



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Markus Bertilson

Förordning 1/2003
Introduktionen av ett direkt tillämpligt undantag

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Konkurrensrätt

Vårterminen 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Presentation	3
1.2 Ämnesval	4
1.3 Syfte	4
1.4 Avgränsning	5
1.5 Metod och material	5
1.6 Disposition	6
2 ARTIKEL 81 OCH FÖRORDNING 17/62	7
2.1 Inledning	7
2.2 Villkoren i art 81(3)	7
2.3 Notifiering av avtal	8
2.4 Ansökan om undantag	9
2.5 Beslut om undantag	9
2.6 Verknningar av notifiering	10
3 VARFÖR ETT NYTT SYSTEM?	12
3.1 Inledning	12
3.2 Huvudsakliga skäl till reform	12
3.2.1 Inledning	12
3.2.2 Notifieringsförfarandet	12
3.2.2.1 Ett överbelastat system	13
3.2.2.2 Rättslig osäkerhet	14
3.2.2.3 En ekonomisk börda	14
3.2.3 Kommissionens exklusiva behörighet	15
3.3 Ansatser till bristavhjälpning	16

4	FÖRORDNING 1/2003	18
4.1	Inledning	18
4.2	Direkt tillämplighet av art 81(3)	19
4.2.1	Inledning	19
4.2.2	Nationella konkurrensmyndigheter och art 81	19
4.2.3	Nationella domstolar och art 81	20
4.3	Kommissionens roll i den nya ordningen	21
4.4	Tillämpning i ett nära samarbete	23
4.5	Enhetlig rättstillämpning	25
4.5.1	Inledning	25
4.5.2	Gemenskapens konkurrensregler	25
4.5.3	Nationell rätt i förhållande till gemenskapsrätten	26
4.6	Informationsutbyte	27
5	ALTERNATIVA REFORMFÖRSLAG	29
5.1	Inledning	29
5.2	Vitbokens förslag	29
5.2.1	Inledning	29
5.2.2	Omtolkning av art 81	30
5.2.3	Decentralisering av tillämpningen av art 81(3)	30
5.2.4	Utvidgning av art 4(2) förordning 17/62	31
5.2.5	Förenklade förfaranden	32
6	ANALYS	33
6.1	Inledning	33
6.2	Verkningar av direkt tillämplighet	34
6.2.1	Ny innebörd av art 81	34
6.2.2	Avskaffande av anmälningssystemet	35
6.2.2.1	Verkningar för övervakningssmyndigheterna	36
6.2.2.2	Verkningar för företagen	36
6.3	Enhetlig rättstillämpning	38
6.3.1	Inledning	38
6.3.2	Förbud mot motstridiga beslut	39
6.3.3	Kommissionens förhandsgranskning	40
6.3.4	Nationella domstolars enhetliga rättstillämpning	42
6.4	Kompetensfördelning	44
6.4.1	Inledning	44
6.4.2	Kommissionens exklusiva roll	44
6.4.3	Nationella konkurrensmyndigheters roll	46
6.5	Legalundantagets legalitet	48
6.5.1	Inledning	48
6.5.2	Direkt tillämplighet och direkt effekt	49
6.5.3	Artikel 81(3) och direkt tillämplighet	49

6.5.4	Artikel 81(3) och direkt effekt	50
6.5.4.1	Diskretionärt bedömningsutrymme	50
6.5.4.2	Lagtekniska spørsmål	51
6.6	Officiella målsättningar	53
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	56
	LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60

Sammanfattning

Sedan 1962 har tillämpningen av fördragets artiklar 81 och 82 i huvudsak styrts av en och samma förordning; rådets förordning 17/62. Skapandet och antagandet av förordningen skedde i en tid då gemenskapen bestod av sex medlemsstater med en sammanlagd befolkning om 170 miljoner. Idag, drygt 40 år senare, är det fortfarande samma regelverk som är ledande för tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. 1999 inleddes genom antagandet av en vitbok ett reformarbete med utsikter om en ny tillämpningsförordning. Vitboken summerade de brister som erfarits under förordning 17/62 och erbjöd dessutom fem alternativ till reform. Ett år senare presenterades ett förordningsförslag som till stora delar byggde på ett av de koncept som presenterats i vitboken. Förordningsförslaget bjöd på en mängd reformivriga komponenter varav introduktionen av ett direkt tillämpligt undantag blev en av de flitigast omdiskuterade. Efter två års beredning presenterades den slutliga förordningstexten. Det visade sig härmed att kommissionen, trots yttre påtryckningar och skarp kritik, fortsatt på den inslagna vägen. Genom förordningen realiserades såväl föreställningen om ett direkt tillämpligt undantag som det av vissa åstundade avskaffandet av notifieringsförfarandet. Den nya förordningen omkullkastar till stora delar gemenskapens tidigare hävdvunna tillämpningspraxis och kan därmed sägas utgöra en milstolpe för den europeiska konkurrens-kulturen.

Införandet av ett direkt tillämpligt undantag påverkar såväl rättstillämpare som företag. För de nationella rättstillämparna innebär legalundantaget en utökning av behörigheten att tillämpa fördragets art 81. För kommissionen blir verkningarna tydligast genom avskaffandet av notifieringsförfarandet. De europeiska företagen tvingas genom det direkt tillämpliga undantaget att i större utsträckning än tidigare förlita sig på egenhändigt utförda juridiska analyser och bedömningar. Vidare har den nya åskådningen av art 81 blåst nytt liv i debatten kring rättssäkerhet och enhetlig rättstillämpning. Den utökade behörigheten för de nationella rättstillämparna befaras öka risken för en divergerande rättstillämpning. Kommissionen har mot detta framfört att förordning 17/62 har tillämpats under en tillräckligt lång tid för att tydligt visa hur gemenskapens konkurrensregler skall tillämpas.

I den föreliggande uppsatsen framställs den nya tillämpningsförordningen mot bakgrund av förordning 17/62. Framställningen görs med fokus på art 81 och behandlar således inte frågor relaterade till regleringen av dominerande ställning i art 82. Uppsatsens utredande del tar främst sikte på frågorna kring rättssäkerhet, ärendefördelning och vissa mer lagtekniskt orienterade problemställningar.

Förkortningar

E.C.L.R.	European Competition Law Review
ECR	European Courts Report
EGD	Europeiska gemenskapens domstol
EGF, fördraget	Fördraget om upprättande av den Europeiska gemenskapen
EKSG	Europeiska kol- och stålunionen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
ERT	Europarättslig tidskrift
FIR	Europeiska gemenskapens förstainstansrätt
Gemenskapen	Europeiska gemenskapen
Kommissionen	Europeiska gemenskapens kommission
Rådet	Europeiska gemenskapens råd

1 Inledning

1.1 Presentation

Redan vid skapandet av grundfördraget 1957 antogs gemenskapens materiella konkurrensregler. Bestämmelserna byggde i mångt och mycket på de regler som antagits i samband med upprättandet av EKSG.¹ Själva skapandet av en gemensam konkurrenskultur kan emellertid sägas ha skett först genom antagandet av förordning 17/62.² Förordningen var den första av sitt slag och reglerade den processuella tillämpningen av de materiella konkurrensreglerna. Härigenom skapades inledningsvis ett unisont betraktelsesätt av gemenskapens konkurrensregler. Vid sidan av funktionen att skapa ett fungerande tillämpningssystem var förordning 17/62 dessutom avsedd att användas som verktyg för att bygga upp en gemensam marknad. Vidare presenterades en synopsis av den förväntade utvecklingen av gemenskapen i vilken förordning 17/62 skulle stimulera konkurrensen och på så sätt fungera som drivkraft för den europeiska ekonomin. Uppgiften att skapa en förordning som motsvarade nyssnämnda krav var sålunda grandios och skulle komma att möta många hinder. Den stora delen av de dåvarande medlemsstaterna saknade motsvarigheter till de regler som införts genom EGF och förordning 17/62. Vid tidpunkten för utformandet av förordningen bestod gemenskapen av sex medlemsstater med en sammanlagd befolkning om 170 miljoner. Det förhållandevis ringa antalet medlemsstater var sannolikt en bidragande orsak till att gemenskapens konkurrensrättssystem i ett tämligen tidigt skede fick ett stabilt fotfäste.

