

Chefsjustitieombudsmannen  
Elisabeth Rynning

## Kritik mot Konkurrensverket för ett flertal brister i handläggningen av ett ärende om misstänkt missbruk av dominerande ställning

**Beslutet i korthet:** I en anmälan till JO har klaganden gjort gällande att Konkurrensverket har begått flera fel under en utredning av misstänkt missbruk av dominerande ställning.

Enligt JO:s uppfattning har Konkurrensverkets utredning tagit väl lång tid. Konkurrensverket får även kritik för att myndigheten i många fall dröjt alltför länge med att upprätta tjänsteanteckningar under utredningen.

JO anser vidare att Konkurrensverket i samband med sekretessprövning gentemot part i ärendet i ett antal fall har underlåtit att göra en ordentlig prövning av om uppgifter kunde lämnas ut redan vid bolagets ursprungliga begäran. JO kritiserar Konkurrensverket för detta. Konkurrensverket får även kritik för att en handling har lämnats ut utan föregående sekretessprövning.

Anmälarens klagomål om att utredningen har varit alltför omfattande och betungande samt att förhörspersoner inte har fått granska utskriften av sina förhör leder inte till någon kritik.

### Anmälan

I en anmälan som kom in till JO den 19 februari 2016 framförde Novamedia Sverige AB (Novamedia) klagomål mot Konkurrensverket om brister i handläggningen av en utredning om misstänkt missbruk av dominerande ställning mot bolaget. Klagomålen rörde att Konkurrensverket under hänvisning till sekretess hade inskränkt Novamedias rätt till partsinsyn utan att ha grund för det, att en handling lämnats ut trots att den innehöll uppgifter som omfattades av sekretess, att tjänsteanteckningar inte upprättats inom rimlig tid, att handläggningen av uppteckning och granskning av förhör brustit och att onödigt betungande utredningsåtgärder hade riktats mot Novamedia.

### Utredning

Anmälan remitterades till Konkurrensverket för yttrande. I sitt remissvar den 9 maj 2016 anförde Konkurrensverket bl.a. följande:

#### Allmänt om utredning av missbruk av dominerande ställning

För att kunna bedöma hållbarheten av vad Novamedia framför i sin anmälan, är det nödvändigt att förstå komplexiteten i den typ av utredningar som ärendet

handlar om. Utredningar av missbruk av dominerande ställning är oerhört komplexa, såväl rättsligt som ekonomiskt. Svårigheten ligger i att skilja situationer där konkurrenter utestängs på grund av dominerande företags otillåtna förfaranden (missbruk av dominerande ställning), från situationer där konkurrenter utestängs på grund av regelrätt konkurrens. Om Konkurrensverket ingriper i fel fall skadas inte bara det aktuella företaget, utan även den konkurrens på marknaden som Konkurrensverket har i uppgift att skydda. På motsvarande sätt kan det uppstå en skada på konkurrensen om Konkurrensverket *inte* ingriper mot ett förfarande som är konkurrensbegränsande. För att kunna göra en välgrundad bedömning krävs ingående kännedom om hur marknaden fungerar och hur konkurrensen påverkas av det aktuella förfarandet.

Initialt i utredningen av ett ärende befinner sig Konkurrensverket i ett informationsunderläge i förhållande till part. Det är därför viktigt att träffa part och andra marknadsaktörer för att inhämta information om hur marknaden fungerar. I ärendets början kan frågorna vara ganska brett formulerade. I takt med att utredningen fortskrider och Konkurrensverket får bättre kännedom om marknaden blir det lättare för verket att ställa precisa frågor och följa upp svar som är ofullständiga eller undvikande.

Till följd av komplexiteten i en missbruksutredning är det inte ovanligt, vare sig i Sverige, i andra europeiska länder eller på EU-nivå, att en missbruksutredning pågår under flera år. Europeiska kommissionens missbruksutredning avseende Deutsche Telecom<sup>1</sup> pågick t.ex. under nästan fyra år, missbruksutredningarna avseende Intel<sup>2</sup>, Tomra<sup>3</sup> och Astra Zeneca<sup>4</sup> pågick under ca fem år och en missbruksutredning som kommissionen inledde mot Google i november 2010<sup>5</sup> är fortfarande pågående.

#### **Allmänt om Konkurrensverkets inställning till Novamedias anmälan**

Novamedia har i sin anmälan pekat på ett antal påstådda brister i Konkurrensverkets handläggning. Konkurrensverket delar Novamedias uppfattning om att det i vissa fall har dröjt för lång tid att upprätta tjänsteanteckningar från möten med marknadsaktörer. Det stämmer också att Konkurrensverket vid ett tillfälle har lämnat ut en handling som innehöll uppgifter som verket har belagt med sekretess. Övriga påståenden i anmälan om handläggningsfel respektive påståenden om att verket inte agerat objektivt och myndighetsmässigt tillbakavisas.

I det följande bemöter Konkurrensverket Novamedias olika påståenden.

#### **Rutiner för sekretessgranskning**

Konkurrensverket tillbakavisar Novamedias påstående om att Konkurrensverket har varit för restriktiva med att ge partsinsyn i utredningen och att verket därigenom brustit i sina rutiner för sekretessgranskning. Tvärtom har arbetet med att ge Novamedia partsinsyn i utredningen getts mycket hög prioritet.

Utredningsakten består av mer än 1400 handlingar. Novamedia har löpande begärt ut handlingar som har tillförts ärendet. Omfattningen av Novamedias begäran har varierat utifrån hur ofta den har framställts. Under vissa perioder har begäran om att få ut handlingar framställts i princip varje vecka, under andra perioder har begäran framställts mer sällan, men då avsett ett större antal hand-

---

<sup>1</sup> COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG.

<sup>2</sup> COMP/C-3/37.990 – Intel.

<sup>3</sup> COMP/E-1/38.113 – Prokent-Tomra.

<sup>4</sup> COMP/A. 37.507/F3 – AstraZeneca.

<sup>5</sup> Se kommissionens pressmeddelande på [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-1624\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm)

lingar, som mest uppemot 50 handlingar i taget. Konkurrensverket har alltså ägnat betydande delar av utredningen åt att granska och lämna ut handlingar till Novamedia.

Novamedia pekar i sin anmälan på totalt fyra fall där Konkurrensverket enligt Novamedia varit för restriktiva med att ge partsinsyn vid första sekretessgranskning och lämnat partsinsyn först efter begäran om omprövning.

Konkurrensverket är väl medvetet om att verket enligt 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, bara får sekretessbelägga uppgift mot part om det är av synnerlig vikt att uppgiften inte lämnas ut, och att sekretesstämpeln inte ska användas på ett rutinmässigt sätt. I en utredning med mer än 1400 handlingar, där part regelbundet begär ut allt som tillförs akten, är det dock inte onaturligt om det vid enstaka tillfällen, i takt med att utredningen fortskrider, förekommer att Konkurrensverket vid en förnyad granskning är något mindre restriktiv med att ge partsinsyn än verket var vid den första granskningen. Om så har skett i något enstaka fall innebär det inte att Konkurrensverket brustit i sina rutiner för sekretessgranskning. Tvärtom. Det ytterst begränsade antal handlingar som det trots allt handlar om, samt att Konkurrensverket vid samtliga fall har omprövat sin bedömning på Novamedias begäran, visar enligt Konkurrensverkets uppfattning att verkets rutiner för sekretessprövning fungerar bra.

#### **Felaktigt utlämnande av handling**

Det stämmer att Konkurrensverket sommaren 2014 av misstag lämnade ut en handling som innehöll uppgifter som verket hade belagt med sekretess enligt 30 kap. 1 § OSL. Det handlar om ett åläggande som Konkurrensverket hade utfärdat till Novamedia. En av frågorna i åläggandet hade belagts med sekretess eftersom det innehöll ett kort citat från licens- och driftsavtalet mellan Novamedia och Postkodföreningen.<sup>6</sup> Handlingen lämnades av misstag ut till Amnesty International, som är en av Postkodlotteriets förmånstagare. Konkurrensverket upptäckte snabbt misstaget och uppmärksammade omedelbart Novamedias ombud på detta. Detta ledde inte till någon reaktion från Novamedias sida.

Misstaget berodde på den mänskliga faktorn och har enbart skett vid ett tillfälle. Konkurrensverket ser därför inget behov av att vidta några särskilda åtgärder till följd av det inträffade.

