tveksamt om det är lämpligt att utse Konkurrensverket som tillsynsmyndighet. Som det konstateras i departementspromemorian faller tillsynsuppgiften ”mellan stolarna” vad gäller existerande myndigheters tillsynsverksamhet (s. 147). Enligt utredningen i departementspromemorian stod valet mellan Konsumentverket och Konkurrensverket. Medan det konstateras i departementspromemorian att oavsett vilken myndighet som utses kommer det att krävas att myndigheten bygger upp en organisation för tillsynen av UTP-regelverket föll valet slutligen på Konkurrensverket. De skäl som anges i departementspromemorian är att Konkurrensverket har erfarenhet av platsundersökningar och utredningar för att fastställa gällande avtalsvillkor, samt att myndigheten skulle kunna utgöra en ”one-stop-shop” för klagomål gällande tillämpningen av otillbörliga avtalsvillkor (s. 136 och 148). Det bör för det första påpekas att det verkar mindre troligt att utredningar om avtal mellan köpare och leverantörer kan jämföras med utredningen av kartellavtal eller samordnande förfaranden. Konkurrensverket tycks närmast vara överkvalificerad för att genomföra den sortens utredningsarbete som eventuellt krävs enligt UTP-regelverket för att fastställa rådande avtal, i synnerhet med tanke på det krav på skriftlighet (när leverantören begär det) som följer av det nya regelverket. Det är svårt att se hur utredningen enligt UTP-regelverket skulle skilja sig i alltför stor grad från det arbete som Konsumentverket måste göra i sitt tillsynsarbete. Vidare är det riktigt att Konkurrensverket har en stor erfarenhet vad gäller platsundersökningar. Som påtalats ovan skiljer sig dock utredningar (och därmed även platsundersökningars syfte) av karteller och andra konkurrensbegränsande beteenden från den utredningen som skall göras enligt UTP-regelverket. I konkurrensutredningar krävs en hel del information



som finns i form av e-post, brev, interna dokument etc. för att kunna fastställa existensen av ett visst agerande och dess effekter. Ingenting i departementspromemorian pekar på att samma betungande typ av platsundersökningar skulle krävas vid tillsyn av UTP-regelverket. Det verkar därför inte sannolikt att Konkurrensverkets särskilda erfarenhet av dessa skulle krävas för att göra arbetet effektivt. Det verkar sannolikt att en annan myndighet utan den tidigare erfarenheten skulle kunna bygga upp en egen kompetens. Argumentet baserat på möjligheterna till "one-stop-shop" för klagande leverantörer verkar överdrivas i utredningen. Som diskuterats ovan är möjligheterna med hjälp av konkurrensreglerna att komma åt den sortens otillbörligt beteende som UTP-regelverket är inriktat på nästan obefintligt. Det verka inte troligt att så många fall skulle kunna hanteras genom konkurrens- och UTP-regelverket samtidigt. Det verkar orimligt att belasta Konkurrensverket som redan nu är iblandad i ganska komplexa och resurskrävande utredningar av konkurrensbegränsningar och upphandlingar med utredningar enligt UTP-regelverket, vilka är av en annan karaktär. Som konstateras i departementspromemorian skulle inte Konkurrensverkets kompetens vad gäller ekonomisk analys och marknadsutredningar användas för tillsynen av UTP-regelverket. UTP-regelverket har en viss konsumenträttslig prägel och det verkar därför sannolikt att Konsumentverket skulle kunna hantera dessa ärenden på ett effektivt sätt.

Förslag till yttrande i detta ärende har upprättats av universitetslektor Vladimir Bastidas. Yttrandet har på delegation avgivits av Juridiska fakultetens prodekanus, universitetslektor Hans Eklund.

Hans Eklund