Efter det att förordning 17/62 antogs har gemenskapen genomgått en rad förändringar. Antalet medlemsstater har ökat och de ekonomiska förutsättningarna är långt ifrån de samma som vid antagandet av förordningen. Nyssnämnda faktorer har föranlett kommissionen att vid ett flertal tillfällen komplettera förordning 17/62 genom att utfärda en rad olika rättsliga dokument. Någon ändring eller komplettering av de materiella reglerna har emellertid inte ägt rum. De är idag de samma som vid utformandet av EGF. Det är regelverket för tillämpningen av desamma som med tiden modifierats. Det är vidare värt att notera att förordning 17/62 varit i kraft i drygt 40 år vilket är beaktansvärt då gemenskapen idag har 15 medlemsstater med en sammanlagd befolkning om 380 miljoner.

De stora skillnaderna mellan gemenskapen 1962 och 2003 utgör de kanske främsta skälen till att gemenskapens konkurrensrättssystem i dagsläget är i ett ofrånkomligt behov av reform. Därtill kommer det faktum att den europeiska ekonomin under de senaste åren genomgått mer omvälvande

¹ Se exempelvis art 65 EKSG i jämförelse med art 81 i EGF.

² Förordning nr 17, Första förordningen om tillämpningen av artiklarna 85 och 85, EGT L 13, 21.12.02.1962 (nedan "Förordning 17").

förändringar än tidigare. Den gemensamma valutan har gjort betydande landvinningar och kommer sannolikt att fortsätta att expandera. Därjämte skall beaktas att gemenskapen står inför en stundande utvidgning. Inom den närmaste framtiden kommer antalet medlemsstater följaktligen ytterligare att öka. I samband härmed är det viktigt att gemenskapen av idag kan erbjuda ett rättssäkert och effektivt system avseende tillämpningen av konkurrensreglerna. De nya medlemsstaterna saknar till stor del erfarenhet av tillämpning av regler motsvarande fördragets artiklar 81 och 82 (i det följande art 81 och art 82) varför de kan antas vara i behov av ett klart och tydligt tillämpningssystem.

Drivkrafterna bakom det nya tillämpningssystemet är som synes många. Den nya ordningen kommer att gälla från och med den 1 maj 2004. Det är sannolikt ingen tillfällighet att datumet för ikraftträdande är det samma som för de nya medlemsstaternas inträde. Det torde vara rimligt att anta att kommissionen härigenom söker undvika en övergångsperiod för de nya medlemsstaterna och de där hemmahörande företagen. Fram till dess kan det emellertid endast spekuleras i hur förordningen kommer att tillämpas. Vissa regler framstår som klara och precisa medan andra ger upphov till vidlyftiga tolkningar och stundom diskutabla rättsverkningar. Sannolikt kommer den nya förordningen precis som sin föregångare att med tiden modifieras och styckvis förlänas nya denotationer.

1.2 Ämnesval

Introduktionen av den nya tillämpningsförordningen³ utgör ett av de viktigaste legislativa initiativen för den europeiska konkurrensrätten på många år. Tack vare sin framåtsträvande karaktär har förordningen med tillhörande förarbeten alstrat en rad intressanta och delikata frågeställningar. Mitt val av ämne har därför låtit sig inspireras av såväl förordningens rättsliga vikt som några av de mest beaktansvärda frågeställningarna. Valet av ämne är vidare sammankopplat med föreställningen om att en genuin kunskap inom den europeiska konkurrensrätten förutsätter goda insikter i de materiella reglerna såväl som de processuella.

1.3 Syfte

Det grundläggande syftet med uppsatsen har varit att belysa det nya tillämpningssystemets mest epokgörande komponenter och där till hörande problemkomplex. Framställningen görs till övervägande del med fokus på införandet av ett legalundantag och vilka rättsliga verkningar ett dylikt införande kan generera. Däri inbegrips bland annat frågor som relaterar till rättsäkerhet, effektiv övervakning och vissa lagtekniska spørsmål.

³ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1/1, 4.1.2003 (nedan "Förordning 1/2003").

Vidare har min ambition varit att kartlägga i vilken utsträckning det nya systemet kan sägas motsvara de målsättningar som legat till grund för antagandet av en ny förordning.

1.4 Avgränsning

Konkurrensrätten kan sägas vara en disciplin som angränsar till en rad olika vetenskapliga områden. Det är således en mycket svår uppgift att i strikt mening avgränsa uppsatsens innehåll till att endast omfatta konkurrensrätt. Däremot är innehållet befriat från mer djuplodande analyser inom intilliggande vetenskapsområden. Vissa anknytningar är emellertid, enligt min mening, erforderliga för att kunna skapa en komplett bild av det nya systemet och dess innebörd och följder.

Av utrymmesskäl har jag vidare avgränsat arbetets innehåll till att endast omfatta frågor relaterade till art 81. Således utelämnas de frågor som anknyter till regleringen av dominerade ställning i art 82.

1.5 Metod och material

Arbetet följer till huvudsakliga delar en traditionell rättsdogmatisk metod och bygger således på analyser av författningar, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Dessutom har jag med hänsyn till ovan angivet syfte valt att i vissa delar av uppsatsen använda något av en komparativ metod. Det komparativa momentet ligger i att den nya förordningen styckvis presenteras och granskas mot bakgrund av regelverket i förordning 17/62.

En stor del av det material som finns skrivet om moderniseringsprocessen utgörs av artiklar. Dessvärre är den övervägande delen av dessa författade innan den slutliga förordningstexten gjordes officiell och bygger därför antingen på kommissionens vitbok⁴ eller på förordningsförslaget⁵. De delar som särskiljer förordningstexten från förarbetena påverkar dock inte tillämpningen av art 81 i någon större utsträckning. Sålunda har även de artiklar som baserats på såväl vitboken som förordningsförslaget tjänat mig väl.

⁴ Vitbok om modernisering av tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, EGT C 132, 12.5.1999 (nedan "Vitboken").

⁵ Förslag till rådets förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget och om ändring av förordningarna (EEG) nr 1017/68, (EEG) nr 2988/74, (EEG) nr 4056/86 och (EEG) nr 3957/87, Bryssel den 27.9.2000, KOM (2000) (nedan "Förordningsförslaget").