#### **Rutiner för tjänsteanteckningar**

Konkurrensverket instämmer i att det i vissa fall har tagit för lång tid att upprätta tjänsteanteckning från möten med marknadsaktörer. Däremot tillbakavisar verket Novamedias påstående om det rör sig om en systematisk fördröjning. Konkurrensverket delar inte heller Novamedias uppfattning om att fördröjningen kan ha lett till allvarliga negativa följder för Novamedia.

Under Konkurrensverkets utredning av Novamedias påstådda missbruk har verket genomfört 44 möten och telefonkontakter med olika marknadsaktörer, varav merparten har ägt rum under hösten 2014 och 2015. Dessa möten och samtal har syftat till att ge Konkurrensverket den djupa marknadsförståelse som krävs för att kunna bedöma om, och i så fall hur, avtalen mellan Novamedia och Postkodlotteriets förmånstagare har påverkat konkurrensen på marknaden.

Konkurrensverket är väl medvetet om vikten av att tjänsteanteckningar upprättas och färdigställs i nära anslutning till det aktuella mötet/samtalet, och instämmer i att detta i vissa fall har tagit för lång tid. Detta beror på flera faktorer, framförallt

---

<sup>6</sup> Aktbilaga 174 i dnr 263/2013.

hög arbetsbelastning i ärendet och svårigheter att få synpunkter från de aktuella marknadsaktörerna på innehållet i verkets utkast till tjänsteanteckning.

Tjänsteanteckningarna har upprättats under perioder där Konkurrensverket har arbetat med flera olika utredningsåtgärder parallellt, vilket är betydligt mer effektivt och förmånligt för part än att utredningen sker sekventiellt. Periodvis har Konkurrensverket dessutom lagt betydande tid på att granska och lämna ut handlingar på begäran av Novamedia. En sådan begäran ska handläggas skyndsamt, vilket i vissa fall kan innebära att annat arbetet i ärendet, t.ex. med att färdigställa tjänsteanteckningar, måste läggas åt sidan. Två dagar efter ett av de möten som nämns i Novamedias anmälan, mötet med Svenska Spel<sup>7</sup>, fick Konkurrensverket t.ex. en begäran från Novamedia om utlämnande av 27 handlingar i ärendet. Detta bidrog givetvis till att det tog tid att färdigställa tjänsteanteckningen från mötet med Svenska Spel.

Vid flera tillfällen har det dessutom tagit lång tid att få synpunkter från de aktuella marknadsaktörerna på Konkurrensverkets utkast till tjänsteanteckning. Konkurrensverket har vid flera tillfällen fått skicka flera påminnelser innan den aktuella aktören har återkommit med synpunkter. I och med att sakförhållandena är komplexa och tjänsteanteckningarna ofta är relativt långa<sup>8</sup>, är det inte ovanligt att aktören gör en del korrigeringar i utkastet. Eftersom uppgifterna dessutom har stor betydelse för Konkurrensverkets bedömning i ärendet, är det viktigt att säkerställa att Konkurrensverket har uppfattat uppgifterna korrekt innan tjänsteanteckningen registreras. Av dessa skäl är det oftast ett sämre alternativ för Konkurrensverket att registrera tjänsteanteckningen på handläggarens tjänstemannaansvar, dvs. utan att ha fått marknadsaktörens synpunkter. Om Konkurrensverket inte kan förlita sig på att uppgifterna i tjänsteanteckningen är korrekta, kan tjänsteanteckningen inte på samma sätt läggas till grund för Konkurrensverkets bedömning i ärendet. Konkurrensverket har inte heller några påtryckningsmedel gentemot marknadsaktörerna vid utebliven återkoppling, utan är hänvisade till att antingen fortsätta skicka påminnelser tills verket får svar, eller färdigställa tjänsteanteckningen utan att ha inhämtat synpunkter, dvs. på eget tjänstemannaansvar, med risk för att tjänsteanteckningen innehåller ofullständiga eller felaktiga uppgifter.

Konkurrensverket ser löpande över sina rutiner för att se om hanteringen kan effektiviseras ytterligare och kommer vid översynen att ta dessa erfarenheter i beaktande. Det rör sig dock om sex tillfällen<sup>9</sup> av totalt 44 möten/samtal och inte, som påstått, om någon systematisk fördröjning.

Konkurrensverket delar inte heller Novamedias uppfattning om att verkets fördröjning med att upprätta tjänsteanteckningar kan leda till allvarliga negativa följder för Novamedia. Som part har Novamedia enligt 17 § FL rätt till insyn i

---

<sup>7</sup> Aktbilaga 675 och 684 i dnr 263/2013.

<sup>8</sup> De tjänsteanteckningar som omfattas av anmälan är mellan tre och tio sidor långa.

<sup>9</sup> För ordningens skull bör det påpekas att Novamedias anmälan innehåller vissa felaktigheter.

- Aktbilagorna 675 och 684 avser samma möte. Medan aktbilaga 675 är det utkast som Svenska Spel skickade tillbaka med ändringsmarkeringar är aktbilaga 684 den slutliga versionen av tjänsteanteckningen som Konkurrensverket aktbilagerade.
- Aktbilaga 760 avser ett möte som ägde rum den 27 februari 2015, inte 27 januari 2015, se akt-bilaga 698. Att det i tjänsteanteckningen står januari beror på en felskrivning. Tiden mellan möte och registrering är alltså en månad kortare än vad som anges i anmälan.
- Påståendet på s. 7 om att Konkurrensverket, utöver de fall som listas i tabellen på s. 6 och 7, i ett fall har dröjt i mer än två veckor med att registrera en tjänsteanteckning stämmer inte. Den aktuella tjänsteanteckningen, aktbilaga 1137, färdigställdes den 9 november 2015 och registre-rades samma dag. Däremot har Konkurrensverket missat att ändra datum i den färdigställda versionen (från datum för utkast till datum för färdigställande).

allt som tillförs ärendet. Insyn ska ges senast innan ärendet avgörs. FL uppställer ingen skyldighet att fortlöpande tillställa part det som tillförs ärendet. Att kommunicering sker i samband med beslut eller utkast till beslut är tillräckligt för att part ska kunna tillvarata sin rätt till försvar i ärendet.<sup>10</sup> Därutöver ska partsinsyn givetvis ges på parts begäran, vilket skett löpande i aktuellt ärende. Utöver tjänsteanteckningar från mötena har Novamedia fått del av eventuella frågor eller diskussionsunderlag som har skickats ut till den aktuella marknadsaktören inför mötet. Konkurrensverket har därutöver genomfört tre statusmöten i ärendet där Konkurrensverket har redogjort för verkets misstankar och vad som är status i utredningen. Novamedia har således haft full möjlighet att tillvarata sin rätt till försvar.

### Förhör

Novamedia påstår att Konkurrensverkets uppteckning och granskning av förhör med AA inte uppfyller kraven i 5 kap. 2 § KL. Detta verkar bero på ett missförstånd från Novamedias sida.

Vid förhör enligt 5 kap. 1 § KL spelar Konkurrensverket in förhöret på band. Den som hörs har inte rätt att själv banta förhöret. Konkurrensverkets beslut om att inte tillåta bandinspelning kan inte överklagas.<sup>11</sup>

Förhöret med AA spelades in på band och skrevs senare ut i sin helhet i en så kallad dialogutskrift. Vid ett sådant tillvägagångssätt finns ingen rätt för den hörde att granska utskriften. Den kritik som JO framförde i sin ämbetsberättelse 2014/15 s. 349 avsåg en situation då Konkurrensverket valt att upprätta en sammanfattande uppteckning av förhöret i stället för att upprätta en fullständig dialogutskrift. I en sådan situation finns givetvis ett behov för den hörde att granska sammanfattningen och korrigera eventuella missförstånd. Samma behov gör sig dock inte gällande när Konkurrensverket i stället bandar förhöret och skriver ut det i sin helhet. I denna typ av situationer har JO uttalat att en kontroll från den hördes sida är obehövlig.<sup>12</sup>

Konkurrensverket hade alltså ingen skyldighet att låta AA granska dialogutskriften. Dialogutskriften lämnades senare ut till AA och Novamedia, inte för granskning, utan med stöd av Novamedias rätt till partsinsyn i ärendet. Att utlämnandet dröjde en vecka från det datum som framgår på dialogutskriften beror på att Konkurrensverket anlät extern hjälp för att skriva ut dialogutskriften, vilket verket brukar göra, och att utskriften därefter behövde genomgå av en handläggare i projektgruppen för att justera uppenbara felskrivningar, såsom t.ex. felaktiga företags- eller produktnamn.