Avslutningsvis har jag genom intervju med Monica Widegren erhållit värdefulla åsikter och nödvändiga infallsvinklar angående vissa delar av den nya förordningen.⁶

1.6 Disposition

Arbetets inledande kapitel behandlar förordning 17/62 och dess regelverk. I det anslutande kapitlet presenteras de grundläggande skälen till varför tillämpningssystemet under ifrågavarande regelverk anses bristfälligt. Redogörelsen för förordningens regelverk har medvetet lagts på en mycket grund nivå. En mer omsorgsfull genomgång har exkluderats med hänvisning till utrymmesskäl och bristande behov.

I det därefter följande kapitlet återfinns en ingående behandling av den nya förordningen och dess verkningar. I anslutning härtill presenteras även de alternativa reformförslag som kommissionen övervägt.

I arbetets senare kapitel analyseras den nya förordningen och det system denna föreskriver. Analysen upptar en förhållandevis stor del av arbetets utrymme vilket torde kunna förklaras av uppsatsämnets natur. Ämnet bereder ett obetvingat större utrymme för spekulationer än för sannskyldiga konstateranden.

⁶ Intervju med Monica Widegren, avdelningschef för Internationella Sekretariatet, Konkurrensverket, Stockholm, 1 april, 2003.

2 Artikel 81 och förordning 17/62

2.1 Inledning

Portalstadgandet i 81(1) förbjuder avtal, beslut och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den gemensamma marknaden. I art 81(3) anges de omständigheter som skall vara för handen för att ett undantag från förbudet skall kunna meddelas. Den bedömning som påkallas av ifrågavarande bestämmelse är mycket komplex och innefattar en rad kritiska moment. Trots att bestämmelsen innehåller uttryckliga föreskrifter om vilka element som skall ingå i bedömningen har den vållat huvudbry för såväl rättstillämpare som enskilda. Härav ansågs det i samband med skapandet av förordning 17/62 nödvändigt att närmare reglera hur art 81(3) skulle tillämpas. Följande kapitel tar sikte på relationen mellan art 81 och de regler som uppställs i förordning 17/62.

2.2 Villkoren i art 81(3)

Begränsningar av konkurrensen kan i princip sägas utgöra hinder för en sund marknadsutveckling. Däremot finns det situationer där en begränsning av konkurrensen är nödvändig för att över huvud möjliggöra en utveckling av marknaden. Således kan ett förbud mot konkurrensbegränsande aktiviteter inte gälla villkorlös. Däremot krävs att regleringen av möjligheterna till undantag är strikt och på intet sätt gör anspråk på att frånta förbudet dess karaktär som huvudregel. I art 81(3) uppräknas de villkor som måste vara för handen för att ett undantag från förbudet i art 81(1) skall kunna meddelas. Ett avtal måste enligt påbudet uppfylla fyra olika villkor för att kunna vara i åtnjutande av ett undantag. Två av villkoren formuleras positivt och två negativt. Inledningsvis krävs att avtalet förbättrar antingen produktionen eller distributionen av varor eller främjar ett tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Vidare krävs att konsumenterna tillförsäkras en del av den vinst som uppnås genom avtalet. Avtalet får däremot inte innebära begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå avtalets mål. Ej heller får avtalet riskera att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av relevanta varorna.⁷

Förbättringen av produktion eller distribution måste kunna uppvisa tillräckliga och objektiva fördelar vilka skall överväga de konkurrensbegränsande effekterna.⁸ Kravet på balans mellan de konkurrensbegränsande aktiviteterna presenteras emellanåt som ett femte

⁷ J. Faull, A. Nikpay: *The EC Law of Competition*, s 103, University Press, Oxford, 1999.

⁸ Se bland annat mål 56 och 58/64, *Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH mot Kommissionen* [1966] ECR 299.

villkor i art 81(3).⁹ Oavsett om de positiva effekterna skulle överväga de negativa får ett beslut om undantag aldrig meddelas om konkurrensbegränsningarna inte anses till fullo nödvändiga. Ett beslut om undantag får ej heller fattas i fall där det ifrågavarande avtalet riskerar att eliminera konkurrensen på en väsentlig del av den gemensamma marknaden.¹⁰ Kommissionen är vid effektbedömningen berättigad att bedöma alla omständigheter som omger handlingarna kring avtalet. Vid bedömningen beaktas den relevanta marknadsstrukturen och avtalets potentiella effekter på den gemensamma marknaden. I bedömningen av avtal som kan innebära en uppdelning av den gemensamma marknaden kan utredningsnivån i vissa fall sänkas.¹¹ Dylika avtal anses i princip innebära mycket grava konkurrensbegränsningar och bör således inte kunna bli föremål för undantag. Bortsett från detta finns det inga uttryckliga principer eller antaganden om att vissa kategorier av avtal i sig är oförmögna att åtnjuta undantag. I *Matra-Hachette*¹² uttalade FIR att samtliga konkurrensbegränsande åtgärder i princip, oavsett dess effekter på marknaden, kan undantas från förbudet i 81(1) under förutsättning att villkoren i art 81(3) är uppfyllda och att åtgärden anmälts till kommissionen.

2.3 Notifiering av avtal

Enligt art 4(1) förordning 17/62 kan ett beslut om undantag inte fattas om avtalet inte notifierats till kommissionen. Bestämmelsen har av gemenskapsdomstolarna tillämpats strikt och absolut.¹³ Det finns emellertid vissa undantag från anmälningsskyldigheten. Den gäller endast för enskilda avtal vilka inte omfattas av något gällande gruppundantag. Ett avtal kan emellertid omfattas endast delvis av ett gruppundantag på grund av att det inrymmer så kallade gråa klausuler. Dylika klausuler reglerar förfaranden som är tillåtna endast under vissa förutsättningar. Förekomsten av gråa klausuler aktiverar anmälningsskyldigheten även om avtalet till större delen träffas av gruppundantaget.

Genom art 4(2) förordning 17/62 undantas vissa kategorier av avtal från anmälningsskyldigheten. Bland annat undantas avtal mellan parter hemmahörande i samma medlemsstat under förutsättning av avtalet inte påverkar handeln med övriga medlemsstater. I detta hänseende kan art 4(2) framstå som något av en tautologi då en grundläggande förutsättning för att förbudet i art 81(1) skall träda in är att ett avtal kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Vidare undantas avtal vars enda syfte är underlätta för

⁹ Förekomsten av ett femte villkor diskuterades bland annat i *Ford Werke AG* [1983] EGT L 327/31.

¹⁰ Se mål nr 75/84 *Metro-Sb Grossmarkte GmbH & Co. JG mot Kommissionen* [1986] ECR 3021.

¹¹ Se målen 25-26/84, *Ford Werke and Ford Europe Inc. mot Kommissionen* [1985] ECR 2725.

¹² Mål nr T-17/93, *Matra Hachette SA mot Kommissionen* [1994] ECR II-595.

¹³ Se exempelvis mål nr 126/80 *Salonia mot Poidomani*, [1981] ECR 1563, se även C.S. Kerse: *E.C. Antitrust Procedure*, s 59, 4th edn., Sweet & Maxwell, London, 1998.

gemensam forskning avseende tekniska förbättringar under förutsättning att resultaten görs tillgängliga för samtliga parter och kan utnyttjas av var och en av dem. Det faktum att ett avtal inte omfattas av anmälningsskyldigheten innebär däremot inte att det per automatik undantas från förbudet i art 81(1). Ej heller utgör det ett hinder för avtalsparterna att anmäla avtalet till kommissionen. Genom kommissionens utredningar har det förvisso framkommit att det endast är ett litet antal avtal som motsvarat kraven i art 4(2) och att bestämmelsen därmed inte fått önskad effekt.

2.4 Ansökan om undantag

Möjligheten till att erhålla undantag är strängt kopplad till vissa formella krav. Ett krav som uppställs är att en ansökan om undantag görs enligt de föreskrifter som anges i förordning 3385/94.¹⁴ Förordningen föreskriver bland annat att en ansökan om undantag skall göras i enlighet med formulär A/B och innehålla all den information som formuläret kräver. Sålunda kan utevaron av efterfrågad information leda till att ansökan om undantag avslås och att ansökande företag tvingas lämna in en ny ansökan. Av förordningen framgår vidare att kommissionen, i tillämpliga fall, på begäran av ansökande parter skall ge dem möjlighet att före ansökan eller anmälan informellt diskutera det avsedda avtalet, beslutet eller förfarandet under strikt sekretess. Vidare ges genom förordningen möjligheter till en dialog mellan ansökande parter och kommissionen angående eventuella juridiska och praktiska problem som kommissionen upptäcker vid sin granskning av ansökan. Därefter undersöks möjligheterna till att omformulera avtalet och därmed få till stånd en ansökan som kan leda till ett undantag.

Vid sidan av formkravet uppställs inga tidsgränser inom vilken en ansökan om undantag skall göras. Den kan i princip göras när som helst. En ansökan om undantag har till och med godtagits trots att den lämnades in efter det att ett klagomål tillsänts kommissionen.¹⁵ Detta till trots finns det vissa fördelar med att lämna in en ansökan i samband med att ett avtal träffas.¹⁶

2.5 Beslut om undantag

Det åvilar kommissionen en skyldighet att innan beslut om undantag fattas publicera en sammanfattning av den ifrågavarande avtalsanmälan.¹⁷ Härigenom ges berörda parter möjlighet att yttra sig över ärendet och det framtida beslutet. Det är därför av synnerlig vikt för det ansökande företaget

¹⁴ Kommissionen, Förordning (EC) Nr 3385/94, av den 21 december 1994 om form, innehåll och övriga detaljer beträffande ansökningar och anmälningar som fastställts i rådets förordning nr 17, EGT L 337, 31.12.94, s 28.

¹⁵ Se *Nuovo CEGAM* [1984] EGT L 99/29.

¹⁶ Se kap 2.6 för närmare redogörelse av verkningarna av notifiering.

¹⁷ Se *Yves Saint Laurent Parfums* [1998] EGT C 120/2.

att genom sin ansökan frambringa övertygande fakta om att avtalet uppfyller villkoren i art 81(3). Vid bedömningen av om ett undantag skall meddelas eller ej är kommissionen skyldig att använda samtliga tillgängliga medel för att inhämta fakta om omständigheter rörande varje specifikt avtal.¹⁸ Kommissionens bedömning skall ske med utgångspunkt i de relevanta produkt- och geografisektorer inom vilka avtalet har effekter. Under utredningens gång kan kommissionen bistå ansökande företag med alternativa avtalsformuleringar. Avsikten härmed är att skapa effektiva avtal vars verkningar stimulerar konkurrensen såväl som marknadsutvecklingen. Möjligheten till dialog mellan kommissionen och företagen har således underlättat avtalsarbetet för de företag som varit måna om att inte låta genomföra sina avtal förrän de godkänts av kommissionen. Det är emellertid viktigt att påpeka att kommissionen inte är skyldiga att föreslå alternativa avtalsformuleringar. Dymedelst har kommissionen kunnat begränsa sitt engagemang till avtal som legat på gränsen till att kvalificeras för undantag.

2.6 Verkningar av notifiering

I situationer där företagen på den gemensamma marknaden arbetar med avtal som kan vara konkurrensbegränsande är det inte alltid det framstår som självklart att anmäla avtalet. En notifiering innebär tveklöst en risk för att avtalet bedöms som otillåtet konkurrensbegränsande och därmed senare kan komma att ogiltigförklaras. Däremot finns en rad olika fördelar med att anmäla avtalet. Sålunda innebär avvägningen om ett avtal skall anmälas eller ej ofta en avancerad balansgång för företagen. Vad som torde stå klart är att det huvudsakliga skälet till att anmäla ett avtal är att erhålla ett beslut om undantag enligt art 81(3). Ett avtal som av kommissionen undantagits från förbudet i art 81(1) kan göras gällande inför nationell domstol utan att riskera att ogiltigförklaras enligt art 81(2) eller motsvarande nationell bestämmelse. Frånvaron av ett dylikt beslut innebär således att domstolen genom tillämpning av sistnämnda bestämmelse kan ogiltigförklara avtalet.

Av art 15(5) förordning 17/62 framgår att böter för en överträdelse av art 81(1) inte får utfärdas för åtgärder som sker efter det att ett avtal anmälts till kommissionen. Immuniteten från böter träffar emellertid endast de åtgärder som omfattas av anmälningen.¹⁹ För att immunitet mot böter skall aktualiseras krävs inte att kommissionen fattar ett positivt undantagsbeslut. Ett beslut från kommissionen vilket konstaterar att en överträdelse av art 81(1) ägt rum och att villkoren i art 81(3) ej är för handen omfattas också av formuleringen i art 15(5) förordning 17/62. Således kan böter inte heller utfärdas i de fall där kommissionen fastslagit en otillåten konkurrensbegränsning.²⁰

¹⁸ Se mål 56 och 58/64, *Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH mot Kommissionen* [1966] ECR 299.

¹⁹ Förordning 17/62, art 15(5).

²⁰ C.S. Kerse: *E.C. Antitrust Procedure*, s 69, 4th edn., Sweet & Maxwell, London, 1998.

Efter ansökan från företag kan kommissionen meddela en negativattest. Negativattesten är ett besked från kommissionen att den på grundval av de upplysningar de tillsänts av ansökande företag inte finner att avtalet står i strid med art 81(1). En ansökan om negativattest kombineras ofta med en ansökan om undantag. Skälen härtill kan variera. Ett av skälen är att avtalet av kommissionen kan befinnas vara otillåtet enligt art 81(1). Någon bedömning enligt 81(3) följer närmare bestämt inte av en ansökan om negativattest. Vidare strömmar immunitet från böter endast av en ansökan om undantag, vilket sannolikt är en starkt bidragande orsak till kombinationen av ansökningar.

En av de mest omtalade och kritiserade effekterna av notifieringsförfarandet rör dess påverkan på den nationella rätten. Om ett företag har anmält ett avtal till kommissionen hindras en nationell domstol i princip att ogiltigförklara ett avtal enligt art 81(2). Härigenom har företagen kunnat blockera och minska antalet nationella processer.

3 Varför ett nytt system?

3.1 Inledning

Som påtalats tidigare har förordning 17/62 varit verksam i drygt 40 år. Sedan ikraftträdandet har gemenskapen omdanats och utvecklats. Tydligast åsyns gemenskapens utvidgning till ett större antal medlemsstater. Den gemensamma marknaden har expanderat och utgör idag en blandning av långt fler nationella marknader än vid tillkomsten av förordning 17/62. Målsättningen om en inre marknad har bidragit till att det blivit allt vanligare att de europeiska företagen bedriver verksamheter som spänner över de nationella gränserna. Dessutom står en rad nya medlemsstater inför dörren vilket inom en snar framtid kommer att utvidga den gemensamma marknaden ytterligare.