Konkurrensverket har således inte agerat i strid med kraven i 5 kap. 2 § KL.

### Onödigt betungande åtgärder

Novamedias påstående om att Konkurrensverkets ålägganden har varit onödigt betungande saknar grund. Samtliga ålägganden har varit nödvändiga och proportionerliga.

Konkurrensverket får enligt 5 kap. 1 § KL ålägga företag att tillhandahålla sådana uppgifter och handlingar som behövs för att Konkurrensverket ska kunna fullgöra sina uppgifter. Denna bestämmelse ger Konkurrensverket befogenhet att inhämta uppgifter som part förfogar över, såsom korrespondens, avtal, redovis-

<sup>10</sup> För ett liknande resonemang, se dom från Kammarrätten i Stockholm av den 24 oktober 2011 i mål nr 4991-11.

<sup>11</sup> MD 2000:16.

<sup>12</sup> JO 1998/99 s. 103, se även Fitger, Rättegångsbalken, Del 2 s. 23:74b.

ningsmaterial, försäljningsuppgifter mm. Att det är betungande för part att ta fram uppgifterna är inget hinder i sig, men part får enligt 5 kap. 13 § KL inte betungas i onödan. Här ligger, såsom Novamedia påpekar, en skyldighet för Konkurrensverket att göra en proportionalitetsbedömning, dvs. att ställa uppgiftens värde för prövningen i relation till det intrång eller men som åläggandet innebär.

Novamedia har i anmälan till JO framfört ett antal invändningar mot de ålägganden som Konkurrensverket har utfärdat i ärendet. Innan Konkurrensverket går närmare in på dessa, bör det påpekas att samtliga ålägganden som har fattats i ärendet har varit överklagbara. Novamedia har dock inte i något fall utnyttjat möjligheten att överklaga.

#### Några utgångspunkter för proportionalitetsbedömningen

Vid proportionalitetsbedömningen måste det beaktas att misstankarna avser en allvarlig överträdelse av konkurrenslagen som kan leda till en skyldighet att betala konkurrensskadeavgift upp till tio procent av företagets omsättning.

I mål om konkurrensskadeavgift är beviskraven oerhört höga. Europakonventionens oskuldspresumtion är tillämplig. Det innebär att Konkurrensverket måste lägga fram en utredning som är robust såtillvida att det såvitt man kunnat finna inte finns någon ytterligare utredning som hade kunnat påverka bevisvärdet.<sup>13</sup> Om domstolen bedömer att ytterligare utredning hade kunnat påverka bevisvärdet, kan Konkurrensverkets talan ogillas. Detta måste beaktas vid bedömningen av vad som är proportionerligt. Företag som riskerar att få betala hög konkurrensskadeavgift har dessutom incitament att undanröja eller förvanska bevisning som de förfogar över.<sup>14</sup> Detta gäller framförallt handlingar som stärker Konkurrensverkets misstankar, eller på annat sätt motsäger vad part har anfört i ärendet. Det kan t.ex. handla om strategidokument, affärsplaner, marknadsundersökningar eller kund- och konkurrentanalyser som part har upprättat innan Konkurrensverkets utredning inleddes, och där marknaden och konkurrensituationen beskrivs på ett helt annat sätt än vad part i övrigt har gjort, eller vill göra gällande i sina svar till Konkurrensverket.

När Konkurrensverket ålägger part att lämna in den här typen av handlingar till verket är det inte ovanligt att part lämnar ofullständig information, t.ex. genom att hävda att det inte finns några handlingar av det slag som Konkurrensverket efterfrågar. Konkurrensverket kan då välja att ålägga företaget igen, men precisera frågan ytterligare, eller kombinera åläggandet med vite. Det är inte ovanligt att Konkurrensverket måste ställa samma fråga flera gånger för att få in relevant information.

Till skillnad från vad som gäller vid utredningar hos Europeiska kommissionen eller de flesta andra konkurrensmyndigheter i EU, finns det i Sverige inga lagstadgade sanktioner mot företag som lämnar ofullständiga eller oriktiga uppgifter till Konkurrensverket. Om ett åläggande inte är förenat med vite riskerar företaget således inga rättsliga sanktioner om det inte efterkommer åläggandet. Konkurrensverket har i en skrivelse till regeringen påpekat att detta är ett problem. Taktiskt agerande i detta avseende är till nackdel för det allmänintresse Konkurrensverket är satt att företräda.<sup>15</sup>

Nedan bemöter Konkurrensverket de huvudsakliga invändningar som Novamedia har framfört avseende Konkurrensverkets ålägganden.

<sup>13</sup> Se t.ex. MD 2013:5 *TeliaSonera AB ./.* Konkurrensverket m.fl. s. 33-35.

<sup>14</sup> Se t.ex. tingsrättens beslut 15 november 2013 i Ä 16351-13, *Konkurrensverket ./.* Assa AB m.fl. samt MD A 2/11, *Konkurrensverket./.* *Posten Meddelande AB m.fl.*

<sup>15</sup> Se Konkurrensverkets skrivelse till Näringsdepartementet, ab 5 i dnr 385/2015.

Novamedias invändning om att samma information har efterfrågats flera gånger. Det stämmer att Konkurrensverket vid vissa tillfällen har begärt in samma information flera gånger. Detta beror på att det i utredningen har funnits indikationer på att Novamedia har inkommit med ofullständig information till Konkurrensverket. Det har därför varit nödvändigt att efterfråga samma uppgifter flera gånger och till slut kombinera åläggandet med vite.

Konkurrensverket har t.ex. vid två tillfällen ålagt Novamedia att inkomma med underlag rörande en prishöjning som företaget hade genomfört.

Vid det första tillfället, i åläggande av den 20 februari 2015, ombads Novamedia att ”inkomma med interna och externa kundundersökningar, studier, rapporter, analyser och beslutsunderlag som låg till grund för beslutet att fr.o.m. 1 januari 2013 höja lottpriset för PKL från 150 kr till 160 kr”.<sup>16</sup> Som svar på åläggandet inkom Novamedia den 13 mars 2015 med en presentation på åtta sidor och uppgav följande: ”Novamedia har inte i anledning av prisjusteringen genomfört någon särskild kundundersökning eller studie.”<sup>17</sup>

Konkurrensverket bedömde att det var osannolikt att ett företag i Novamedias storleksordning hade genomfört en betydande prishöjning utan att ha mer underlag än en intern presentation på åtta sidor. I en handling som Konkurrensverket tidigare hade fått in i ärendet fanns dessutom en beskrivning av en känslighetsanalys som Novamedia hade utfört inför prishöjningen, och som rimligtvis borde ha lämnats in som svar på Konkurrensverkets åläggande den 20 februari 2015.

Konkurrensverket utfärdade därför ett nytt åläggande den 25 maj 2015, där Novamedia specifikt ombads att inkomma med ”de ingående känslighetsanalyser beträffande PKL:s prishöjning som nämns i 7 § i styrelseprotokollet upprättat 2012-11-09 (aktbilaga 441), och som enligt protokollet entydigt visat att förväntat volymbortfall kompenseras av den ökande försäljningsintäkten.”<sup>18</sup> Novamedia svarade den 23 juni 2015 att ”Det finns inga ytterligare rapporter eller dokument än det underlag som redan getts in av Novamedia, se ab 720.”<sup>19</sup>

Den 23 oktober 2015 utfärdade Konkurrensverket för tredje gång ett åläggande där Novamedia ombads att inkomma med underlag till den aktuella prishöjningen.<sup>20</sup> Denna gång preciserades frågan ytterligare och åläggandet kombinerades med vite. Den 30 november 2015 och 12 februari 2016 inkom Novamedia med ett omfattande underlag avseende den aktuella prishöjningen. Underlaget bestod huvudsakligen av intern korrespondens, men Novamedia lämnade också in presentationsmaterial som inte tidigare hade lämnats in till Konkurrensverket och som borde ha lämnats in redan i samband med Konkurrensverkets första åläggande.<sup>21</sup>

Det har således funnits god anledning i det aktuella ärendet att efterfråga samma uppgift flera gånger.

Såvitt gäller de kund-, marknads- och konkurrentanalyser som Konkurrensverket har efterfrågat i ärendet, vill Konkurrensverket påpeka följande.

Kund-, marknads- och konkurrentanalyser efterfrågades första gången i ett åläggande av den 1 juli 2014.<sup>22</sup> Vid möte med Konkurrensverket den 3 juli 2015 uppgav Novamedia att det fanns ett mycket stort antal undersökningar som

<sup>16</sup> Aktbilaga 696 i dnr 263/2013.

<sup>17</sup> Aktbilaga 718 i dnr 263/2013.

<sup>18</sup> Aktbilaga 788 i dnr 263/2015.

<sup>19</sup> Aktbilaga 849 i dnr. 263/2013.

<sup>20</sup> Aktbilaga 1101 i dnr 263/2013.

<sup>21</sup> Aktbilaga 1378 i dnr 263/2013.

<sup>22</sup> Aktbilaga 174 i dnr 263/2013.

omfattades av den aktuella frågan. Novamedia hävdade att det därför var nödvändigt att begränsa åläggandets omfattning, och föreslog att Novamedia bara skulle komma in med *externa* undersökningar som de hade låtit utföra under den angivna perioden.<sup>23</sup> Detta accepterades av Konkurrensverket.

I situationer som den ovan nämnda, då det uppstår behov av att inskränka ett åläggande genom att göra ett *urval* av handlingar, bör urvalet inte göras av den som är föremål för utredningen. För Konkurrensverket kan det dock vara svårt att göra ett relevant urval utan att ha full översikt över vilka handlingar part förfogar över.

Baserat på Novamedias uppgift om att det fanns ett mycket stort antal undersökningar utöver de som hade lämnats in till Konkurrensverket, och att det var mycket arbetskrävande att lämna in samtliga undersökningar, ålades Novamedia den 25 maj 2015 att inkomma med en *förteckning* över samtliga undersökningar som Novamedia hade utfört eller låtit utföra från och med 2003. Novamedia ålades även att ange vem som hade utfört undersökningen, samt vad som var undersökningens syfte och slutsats.<sup>24</sup> Syftet var att göra det möjligt för Konkurrensverket att få full inblick i vilka handlingar som fanns hos Novamedia, så att verket skulle kunna göra ett relevant urval och avgöra vilka handlingar som skulle begäras in, utöver de som Novamedia redan hade lämnat in. Konkurrensverket har dock inte ålagt Novamedia att göra *sammanfattningar* av undersökningarna. Det är oklart vad Novamedia grundar detta påstående på.

Novamedias invändning om att Konkurrensverket har efterfrågat information som verket har bättre förutsättning att producera med egna resurser

Novamedia påstår att Konkurrensverket har efterfrågat information som verket har bättre förutsättning att producera med egna resurser. Konkurrensverket har svårt att förstå Novamedias invändning i denna del.

Påståendet är för det första felaktigt. De kund- och marknadsundersökningar som Novamedia självt har tagit fram har ett betydande värde utöver de undersökningar som Konkurrensverket kan utföra i ärendet. Framförallt eftersom de inte är begränsade till nutid utan även beskriver den marknads- och konkurrenssituation som gällde under den tid då avtalen tillämpades.

Påståendet är för det andra irrelevant. Konkurrensverkets befogenhet att inhämta information enligt 5 kap. 1 § KL är inte sekundär på så sätt att verket bara kan begära in information som verket inte kan producera själv. Konkurrensverket har rätt att begära in allt bevismaterial som part förfogar över, om inte åläggandet kan anses onödigt eller oproportionerligt, vilket inte varit fallet i aktuellt ärende.

Omfattande åläggande sent i utredningen

Det stämmer att Konkurrensverket utfärdade ett omfattande åläggande sent i utredningen, som dessutom kombinerades med vite.

Enligt 6 kap. 1 § KL kan Konkurrensverket kombinera ålägganden med vite. Det uppställs inga ytterligare krav än de som uppställs i 5 kap. 1 § KL. Det är alltså upp till Konkurrensverket att bedöma om det finns behov av att kombinera ett åläggande med vite.

Det finns inte heller något som hindrar Konkurrensverket från att utfärda ålägganden sent i utredningen. Tvärtom är det, såväl ur effektivitetssynpunkt som ur proportionalitetssynpunkt, naturligt att omfattningen på Konkurrensverkets ålägganden ökar i takt med att misstankarna i ärendet stärks. Ålägganden

---

<sup>23</sup> Se tjänsteanteckning från möte den 3 juli 2014, aktbilaga 188 i dnr 263/2013.

<sup>24</sup> Aktbilaga 788 i dnr 263/2015.



enligt 5 kap. 1 § KL kan således utfärdas ända fram till den tidpunkt då Konkurrensverket fattar slutligt beslut eller lämnar in en stämningansökan till tingsrätten.

Hösten 2015 hade Konkurrensverket indikationer på att Novamedia vid två tillfällen hade inkommit med ofullständig information som svar på Konkurrensverkets ålägganden, något som senare visade sig stämma. Inför Konkurrensverkets ställningstagande i ärendet fanns det ett behov av att säkerställa att verket hade fått in all relevant bevisning. Konkurrensverket utfärdade därför ett relativt omfattande åläggande, vilket kombinerades med vite för att säkerställa fullständiga svar. Svarsfristen var ursprungligen en månad, men på Novamedias begäran beviljade Konkurrensverket omfattande anstånd.

Konkurrensverket framställde aldrig några krav på att Novamedia skulle anlita IT-forensisk expertis för att hinna inkomma med svar i tid. Frågan uppkom när Novamedia begärde omfattande anstånd för att svara på åläggandet. Konkurrensverket bad då Novamedia om att utveckla skälen till att det var svårt att inkomma med svar i tid och frågade om företaget skulle genomföra sökningen självt eller med hjälp av extern expertis. Konkurrensverket ställde dock inga krav om att Novamedia skulle anlita extern expertis för att hinna svara i tid. Tvärtom beviljade Konkurrensverket anstånd, som längst två och en halv månad, utifrån Novamedias beskrivning av hur arbetskrävande det var att ta fram svaren.<sup>25</sup>

Det kan tilläggas att Konkurrensverket, när det finns indikationer på att part inte inkommer med fullständiga svar på verkets ålägganden, även kan ansöka om att få göra en platsundersökning enligt 5 kap. 3 § KL. En platsundersökning är betydligt mer ingripande för företaget än ett åläggande vid vite. Det finns inget som hindrar att en platsundersökning genomförs i ett sent skede av utredningen.

#### Undersökningens ordningsföljd

Novamedia hävdar att Konkurrensverket hade kunnat undvika en onödig arbetsbelastning genom att fokusera på en prejudiciell fråga i taget.

Konkurrensverket bedömer i varje enskilt fall hur utredningen kan utföras mest effektivt. I vissa fall kan det vara mest effektivt att fokusera på att utreda ett rekvisit i taget, men i regel är det mest effektivt att utreda flera rekvisit parallellt. I aktuellt ärende har Konkurrensverket, både för att utreda effektivt och för att undvika att belasta Novamedia i onödan, successivt utökat omfattningen på sina ålägganden i takt med att misstankarna i ärendet har stärkts. Det mest omfattande åläggandet har utfärdats sent i utredningen, vid en tidpunkt då det har ansetts nödvändigt att samla bevisning för att nå upp till beviskraven i en eventuell domstolsprocess. Konkurrensverket har således inte belastat Novamedia i onödan.

Påstående om att Konkurrensverket har lagt bevisbördan på Novamedia  
Konkurrensverket tillbakavisar slutligen Novamedias påstående om att verket har lagt utrednings- och bevisbörda på Novamedia. Påståendet är grovt missvisande.

---

<sup>25</sup> Frist för att inkomma med svar enligt åläggandet var den 23 november 2015. På Novamedias begäran beviljades anstånd för att inkomma med svar på frågorna 1(a) och 1 (b) till den 30 november 2015 och för frågorna 6(a) och 6(c) till den 11 december 2015. Avseende frågorna 1(c), 1(d), 4(e), 4(f), 4(g) och 6(b) beviljas Novamedia anstånd till den 12 februari 2016. Novamedia medgavs vidare möjlighet att komplettera sina svar på frågorna 1(a), 1(b), 6(a) och 6(c) senast den 12 februari 2016.