Det är emellertid inte endast gemenskapens storlek och sammansättning som förändrats under livstiden för förordning 17/62. De ekonomiska förutsättningar som marknadsaktörerna agerade under 1962 kan svårligen sägas vara desamma som idag. Bland annat har föreställningen och genomförandet av en gemensam valuta lotsat den europeiska ekonomin in i ett allt närmare samarbete.

De ekonomiska och geografiska förändringarna har under de senare åren allt oftare gjort sig påminda inom konkurrensrätten. Tillämpningssystemet av art 81 och 82 ter sig ofta som ålderdomligt och illa anpassat till rådande omständigheter. Behovet av ett nytt system har således framstått som allt mer trängande.

3.2 Huvudsakliga skäl till reform

3.2.1 Inledning

Under den drygt 40-åriga tillämpningen av förordning 17/62 har ett antal olika problem identifierats. Vissa av problemen har varit möjliga att lösa medan andra varit svårbemästrade och istället eskalerat i effekt. Nedan följer en genomgång av de problem som dröjt sig kvar trots att en rad åtgärder vidtagits för att eliminera dem.

3.2.2 Notifieringsförfarandet

Ett symptomatiskt inslag i systemet under förordning 17/62 är den centrala undantagsprövningen. Genom förordningen gjordes kommissionen ensam behörig att fatta beslut om undantag från förbudet i art 81(1). Den centrala

undantagsprövningen motiverades bland annat av behovet att skapa en enhetlig rättstillämpning. Vad som dock inte förutsågs var det mycket stora antal avtalsanmälningar som under åren gjorts till kommissionen. Redan kort efter antagandet av förordning 17/62 erfor emellertid kommissionen att den centrala undantagsprövningen skulle komma att medföra ett mycket resurskrävande arbete.

3.2.2.1 Ett överbelastat system

Kommissionen har under de senaste åren gett klara indikationer på att vara överbelastad. Den kan inte längre på ett effektivt sätt uppställa ett fullgott konkurrensskydd på den gemensamma marknaden. Ett av de flitigast angivna skälen härtill har varit notifieringsförfarandet. Kommissionen tvingas avsätta betydande resurser på att behandla anmälda avtal vilket i sig kan vara en mycket tidskrävande process. Den genomsnittliga handläggningstiden för ärenden som avslutas genom formella beslut uppgår till drygt två år.²¹ Detta är inte endast resurskrävande utan även ineffektivt för de anmälade företagen. Ett företag som anmäler ett avtal för att erhålla ett beslut om undantag kan således nödgas avvakta i två år för att kunna genomföra avtalet. Om företaget istället väljer att genomföra avtalet trots att något beslut ej erhållit hindras nationella domstolar att fatta förbudsbeslut mot avtalet trots att det i realiteten innebär otillåtna konkurrensbegränsningar. Sålunda kan ett konkurrensbegränsande avtal vara verksamt på marknaden under en avsevärd tid och därmed åsamka betydande konkurrensskador. Ur denna synvinkel framstår anmälningssystemet som en underminering av konkurrensskyddet.

Det är emellertid i en annan dimension som anmälningssystemet hindrar eller i vart fall försvårar en effektiv övervakning av konkurrensreglerna. Som påtalats tidigare konsumerar anmälningssystemet betydande delar av kommissionens resurser. Härmed minskar kommissionens möjligheter att dels fokusera på de allvarligare överträdelserna dels på att följa upp ingivna klagomål. I en undersökning utförd på uppdrag av House of Lords²² visas att mindre än en procent av de anmälningar som görs till kommissionen utgörs av avtal som innebär reella hot mot konkurrensen på den gemensamma marknaden. Mellan åren 1962 och 1999 fattades endast nio formella beslut om förbud mot anmälda avtal.²³ Det kan därför antas att avtal innehållande allvarligare konkurrensbegränsningar endast i mycket sällsynta fall anmäls till kommissionen. Ett uppdagande av dylika avtal möjliggörs med största sannolikhet endast genom utredningar utförda på kommissionens eget initiativ eller genom utredningar föranledda av ingivna klagomål. Under rådande omständigheter tycks emellertid kommissionen sakna resurser att i tillräcklig utsträckning utföra nyssnämnda utredningar. Ur detta perspektiv framstår anmälningssystemets höga resurskonsumtion inte som motiverad.

²¹ K. Holmes: *The EC White Paper on Modernisation*, World Competition 23(4):51-79, 2000, s 53.

²² House of Lords Select Committee Report of the 29th of February 2000.

²³ Vitboken s 3.

Redan i en gemenskap med 15 medlemsstater innebär anmälningssystemet ett hinder mot en effektiv övervakning av konkurrensreglerna. Ett bibehållande av anmälningssystemet skulle i en utvidgad gemenskap kunna innebära mer påtagliga brister i övervakningen. Dessutom torde det finnas skäl att anta att de nytillkomna medlemsstaterna skulle prestera ett proportionellt sett högre antal anmälningar än de forna medlemsstaterna. De nuvarande kandidatländerna saknar i mångt och mycket brist på praktisk erfarenhet av konkurrensrättsliga spörsmål. Det kan därför bli mycket svårt för såväl rättstillämpare som företag att till fullo förstå och tillämpa gemenskapens konkurrensregler. Risken för en lavinartad ökning av anmälningar hade således varit mycket hög om anmälningssystemet hade bibehållits.

3.2.2.2 Rättslig osäkerhet

Kort efter det att förordning 17/62 trädde ikraft stod det klart att anmälningssystemet föranledde ett större antal anmälningar än vad som förutsetts. Sedan ikraftträdandet har antalet anmälningar till kommissionen fortsatt att öka i takt med att den gemensamma marknaden expanderat. I dagsläget mottar kommissionen ungefär 200 anmälningar per år. Av dessa avslutas cirka 90 procent genom informella beslut, ofta genom administrativa skrivelser.²⁴ Det låga antalet formella beslut och avgöranden från kommissionen, EGD och FIR kan sägas leda till en viss grad av rättslig osäkerhet. De informella besluten uppfyller sällan det allmänna kravet på offentlighet och genomsynlighet. Detta får till följd att det förblir ovisst för det stora antalet företag i Europa hur kommissionen bedömer olika omständigheter vid undantagsprövningen. Den problematik som ett icke offentligt beslutsfattande skapar ger även verkningar för medlemsstaternas rättstillämpare.

Utöver problemet med de informella beslutens icke offentliga karaktär har dess rättsliga värde ifrågasatts. Av de så kallade parfymmålen²⁵ framgår att de administrativa skrivelserna saknar den rättsliga dignitet som tillkommer såväl negativattester som undantagsbeslut. Detta ger att de inte är bindande vare sig för gemenskapens eller för medlemsstaternas domstolar. Ett informellt beslut torde endast tjäna som ett slags sakomständighet. En administrativ skrivelse skapar sålunda inte någon större grad av rättslig säkerhet för företagen.