Novamedia har vid flera tillfällen påpekat att det är belastande för företaget att vara part i en pågående tillsynsutredning. Novamedia har framfört att Konkurrensverkets misstankar är ogrundade, av flera skäl, och har frågat om det är något företaget kan göra för att få Konkurrensverket att snabbt skriva av ärendet. Konkurrensverket har vid dessa tillfällen redogjort för vad som ligger till grund för verkets misstankar och angett varför det inte varit aktuellt att skriva av ärendet. Konkurrensverket har samtidigt förklarat att verket gärna tar emot fakta och argument som enligt Novamedias uppfattning bidrar till att undergräva misstankarna i ärendet. Detta har Konkurrensverket givetvis inte gjort för att självt slippa utreda sådant som talar till Novamedias fördel, utan för att precisera att Novamedia gärna får lämna in fakta och argument som verket, enligt Novamedias uppfattning, saknar kännedom om eller inte har beaktat i tillräcklig grad.

Novamedia har också specifikt frågat om det skulle vara till någon nytta för utredningen om Novamedia kom in med egen ekonomisk analys i ärendet. Konkurrensverket har då svarat att verket gör egen ekonomisk analys i ärendet men att verket givetvis även tar emot och beaktar ekonomisk analys som Novamedia låter genomföra.<sup>26</sup> Konkurrensverket har dock inte vid något tillfälle bett Novamedia att inkomma med sådan analys.

Konkurrensverket har således inte försökt lägga någon utrednings- eller bevisbörda på Novamedia.

Sammanfattande slutsats – åläggandena har varit nödvändiga och proportionerliga. Sammanfattningsvis har Konkurrensverkets ålägganden i ärendet varit nödvändiga och proportionerliga.

De har utfärdats inom ramen för ett ärende som avser misstanke om en allvarlig överträdelse av konkurrenslagen, där det föreligger incitament för part att undanhålla eller förvanska information och där det dessutom har funnits indikationer på att part tidigare har inkommit med ofullständig information. Novamedia är ett ekonomiskt starkt företag som har haft god möjlighet att efterkomma åläggandena utan negativ inverkan på företagets verksamhet. Frågorna har avsett förhållanden som haft stor betydelse för utredningen. De svar och handlingar som har lämnats in, framförallt som svar på Konkurrensverkets senaste åläggande, har dessutom i hög grad bidragit till bedömningen av om en överträdelse ägt rum.

Novamedia kommenterade remissvaret, och Novamedias yttrande remitterades till Konkurrensverket för förnyat yttrande. I sitt förnyade remissvar den 17 augusti 2016 anförde Konkurrensverket bl.a. följande:

Vad gäller Konkurrensverkets rutiner för upptecknande av förhör bör det påpekas att rutinerna varit föremål för JO:s granskning (se JO 2014/15:JO1 dnr 6358-2012) men också så sent som under hösten 2014 i samband med JO:s inspektion hos Konkurrensverket varvid frågan om genomförande av förhör också berördes. Av protokollet från inspektionen framgår att chefsJO ämnade återkomma till Konkurrensverkets rutin för upptecknande av förhör. JO lät också anteckna att det för närvarande saknades skäl att utreda frågan.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> När Novamedia senare inkom med egen ekonomisk analys granskades denna av Konkurrensverkets ekonomer. Novamedias ekonomiska rådgivare fick även komma till verket och presentera denna. Vid mötet påpekade Konkurrensverkets ekonomer flera brister i analysen och förklarade varför den inte avfärdade Konkurrensverkets misstankar om missbruk i ärendet.

<sup>27</sup> Protokoll från JO:s inspektion av Konkurrensverket 22-23 oktober 2014, dnr 5736-2014 s. 7.

### Ärendets status

Konkurrensverket har den 26 juli 2016 meddelat sin preliminära bedömning i ärendet genom ett utkast till stämningsansökan som skickats till Novamedia för yttrande. Konkurrensverket bedömer att Novamedia har överträtt förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF och anser att Novamedia ska betala konkurrensskadeavgift för den tid överträdelsen har pågått. Novamedia har fått en svarsfrist till den 15 september 2016 att yttra sig över utkastet. Konkurrensverket kommer att ta slutlig ställning till om verket ska väcka talan i domstol efter att ha analyserat Novamedias synpunkter på utkastet till stämningsansökan. Konkurrensverket vidhåller därför att den misstänkta överträdelsen är en allvarlig överträdelse. Vad Novamedia framhåller i denna del ändrar inte Konkurrensverkets uppfattning.

Det förtjänar att nämnas att det av regleringsbrevet för Konkurrensverket (N2015/08867 SUN N2015/08707 KLS (delvis) N2015/01752 SUN m.fl.) beträffande organisationsstyrning särskilt poängteras att lagtillämpningen utgör en väsentlig del av verksamheten och särskild vikt ska läggas vid kartellbekämpning och vid att ingripa mot privata och offentliga aktörer som missbrukar en dominerande ställning på marknaden. Av Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten (Admnr 67/2016 av den 20 april 2016) framgår också att missbruksärenden prioriteras av verket.

Det finns således goda skäl för Konkurrensverket att utreda ärendet med en inriktning mot att driva en talan mot Novamedia om konkurrensskadeavgift för den tid överträdelsen har pågått.

### Omfattningen av ingivet material

Konkurrensverket delar inte heller Novamedias bedömning att utredningen har varit onödigt betungande.

Som Konkurrensverket redogjort för i det tidigare yttrandet tillhör missbruksärenden de mest komplexa ärenden som Konkurrensverket har att utreda. Varje ärende är dock unikt. Det är därför svårt att på ett rättvisande sätt jämföra handläggningstiden i olika ärenden.

Det är inte meningsfullt att jämföra antalet handlingar som har lämnats in i utredningen av Novamedia med antalet handlingar som har lämnats in i andra missbruksärenden. Novamedias jämförelse med dnr 629/2010 *Nasdaq OMX* är direkt missvisande, eftersom Konkurrensverket i detta ärende hämtade in omfattande information genom en oanmäld platsundersökning. I den nu aktuella utredningen av Novamedia har Konkurrensverket inte genomfört någon platsundersökning. Det har därför funnits ett större behov att inhämta information genom skriftliga ålägganden.

Det bör även nämnas att tillämpningen av missbruksförbudet under de senare åren har övergått från att i hög utsträckning vara formbaserad till att i dag vara mera effektbaserad. Till skillnad från vad som gällde tidigare, är det i dag inte längre möjligt att utifrån ett förfarandes form hävda att det föreligger ett missbruk av dominerande ställning. Konkurrensmyndigheter måste kunna visa att förfarandet har förmågan att orsaka negativa effekter på konkurrensen. Denna utveckling har generellt välkomnats av företagen, eftersom det minskar risken för felaktiga ingripanden från konkurrensmyndigheternas sida. Utvecklingen leder dock till att utredningarnas omfattning tenderar att öka.

Utredningen av Novamedia är inget undantag. För att kunna avgöra om Novamedia har brutit mot missbruksförbudet har det varit nödvändigt att inhämta omfattande information, både om de olika spelprodukterna som finns på marknaden, de aktuella avtalen och de potentiella effekterna till följd av förfarandet. Lotterimarknaden har inte tidigare varit föremål för någon utredning med bäring på lagtillämpning och därför har en grundlig inventering behövts

genomföras vilket bl.a. innefattat möten med ett stort antal marknadsaktörer och genom insamling av omfattande information.

Att Konkurrensverket vid vissa tillfällen under utredningen har ställt upprepade frågor till Novamedia om samma förhållanden beror inte, såsom Novamedia hävdar, på en oförmåga att förstå vad Novamedia har svarat, utan snarare på ett välgrundat ifrågasättande av om informationen har varit fullständig. Företag som riskerar att betala konkurrensskadeavgift har ett naturligt incitament att inte alltid lämna fullständig information. Därtill kommer att det, till skillnad från vad som gäller i de flesta andra medlemsländer i EU, i Sverige inte finns några lagstadgade sanktioner mot företag som lämnar oriktiga eller ofullständiga uppgifter i samband med en konkurrensrättslig utredning. Det är därför naturligt att Konkurrensverket ibland ifrågasätter påståenden från företagen om den efterfrågade informationen inte finns tillgänglig. Som Konkurrensverket tidigare har påpekat har det dessutom i det aktuella ärendet funnits konkreta indikationer på att Novamedia inte lämnat fullständiga uppgifter. Vad Novamedia anför i sitt senaste yttrande ändrar inte Konkurrensverkets uppfattning i denna del.

#### **Ärendets handläggningstid**

Konkurrensverket delar inte Novamedias uppfattning att handläggningstiden har varit onödigt lång. Ärendet har handlagts så skyndsamt som möjligt utifrån ärendets komplexitet. Konkurrensverket vill understryka att det inte går att dra några långtgående slutsatser av handläggningstiden i andra missbruksärenden eftersom varje ärende är unikt både vad gäller komplexitet och vad gäller omfattning av utredningsmaterial. Antalet aktbilagor i ett ärende utgör inte heller en måttstock på svårighetsgraden i ärendet.

Den jämförelse som Novamedia gör i tabellen på s. 13 av handläggningstiden i olika missbruksärenden är direkt missvisande. Flertalet ärenden i tabellen avser antingen *avskrivningsbeslut*, där det inte har varit nödvändigt att ta ställning till om en överträdelse har ägt rum, *interimistiska beslut*, som enbart gäller i avvaktan på slutligt beslut, eller *åläggandebeslut*. Konkurrensverket anser inte att det är relevant att jämföra handläggningstiden i denna typ av ärenden med handläggningstiden i ärenden som verket tar till domstol med yrkande om konkurrensskadeavgift.

De ärenden som Novamedia redogör för i sin tabell och som kan uppvisa liknande drag som den nu aktuella utredningen av Novamedia är de ärenden som Konkurrensverket har tagit till domstol med yrkande om konkurrensskadeavgift, dvs. dnr 1076/2001 *Telia Sonera* (3 år och 3 månader), dnr 415/2012 *Swedish Match* (2 år och 5 månader) och 629/2010 *Nasdaq OMX* (4 år och 5 månader). Av dessa tre är det bara ett ärende, dnr 1076/2001 *Telia Sonera*, där det föreligger en lagakraftvunnen dom som klart indikerar hur omfattande utredningsskyldigheten är i ärenden av nu aktuellt slag. I domen uttalade Marknadsdomstolen att Konkurrensverkets utredning var bristfällig.<sup>28</sup> Konkurrensskadeavgiften reducerades från yrkat belopp om 144 mkr till 35 mkr och Telia Sonera tillkändes ersättning för hälften av sina rättegångskostnader. Domen visar vikten av att Konkurrensverket genomför en robust utredning innan ärendet tas till domstol.

#### **Konkurrensverkets handläggning**

När det gäller påstådda överträdelser av 2 kap. 1 och 7 §§ KL har Konkurrensverket möjlighet att självt, utifrån verkets prioriteringspolicy, bestämma vilka utredningar som ska drivas och därmed styra resurserna dit de

---

<sup>28</sup> MD 2013:5 p. 265. Se även p. 183, 184, 300 och 301.

behövs mest. När det gäller t.ex. företagskoncentrationer och remisser föreligger inte samma möjlighet. Detta har under vissa perioder påverkat utredningen av förevarande ärende.

Det stämmer att Konkurrensverket under den inledande utredningen vidtog ett begränsat antal externa utredningsåtgärder. Konkurrensverket ville undvika att belasta Novamedia och andra marknadsaktörer i onödan innan verket hade gjort en första intern analys av det påstådda missbruket och säkerställt att det inte fanns några betydande effektivitetsskäl eller andra godtagbara skäl som gjorde det uppenbart tillåtet för Novamedia att tillämpa de aktuella avtalen.

Vad gäller tidplan stämmer det att Konkurrensverket våren 2015 meddelade Novamedia en preliminär tidsplan som senare ändrades. Detta är dock inget anmärkningsvärt. Som Konkurrensverket vid flera tillfällen har påpekat för Novamedia är alla besked som ges av projektgruppen under utredningen preliminära. Konkurrensverket är ett enrådighetsverk och bindande beslut fattas av generaldirektören. Projektgruppen har ingen behörighet att ge bindande besked, vare sig det gäller materiella bedömningar eller tidplan. För att öka transparensen och förutsägbarheten kommunicerar dock projektgrupperna normalt löpande preliminära bedömningar och tidplaner och ställningstaganden i olika frågor. En transparent handläggning av Konkurrensverkets ärenden förutsätter en förståelse för att sådana preliminära besked kan komma att ändras.

#### **Tjänsteanteckningar**

Som Konkurrensverket har angett i yttrandet av den 9 maj 2016 delar verket Novamedias uppfattning om att det i vissa fall har dröjt för lång tid att upprätta tjänsteanteckningar från möten med marknadsaktörer. Detta har, som tidigare nämnts, berott på en kombination av hög arbetsbelastning och svårigheter att få synpunkter från de aktuella marknadsaktörerna på innehållet i verkets utkast till tjänsteanteckningar.

Konkurrensverket vidhåller dock att detta inte har lett till några allvarliga negativa följder för Novamedia. Till skillnad från vad Novamedia gör gällande har fördröjningen inte lett till någon risk att tjänsteanteckningarna har fått ett inkorrekt innehåll. Som framhållits i Konkurrensverkets tidigare yttrande är det tvärtom vikten av ett korrekt innehåll som varit ett av de huvudsakliga skälen till tidsutdräkten med upprättandet.

I samband med utskick av utkast till stämningsansökan har Konkurrensverket kommunicerat alla handlingar som Konkurrensverket grundat sin preliminära bedömning på. Novamedia har därigenom fått full möjlighet att bemöta de omständigheter som det framtida beslutet kan komma att grundas på och på så sätt tillvarata sin rätt till försvar i ärendet.

#### **Felaktigt utlämnande av handling**

Till förtydligande av vad Konkurrensverket tidigare har anfört i anledning av det felaktiga utlämnandet vill verket påpeka att det rör sig om *en* mening av mycket allmän karaktär och att det är tveksamt om villkoren för sekretess enligt 30 kap. 1 § OSL är uppfyllda. Det handlar om ett kort citat från licens- och driftsavtalet mellan Novamedia och Postkodföreningen. Det är alltid svårt att med säkerhet avgöra om en uppgift kan antas skada uppgiftslämnaren vid ett utlämnande. Uppgifter i avtal är ofta hemliga för tredje man, men behöver inte vara det. I det aktuella fallet bedömde Konkurrensverket initialt att det fanns skäl att sekretessbelägga uppgiften mot tredje man. I takt med att utredningen har fortskridit bedömer Konkurrensverket att det är tveksamt om uppgiften är av en sådan karaktär att den kan antas skada Novamedia eller Postkodföreningen vid ett utlämnande. Att utlämnandet skedde till Amnesty, som är en av Novamedias förmånstagare, gör det ännu svårare att tro att utlämnandet kan antas ha lett till någon skada för Novamedia. Oavsett om villkoren för sekretess enligt 30 kap.

1 § OSL är uppfyllda eller inte rör det sig enligt Konkurrensverkets bedömning om ett ringa fall där straffrättsligt ansvar inte torde kunna komma ifråga<sup>29</sup>

Att Konkurrensverket i ett fall har polisanmält ett ombud som brutit mot tystnadsplikten visar att verket ser allvarligt på röjandet av sekretessbelagda uppgifter. Det bör dock påpekas att det, till skillnad från det nu aktuella fallet, rörde sig om information som var oerhört känslig och inte ens kunde lämnas ut till part utan förbehåll. Uppgifterna lämnades ut med ett förbehåll enligt 10 kap. 4 § OSL som begränsande såväl mottagarkrets som användningsområde. När uppgifterna senare vidarebefordrades till personer utanför mottagarkretsen fanns det skäl att se allvarligt på utlämnandet. Enligt Konkurrensverkets uppfattning var det inte ett ringa fall där inget straffrättsligt ansvar skulle kunna utdömas. Konkurrensverket beslöt därför att polisanmäla ombudet och överlämna till polis och åklagare att bedöma om åtal skulle väckas.

Novamedia kommenterade även det förnyade remissvaret.