3.2.2.3 En ekonomisk börda

Genom notifieringssystemet skapas en ekonomisk börda för företagen inom gemenskapen. I de fall där företagen inte med visshet kan konstatera att ett

²⁴ Vitboken s 16.

²⁵ Förenade mål nr 252/78 och 1-3/79, *Procureur de la République and others mot Bruno Gury and guerlin SA and others*, [1980] ECR 2237, mål nr 99/79, *SA Lancôme and Cosparfrance Nederland BV mot Etos BV and Albert Heyn Supermart BV*, [1980] ECR 2511.

avtal inte träffas av förbudet i art 81(1) är det sannolikt att de väljer att anmäla avtalet till kommissionen. En utebliven anmälan kan närmare bestämt resultera i att avtalet befinns vara förbjudet och därmed ogiltigförklarad. Företagen ställs således inför två valmöjligheter där båda alternativen kan resultera i stora ekonomiska utgifter. Den genomsnittliga kostnaden för anmälan av ett "normalavtal" uppgår till ungefär €30 000.²⁶ Kostnaden för ett mer komplext avtal kan således innebära mycket höga kostnader. Som särskilt tyngda av den ekonomiska bördan framstår de mindre och medelstora företagen då det rimligtvis kan antas att dessa inte arbetar under samma ekonomiska förutsättningar som de större företagen. Härav kan de mindre och medelstora företagen påstås bli placerade i ett sämre initialläge än de stora företagen på marknaden. Med viss försiktighet kan anmälningsystemet i sig därför beskyllas för att inte uppställa ett fullgott konkurrensskydd.

3.2.3 Kommissionens exklusiva behörighet

Genom art 9(1) förordning 17/62 ges kommissionen en exklusiv behörighet att tillämpa art 81(3) och därmed förklara art 81(1) inte tillämplig. De nationella domstolarna och konkurrensmyndigheterna är å sin sida hänvisade till att endast tillämpa art 81(1) och art 81(2). I BRT-målet uttalade EGD att då förbuden i nyssnämnda bestämmelser genom sin natur är ägnade att ha direkt effekt mellan enskilda, skapas det omedelbart genom dessa bestämmelser rättigheter för enskilda som de nationella domstolarna har en skyldighet att skydda.²⁷ Däremot nämnde EGD ingenting om de nationella domstolarnas eller konkurrensmyndigheternas möjlighet att tillämpa art 81(3). Det har emellertid fastslagits att de nationella domstolarna kan fälla avgöranden inkluderande förbudsbeslut enligt art 81(1) i fall där undantag enligt art 81(3) ej synes vara möjligt.²⁸ De nationella domstolarna har dessutom tillerkänts behörighet att utfärda interimistiska åtgärder och i samband därmed uttala att art 81(3) förefaller vara tillämplig. Således har de nationella domstolarna tilldelats en ofullständig behörighet att tillämpa undantagspåbudet. Begränsningen av tillämpningen ligger därmed i att medlemsstaternas domstolar ej kan fatta formella undantagsbeslut enligt art 81(3).

Kommissionens exklusiva behörighet har sannolikt minskat den allomfattande tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler på nationell nivå. Ett rimligt antagande torde vara att såväl nationella domstolar som nationella konkurrensmyndigheter undviker att tillämpa lagstiftning där ett skyndsamt beslut inte kan emotes. I situationer där den nationella

²⁶ K. Holmes: *The EC White Paper on Modernisation*, World Competition 23(4):51-79, 2000 s 53.

²⁷ Mål nr 127/73, *BRT v SABAM*, [1974] ECR 313.

²⁸ Mål nr C-234/89, *Stergio Delimitis v Henninger Bräu AG*, [1991] ECR I-935. Av målet framgår att en nationell process endast kan fortskrida då domstolen håller det för uteslutet att villkoren i art 81(3) är för handen.

lagstiftningen erbjudit motsvarande medel som gemenskapsrättens, är det sannolikt att den förra ges företräde. Därmed har fundamenten i principen om gemenskapsrättens företräde börjat skaka.

3.3 Ansatser till bristavhjälpning

Mot bakgrund av ovan kan slutsatsen dras att det mycket rikliga antalet anmälningar utgjort ett av de svåraste hindrena för en effektiv övervakning av konkurrensreglerna. Sedan ikraftträdandet av förordning 17/62 har kommissionen genom en rad olika åtgärder sökt minska antalet anmälningar och på så sätt öka effektiviteten.

Det första formella beslutet som kommissionen fattade enligt art 81 utgjorde även den första åtgärden för att minska antalet anmälningar. I beslutet fastslogs följande. För att ett avtal skall träffas av art 81(1) och därmed omfattas av anmälningsskyldigheten, krävs att det har en märkbar påverkan på konkurrensen.²⁹ Ett avtal kan befinnas innehålla konkurrensbegränsningar men dess verkningar är inte tillräckliga för att utgöra något reellt hot mot konkurrensen. Så kan exempelvis vara fallet där avtalsparterna intar en svagare ställning på marknaden.³⁰ Kravet på en märkbar påverkan på konkurrensen gjorde det möjligt att utesluta ärenden av mindre betydelse från tillämpningsområdet i art 81(1). Vidare utvecklades genom Völk-målet³¹ doktrinen om avtal med mindre betydelse. För att ytterligare befästa doktrinen utfärdade kommissionen 1970 ett tillkännagivande om avtal om mindre betydelse.³² Tillkännagivandet grundades på utgången i Völk-målet och innebar en vägledande och kvantitativ definition av begreppet märkbar påverkan på konkurrensen. Tillkännagivandet uppdaterades därefter 1977³³, 1986³⁴ och 1997³⁵. Introduktionen av doktrinen om avtal med mindre betydelse minskade visserligen antalet anmälningar. Nedgången var emellertid inte tillräcklig för att skapa en tillfredsställande effektivisering.

För att ytterligare minska antalet anmälningar har kommissionen sedan ikraftträdandet av förordning 17/62 utfärdat en rad generella tillkännagivanden.³⁶ Syftet med tillkännagivandena har varit att klargöra

²⁹ Beslut IV/A-00061 *Grosfillex-Fillistorf* av den 11 mars 1964, EGT L [1964] 64/344). Beslutet rörde en ansökan om negativattest enligt art 2 förordning 17.

³⁰ Bellamy & Child: *Common Market Law of Competition*, s 118, 4th edn., Sweet & Maxwell, London 1993.

³¹ Mål nr 5/69, *Franz Völk v SPRL Etablissements J. Vervaecke*, [1969] ECR 295.

³² Commission Notice of 27 May 1970 concerning agreements, decisions and concerted practices of minor importance which do not fall under Article 85(1) of the Treaty establishing the European Economic Community, EGT C 64, 2.6.1970.

³³ Ibid. EGT C 313 29.12.1977, s 3.

³⁴ Ibid. EGT C 231, 12.9.1986, s2.

³⁵ Ibid. EGT C 372, 9.12.1997, s 13.