Från Konkurrensverket fick JO den 7 februari 2017 uppgiften att ärendet fortfarande var öppet hos myndigheten och att Konkurrensverket hade som målsättning att fatta beslut under våren om huruvida stämningsansökan skulle lämnas in till domstol. Den 19 juni 2017 uppgav företrädare för Konkurrensverket att ärendet fortfarande är öppet hos myndigheten.

## Bedömning

### Inledning

Detta ärende handlar om Konkurrensverkets utredning av Novamedia, när det gäller misstänkt missbruk av dominerande ställning. I ärendet har det skett en relativt omfattande skriftväxling, och många aspekter av utredningen och aktörernas agerande har varit föremål för argumentation från Novamedia och Konkurrensverket.

JO granskar främst att myndigheterna har handlagt ärenden på ett korrekt sätt och brukar inte ta ställning till om beslut är riktiga i sak. Bedömningen från JO:s sida begränsas i detta ärende till utredningens handläggningstid, ålägganden m.m., sekretessprövning, utlämnande av handling som kan ha innehållit uppgifter som omfattades av sekretess, tjänsteanteckningar och förhör. Den rättsliga reglering som är relevant för JO:s prövning redovisas i början av varje avsnitt.

### Utredningens handläggningstid

Enligt 7 § förvaltningslagen (1986:223) ska varje ärende där någon enskild är part handläggas så enkelt, snabbt och billigt som möjligt utan att säkerheten eftersätts. Konkurrensverkets utredning rör ett eventuellt påförande av konkurrensskadeavgift gentemot Novamedia. Av 3 kap. 20 § konkurrenslagen (2008:579) framgår att konkurrensskadeavgift bara får påföras om stämning-

---

<sup>29</sup> Jfr Brottsbalken 20 kap. 3 § andra stycket andra meningen.

ansökan har delgetts den som anspråket riktas mot inom fem år från det att överträdelsen upphörde.

Novamedia har anfört att Konkurrensverkets handläggning av utredningen om misstänkt missbruk av dominerande ställning inte har bedrivits på ett så snabbt och effektivt sätt som kan krävas med hänsyn till ärendets omfattning och svårighetsgrad. Konkurrensverket har tillbakavisat Novamedias påståenden.

Ärendet inleddes i slutet av april 2013 och pågår ännu. Enligt Konkurrensverket meddelade myndigheten den 26 juli 2016 sin preliminära bedömning i ärendet genom att skicka ett utkast till stämningsansökan till Novamedia för yttrande, vilket kom in till Konkurrensverket i november 2016. I januari 2017 hölls ett möte mellan Konkurrensverket och Novamedia med anledning av yttrandet, och Konkurrensverket hade som målsättning att fatta ett beslut om huruvida verket skulle ansöka om stämning mot Novamedia under våren 2017. Något beslut har dock ännu inte fattats.

Att uppskatta vad som är en rimlig tidsåtgång i dylika ärenden låter sig inte göras med någon högre grad av exakthet. Eftersom det gjorts relativt få utredningar av den här typen och de skiljer sig mycket åt sinsemellan är det också svårt att göra några detaljerade jämförelser med andra ärenden när det gäller omfattning och tidsåtgång. Utifrån vad som går att se i Konkurrensverkets dagboksblad framstår det inte som att det har förekommit några längre uppehåll i handläggningen från Konkurrensverkets sida. Utredningsåtgärder har utförts löpande, och det har hämtats in stora mängder material. Jag har givetvis förståelse för Konkurrensverkets behov av en utredning som är tillräckligt robust för att tillgodose domstolarnas krav, men måste samtidigt framhålla att det finns ett starkt rättssäkerhetsintresse av att inte behöva vara föremål för den här typen av utredning under alltför lång tid. Jag kan konstatera att Konkurrensverket inledde sin utredning av Novamedia för mer än fyra år sedan och att den ännu inte har avslutats. Det har också gått lång tid sedan myndigheten i juli förra året gjorde sin preliminära bedömning i ett utkast till stämningsansökan. Det som har framkommit i ärendet visar enligt min mening sammanfattningsvis att utredningen tagit väl lång tid. Konkurrensverket kan inte undgå kritik för den utdragna handläggningen.

#### Ålägganden m.m.

För att Konkurrensverket ska kunna fullgöra sina uppgifter enligt konkurrenslagen får verket enligt 5 kap. 1 § första stycket 1 ålägga ett företag att tillhandahålla uppgifter, handlingar eller annat. Av 6 kap. 1 § framgår att ett sådant åläggande får förenas med vite. Den som åläggandet riktas emot har enligt 7 kap. 1 § första stycket 2 rätt att överklaga detta beslut till domstol.

Enligt 5 kap. 13 § konkurrenslagen får den som är uppgiftsskyldig eller föremål för utredning enligt samma lag inte betungas onödigt. Proportionalitetsprincipen är en grundläggande princip i alla sammanhang där myndigheter agerar med någon form av tvång gentemot enskilda. En myndighet måste alltid väga

nödvändigheten av en viss åtgärd för att uppnå ändamålet med den, mot det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den enskilde.

Novamedia menar att Konkurrensverket har ålagt bolaget, i vissa fall vid vite, att inkomma med information under utredningen i en utsträckning som har varit oskäligt betungande och orsakat betydande kostnader för bolaget. Novamedia har vidare anfört att den utdragna utredningen har inneburit goodwillförluster genom negativ medierapportering om bolaget.

Konkurrensverket har tillbakavisat dessa påståenden och påpekat att det i vissa andra ärenden i stället har gjorts platsundersökningar vid vilka material har omhändertagits, vilket måste anses vara mer ingripande för den granskade. Konkurrensverket har vidare anfört att vissa ålägganden har motiverats med att det har funnits skäl att misstänka att Novamedia har haft ytterligare information som bolaget först har hävdats att det inte har haft. Novamedia har dock invänt att någon sådan information inte har funnits.

Som jag har konstaterat i det föregående är det svårt att avgöra vad som är en rimlig tidsåtgång i ett ärende av detta slag. Detsamma gäller omfattningen av utredningen. Det ligger emellertid i sakens natur att en utredning av misstänkt missbruk av dominerande ställning på en relativt komplex marknad kräver att stora mängder material samlas in och analyseras.

Så som Konkurrensverket har pekat på har det inte gjorts någon platsundersökning inom ramen för utredningen, och detta medför ett större behov av att begära in material bl.a. från det undersökta företaget. En platsundersökning måste anses innebära en mer ingripande åtgärd än att begära in material, även om ett sådant åläggande förenas med vite. Ett beslut om en sådan åtgärd är dessutom möjligt att överklaga. Min slutsats är att utredningsåtgärderna, utifrån vad som har framkommit genom utredningen i detta ärende, inte kan anses ha varit onödigt betungande och således har befunnit sig inom gränsen för det lagliga.

### Sekretessprövning

Jag vill inledningsvis understryka vikten av att en part så långt det är möjligt får ta del av de uppgifter som tillförs ett ärende som rör parten. Rätten till partsinsyn fastslås i 16 § förvaltningslagen, och enligt 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) får en myndighet endast vägra att lämna ut en uppgift till en part med hänvisning till sekretess om det är av synnerlig vikt att uppgiften inte röjs.

Novamedia har framfört klagomål om att Konkurrensverket i stor utsträckning har maskerat uppgifter med hänvisning till att dessa omfattas av sekretess, men att myndigheten vid en senare, förnyad begäran har lämnat ut många av uppgifterna. Det har då visat sig att maskeringen i ett antal fall hade omfattat uppgifter som knappast var sådana att de kunde undanhållas part med stöd av 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen.



I protokollet över JO:s inspektion av Konkurrensverket den 22–23 oktober 2014 (dnr 5736-2014) noterades att Konkurrensverket i stor utsträckning sekretessmarkerade inkomna handlingar. JO uttalade i detta sammanhang att även om en sekretessmarkering bara utgör en ”varningsklocka” är detta inte ett skäl att ta det säkra före det osäkra och använda sekretessstämpeln på ett rutinemässigt sätt. Ett beslut om att sekretessmarkera en handling måste föregås av en prövning av om den aktuella handlingen kan antas innehålla uppgifter som omfattas av sekretess. JO framhöll samtidigt att sekretessmarkeringen inte innebär något bindande avgörande av sekretessfrågan utan bara fungerar som en påminnelse om behovet av en noggrann sekretessprövning vid en begäran om att få ta del av handlingen. Jag kan för egen del bara framhålla vikten av att sådana markeringar inte leder till otillåtna inskränkningar i rätten till partsinsyn.