³⁶ Se bland annat kommissionens tillkännagivande om exklusiva agenturavtal med handelsagenter, EGT 139, 24.12.1962 s 3921/62, och kommissionens tillkännagivande om avtal, beslut och samordnade förfaranden avseende samarbete mellan företag, EGT C 75, 29.7.1968, s 3.

under vilka omständigheter vissa kategorier av avtal normalt inte anses ha till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. Vidare har tillkännagivandena syftat till att ge företagen en möjlighet att själva bedöma huruvida deras avtal är förenliga med gemenskapsrätten. Tillkännagivandena skulle således öka förståelsen av gemenskapsrätten på företagsnivå. Kommissionen hyste härmed förhoppningar om att antalet anmälningar skulle minska. De generella tillkännagivandena kom emellertid att motsvara kommissionens förväntningar endast i begränsad omfattning.

Kommissionen har vidare sökt minska antalet anmälningar genom att med bemyndigande från rådet anta en rad olika gruppundantagsförordningar.³⁷ Möjligheten till gruppundantag strömmar direkt från lydelsen i art 81(3). Bestämmelsen ger vid handen att undantag från förbudet i art 81(1) kan meddelas antingen för enskilda avtal eller en grupp av avtal. Ett gruppundantag definierar en grupp särskilt beskaffade avtal som utan föregående undersökning och anmälning kan anses uppfylla villkoren i art 81(3). Gruppundantagen syftade följaktligen dels till att minska antalet anmälningar till kommissionen dels till att underlätta för företagens rättsliga bedömningar av konkurrensbegränsande avtal. Inledningsvis minskade gruppundantagen antalet anmälningar anmärkningsvärt. Undantagen kom emellertid att kritiseras för att endast erbjuda mycket begränsade tillämpningsområden och ansågs därför inte vara tillräckliga medel i strävan mot ett mer effektivt tillämpningssystem. Därtill kom något av en oönskad bieffekt. Företagen inom gemenskapen började planera och strukturera sina verksamheter efter gruppundantagens tillämpningsområde. Följden härav blev en så kallad tvångströjeeffekt. Tvångströjeeffekten gav i sin tur upphov till kumulativa effekter och försvårade företagens utveckling. Således har gruppundantagen visat sig otillräckliga för att uppnå ett mer effektivt tillämpningssystem.

³⁷ Se bland annat Kommissionens förordning (EG) nr 1400/2002 av den 31 juli 2002 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn, EGT L 203, 01.08.2002, s 30.

4 Förordning 1/2003

4.1 Inledning

För att avlägsna de brister som identifierats i systemet under förordning 17/62 inleddes i slutet av 1990-talet en moderniseringsprocess. I april 1999 antog kommissionen en vitbok om modernisering av tillämpningsreglerna för artiklarna 81 och 82.³⁸ I vitboken ges en tämligen kortfattad summering av bristerna under förordning 17/62. Vidare presenterar vitboken fem olika alternativ till reform. Ett av alternativen penetreras mer djuplodande än övriga och har kommit att kallas för det femte alternativet. Det femte alternativet var det som senare skulle ligga till grund för den nya förordningen. Efter antagandet av vitboken inbjöds bland andra Europaparlamentet och Ekonomiska och Sociala kommittén att framföra sina synpunkter på vitbokens innehåll. Vidare erbjöds bransch-sammanslutningar och advokatbyråer möjligheter att yttra sig över reformförslagen. Antagandet av vitboken innebar startskottet för en näringsrik debatt där kritiska röster skulle komma att höras från såväl akademiska kretsar och näringsliv som nationella instanser.

I september 2000 presenterades ett förslag till förordning.³⁹ Trots omfattande kritik innebar förordningsförslaget inga större avvikelser från det femte alternativet i vitboken. Förslagets mest iögonfallande nyhet var avskaffandet av notifieringssystemet och att art 81(3) därmed skulle göras direkt tillämplig.⁴⁰ Något förvånande innehöll förslaget, till skillnad från vitboken, en ny reglering av förhållandet mellan gemenskapsrätten och nationell rätt. Den föreslagna regleringen var mycket strikt och utestängde varje element av nationell rätt i fall där art 81 eller art 82 var tillämplig.

Efter att i två års tid ha berett förslaget i en rådsarbetsgrupp för konkurrens beslutade rådet den 26 november 2002 att anta den nya förordningen.⁴¹ Den slutgiltiga förordningen bygger till stora delar på förordningsförslaget. Den största skillnaden mellan förslaget och förordningen ligger i regleringen av förhållandet mellan gemenskapsrätten och nationell rätt. Genom förordning 1/2003 har regleringen gjorts mer flexibel. Den nya förordningen innehåller i relation till sin föregångare en rad olika reformivriga innovationer. Det mest utmärkande draget är en tydlig strävan mot ett decentraliserat tillämpningssystem med ett mer aktivt deltagande av de nationella

³⁸ Vitbok om modernisering av tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, EGT C 132, 12.5.1999.

³⁹ Förslag till rådets förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget och om ändring av förordningarna (EEG) nr 1017/68, (EEG) nr 2988/74, (EEG) nr 4056/86 och (EEG) nr 3957/87, Bryssel den 27.9.2000, KOM (2000).

⁴⁰ Se kap 6.5.2, s 48, för närmare redogörelse för innebörden av direkt tillämplighet.

⁴¹ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1/1, 4.1.2003.

rättstillämparna. Ett mer decentraliserat system och därmed ett ökat tillämpande av gemenskapsrätten på nationell nivå har under en lång period förespråkats av bland andra kommissionen. I de senaste konkurrensrapporterna har kommissionen beklagat att utvecklingen av den nationella tillämpningen av gemenskapsrätten gått förhållandevis långsamt.⁴²

Den nya förordningen innebär en mycket viktig och troligen åstundad reform för gemenskapens konkurrensrätt. I samband med att förordningsförslaget publicerades uttalade Mario Monti att den nya förordningen innebär det viktigaste lagstiftningsalternativet sedan fusionsförordningen 1990.⁴³ I följande kapitel behandlas nyheterna i den nya förordningen. Framställningen görs med fokus på tillämpningen av art 81.

4.2 Direkt tillämplighet av art 81(3)

4.2.1 Inledning

Som påtalats tidigare har kommissionen under förordning 17/62 haft exklusiv behörighet beträffande tillämpningen av art 81(3). Genom förordning 1/2003 upphävs emellertid kommissionens denna exklusivitet. Av art 5 i förordning 1/2003 framgår att de nationella konkurrensmyndigheterna skall vara behöriga att tillämpa art 81. Behörigheten till en fullskalig tillämpning framgår av förordningens preambel där det fastslås att medlemsstaternas tillämpning av art 81 inte är begränsad till 81(1) och 81(2), utan avser en fullständig tillämpning.⁴⁴ Den nationella behörigheten att tillämpa art 81 fullt tillkommer dock inte endast konkurrensmyndigheterna. Genom art 6 tilldelas även de nationella domstolarna behörighet att fullt ut tillämpa art 81. Det finns emellertid vissa skillnader i de olika instansernas tillämpning av förhandenvarande bestämmelse.

4.2.2 Nationella konkurrensmyndigheter och art 81

De nationella konkurrensmyndigheterna har som främsta uppgift att övervaka konkurrensreglerna inom det egna territoriet. Om en konkurrensmyndighet finner att en överträdelse ägt rum kan den kräva att överträdelsen upphör. För att ett dylikt krav inte skall framstå som tandlöst

⁴² Se bland annat kommissionens femtonde (1985, punkt 38), sextonde (1986, punkt 40), sjuttonde (1987, punkt 55) och tjugoförsta (1991, punkt 69) rapporter om konkurrenspolitiken (tillgängliga på www.europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/).