Utifrån vad som har framkommit i det nu aktuella ärendet kan jag inte dra någon annan slutsats än att Konkurrensverket i ett antal fall, t.ex. när det gäller de mötesanteckningar och det yttrande som räknas upp i Novamedias anmälan, har underlåtit att göra en ordentlig prövning av vilka uppgifter som kunde lämnas ut till Novamedia redan vid bolagets ursprungliga begäran. Konkurrensverket förtjänar kritik för detta.

#### Utlämnande av handling som kan ha innehållit uppgifter som omfattades av sekretess

Som jag nyss framhållit måste en myndighet vid varje utlämnande av handlingar vara noggrann med att pröva om det finns uppgifter i dessa som kan vara skyddade av sekretess. Att lämna ut uppgifter som omfattas av sekretess är, i vissa fall, förenat med straffansvar.

Det är i ärendet klarlagt att Konkurrensverket har lämnat ut en handling utan att denna först sekretessprövades. Konkurrensverket har vidgått detta. Myndigheten har i sitt remissvar emellertid tonat ned betydelsen av det inträffade och anför att det rört sig om ett misstag och att man omgående kontaktade berörda parter efteråt. Novamedia har i sina yttranden gett uttryck för att Konkurrensverket tidigare har reagerat mycket starkt på att andra har gjort liknande misstag men att myndigheten när det rör sig om ett eget misstag bagatelliserar det inträffade.

Trots att det tycks ha rört sig om ett enskilt misstag att den aktuella handlingen har lämnats ut utan föregående sekretessprövning är detta allvarligt, oavsett vilka åtgärder Konkurrensverket har vidtagit efteråt. I en situation där en handling lämnas ut finns ingen möjlighet att överklaga beslutet, och skadan kan, i och med att uppgiften har röjts, redan vara skedd. Det är inte utrett om den handling som lämnades ut faktiskt innehöll uppgifter som omfattades av sekretess, men Konkurrensverket förtjänar kritik för att det inte gjordes någon prövning före utlämnandet.

## Tjänsteanteckningar

Det finns inga författningsbestämmelser som reglerar inom vilken tid efter exempelvis ett samtal eller ett möte som en tjänsteanteckning ska upprättas. I normalfallet bör emellertid tjänsteanteckningen skrivas i direkt anslutning till samtalet, eftersom tjänstemannens minnesbild av det som har sagts med nödvändighet bleknar ju längre tid som går. Konkurrensverket tillämpar dock enligt vad som har kommit fram en metod som går ut på att ett utkast till tjänsteanteckning upptecknas och sedan kommuniceras med den eller de som har deltagit i det aktuella mötet eller samtalet, för eventuella kommentarer. Tjänsteanteckningen får sin slutliga utformning efter att kommunikeringen har avslutats.

Novamedia har anfört att Konkurrensverket vid ett flertal tillfällen har dröjt oskäligt länge med att upprätta tjänsteanteckningar efter möten och samtal. Konkurrensverket har uppgett att det rör sig om ett begränsat antal sådana tillfällen. Novamedia har vidare angett att Konkurrensverket vid tiden för anmälan till JO hade hållit 39 möten och samtal i ärendet som lett till en tjänsteanteckning. Efter minst 21 av dessa har det dröjt mer än tre kalenderveckor innan en tjänsteanteckning har upprättats, och i 17 fall har tiden överstigit en månad. Vid sex tillfällen har mer än två månader gått innan en tjänsteanteckning har upprättats. Konkurrensverket har inte invänt mot Novamedias redovisning.

Novamedia har hänvisat till ett uttalande i JO:s tidigare nämnda inspektionsprotokoll om inom vilken tid efter ett möte eller samtal som tjänsteanteckningar bör upprättas. Det aktuella uttalandet, om att upprättande efter över en månad får anses vara för sent, gjordes emellertid av företrädare för Konkurrensverket och ger således inte någon närmare ledning när det gäller tidsramen för upprättande av tjänsteanteckningar generellt. Novamedias resonemang om att minnesbilderna bleknar även hos de som deltagit i möten och samtal om för lång tid går innan ett utkast till tjänsteanteckning kommer dem till handa för kommentarer framstår dock som självklart.

Även om Konkurrensverkets tillvägagångssätt för att upprätta tjänsteanteckningar innebär att dessa ofta inte kan fastställas i direkt anslutning till det aktuella mötet eller samtalet finns det en borte gräns för när det måste anses ha gått för lång tid för att ändamålet med anteckningarna ska vara uppfyllt. Utgångspunkten måste vara att en tjänsteanteckning ska färdigställas så snabbt som möjligt, och även om många personer ska yttra sig är en tidsperiod på tre till fyra veckor normalt en väl lång tid. Konkurrensverket förtjänar kritik för att det i många fall har tagit betydligt längre tid än så att upprätta tjänsteanteckningar under den aktuella utredningen.

## Förhör

Inom ramen för Konkurrensverkets utredning har förhör hållits med stöd av 5 kap. 1 § konkurrenslagen. Enligt 5 kap. 2 § konkurrenslagen ska utsaga av den

som förhörs upptecknas. Utsagan ska läsas upp eller tillfälle ges den förhörde att på annat sätt granska uppteckningen. Vad det senare innebär i praktiken har Novamedia och Konkurrensverket olika uppfattningar om.

Novamedia har anfört att Konkurrensverket har en skyldighet att låta förhörspersonen granska dialogutskriften från sitt förhör, medan Konkurrensverket har tillbakavisat att det skulle finnas en sådan skyldighet. Konkurrensverket har uppgett att myndigheten tar upp förhören på band och att det då inte finns någon skyldighet att låta förhörspersonen granska dialogutskriften. Skyldigheten att låta personen granska en utskrift gäller dock enligt Konkurrensverkets uppfattning när det rör sig om en sammanfattande uppteckning av förhöret.

JO har i ett tidigare beslut gjort uttalanden om Konkurrensverkets uppteckning av förhör enligt konkurrenslagen (JO 2014/15 s. 349). JO konstaterar i beslutet att det i avsaknad av bestämmelser avseende vilket sätt protokollföringen av förhör enligt konkurrenslagen ska ske faller sig naturligt att stödja sig på regleringar som styr närallgigande verksamheter, som exempelvis förundersökningskungörelsen. Samtidigt måste hållas i åtanke att Konkurrensverket inte ägnar sig åt en brottsutredande verksamhet i strikt mening. Beslutet ger ingen direkt ledning i fråga om skyldigheten att låta förhörspersonen få granska utskriften om den har gjorts i dialogform och förhöret har spelats in.

JO har tidigare uttalat att en kontroll från den hördes sida är obehövlig om förhöret spelas in på band och skrivs ut i sin helhet (JO 1998/99 s. 98). Jag ansluter mig till denna uppfattning och anser att Konkurrensverkets rutin för hantering av förhörsutskrifter är förenlig med de krav som uppställs i 5 kap. 2 § konkurrenslagen. Det kan tilläggas att en motsvarande huvudregel numera har kommit till uttryck i 23 kap. 21 § andra stycket rättegångsbalken, såvitt avser förundersökningar. Jag vill dock framhålla att det i vissa situationer ändå kan vara lämpligt att låta den hörde kontrollera även en fullständig skriftlig uppteckning av ett förhör. Exempelvis kan detta bli aktuellt om det finns skäl att tro att en sådan uppteckning innehåller felaktigheter på grund av bristande kvalitet på inspelningen (se prop. 2016/17:68 s. 47).

### Avslutning

Sammanfattningsvis har jag inte funnit grund för kritik när det gäller Novamedias klagomål om att Konkurrensverkets utredningsåtgärder skulle ha varit onödigt betungande, men anser att myndigheten inte kan undgå kritik för den utdragna handläggningstiden. Konkurrensverket förtjänar också kritik för sin handläggning av frågor som rör sekretess och upprättande av tjänsteanteckningar. När det gäller myndighetens rutin för hantering av förhörsutskrifter anser jag att den är förenlig med de krav som uppställs i konkurrenslagen.

Ärendet avslutas.