⁴³ Kommissionen, pressmedelände; Konkurrens: *Kommissionen föreslår en förordning som i grunden ändrar systemet för tillämpning av fördragets artiklar 81 och 82*, Bryssel, 2000, IP/00/1064.

⁴⁴ Förordning 1/2003, skäl (4), skäl (6-7).

har konkurrensmyndigheterna genom förordning 1/2003 utrustats med en möjlighet att förelägga viten. Således kan ett företag vid äventyr av vite föreläggas att upphöra med genomförandet av ett avtal som har otillåtna konkurrensbegränsande verkningar. Detta oaktat är det inte i alla ärenden där ett föreläggande om upphörande är nödvändigt. Genom art 5 ges konkurrensmyndigheterna en möjlighet till att godta åtaganden från företagen. Innebörden av detta är att företagen på eget initiativ eller på inrådan av konkurrensmyndigheten presenterar ett åtagande för att undvika konkurrensbegränsande aktiviteter. Ett åtagande torde således kunna utgöras av ett löfte om att omformulera avtal för att de inte skall anses konkurrensbegränsande. Konkurrensmyndigheterna har vidare befogenhet att ålägga böter och andra påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

De nationella konkurrensmyndigheterna kan vidare fatta beslut av mer positiv karaktär. Om konkurrensmyndigheten på grundval av de uppgifter de förfogar över finner att villkoren för ett förbud inte är uppfyllda kan den fatta beslut om att det inte finns skäl att ingripa. Ett dylikt beslut torde till större delen aktualiseras i samband med ingivna klagomål. Det är i sammanhanget viktigt att påpeka att ett beslut om att icke ingripa endast kan fattas på initiativ av konkurrensmyndigheten. Företagen tilldelas genom förordning 1/2003 inga möjligheter att ansöka om dylika beslut. En sådan möjlighet hade inneburit ett återinförande av ansökningsförfarandet. Ett beslut om icke ingripande skall inte ses som synonymt med beslut om undantag. Det kan däremot fattas på grunden att villkoren i art 81(3) är uppfyllda och någon överträdelse därför inte kan anses föreligga. Det är i detta avseende som konkurrensmyndigheterna tillämpar art 81 fullt ut. Det ankommer emellertid inte på konkurrensmyndigheterna att fatta formella undantagsbeslut. Dess främsta uppgift är att fokusera på förbudsbeslut och till viss del på beslut om icke ingripande.

En nationell konkurrensmyndighet har vidare ekiperats med behörigheten att förordna om interimistiska åtgärder. Då de nationella konkurrensmyndigheterna hitintills saknat behörighet att tillämpa art 81(3) saknar de erfarenhet av de komplexa analyser som påkallas av nyssnämnda bestämmelse. Det bör därför finnas skäl att anta konkurrensmyndigheternas utredningar enligt art 81(3) i ett inledande skede kan bli mycket tidskrävande. Utan möjligheten till interimistiska åtgärder hade systemet under förordning 1/2003 riskerat att under en övergångsperiod framstå som hjälplöst inför befarade överträdelser.

4.2.3 Nationella domstolar och art 81

Som indikerats tidigare har de nationella domstolarna genom förordning 1/2003 tilldelats behörighet att fullt ut tillämpa art 81. Motiveringen till den utökade behörigheten är att de nationella domstolarna anses fylla en viktig funktion vid tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler.

Ifrågavarande rättstillämpares roll är att agera i enskildas intresse under det att konkurrensmyndigheterna agerar i det allmännas intresse. Sålunda är det de nationella domstolarnas roll att skydda de rättigheter som enskilda förlänas genom gemenskapsreglerna. Ur detta perspektiv anses domstolarna komplettera konkurrensmyndigheterna och bör därmed ha behörighet att tillämpa art 81 full ut.⁴⁵

De nationella domstolarna har på samma sätt som konkurrensmyndigheterna tidigare saknat behörighet att tillämpa art 81(3). En naturlig följd härav är att de saknar erfarenhet av att tillämpa bestämmelsen. Det finns visserligen en möjlighet att de nationella rättsordningarna haft motsvarigheter till art 81(3). Detta oaktat innebär den vidgade behörigheten att de nationella domstolarna tvingas till nya ställningstaganden och analyser av tidigare icke förekommande parametrar. För att minimera de brydsamheter som kan uppstå till följd av en bristfällig erfarenhet, ges de nationella domstolarna genom förordning 1/2003 en möjlighet att från kommissionen inhämta upplysningar och yttranden rörande tillämpningen av gemenskapsrätten.⁴⁶ Vidare introducerar det nya systemet en möjlighet för de nationella konkurrensmyndigheterna att på eget initiativ lämna skriftliga yttranden till de nationella domstolarna angående tillämpningen av konkurrensreglerna. Dessutom kan konkurrensmyndigheten efter tillstånd från handläggande domstol lämna muntliga yttranden. Rätten att på eget initiativ lämna yttranden till de nationella domstolarna tillkommer även kommissionen i de fall där kravet på en enhetlig rättstillämpning så fordrar.⁴⁷

Utöver yttrandena från konkurrensmyndigheterna och kommissionen skall de nationella domstolarna enligt allmänna rättsprinciper följa och låta sig vägledas av gemenskapens besluts- och rättspraxis.⁴⁸ Till yttermera visso kommer de nationella domstolarnas tillämpning vara underställd förfarandet för förhandsavgörande i art 234 EGF. Kommissionen menar emellertid att den nationella tillämpningen av art 81 kommer att ske inom områden där det redan finns en klart utvecklad rättspraxis.⁴⁹ Härav gör kommissionen bedömningen att de nationella domstolarna har ett tillräckligt bedömningsunderlag för tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Behovet av yttranden och förhandsavgöranden skall enligt kommissionen därför inte dramatiseras.

4.3 Kommissionens roll i den nya ordningen

En av deviserna under reformarbetet var decentralisering av tillämpningsmekanismerna och ökning av medlemsstaternas ansvar i övervakningen av gemenskapens konkurrensregler. Utvecklingen av

⁴⁵ Förordning 1/2003, skäl (7).

⁴⁶ Förordning 1/2003, art 15(1).

⁴⁷ Förordning 1/2003, art 15(3).

⁴⁸ L.O. Ortiz: *EC Competition Procedure*, s 22, Clarendon Press, Oxford, 1996.

⁴⁹ Förordningsförslaget, s 10.

konkurrens-kulturen ansågs ha nått den gräns där kommissionen inte längre kunde stå som ensam övervakare av konkurrensreglerna. Vidare var kommissionen av åsikten att den på grund av överbelastning inte längre var förmögen att ingripa mot de allvarigare överträdelserna. Handläggningen av notifierade avtal konsumerade för stora resurser. Dessutom framhöll kommissionen att ett decentraliserat system framstod som mer förenligt med subsidiaritetsprincipen.⁵⁰

I och med den nya förordningen har kommissionen av sagt sig en del av sin centrala roll och sitt maktinnehav. Däremot har den under reformarbetet flitigt påpekat att den nya ansvarsfördelningen inte får ske på bekostnad av kommissionens auktoritet och styrka i egenskap av central enhet för gemenskapens konkurrensrätt. Detta kommer till uttryck genom en rad olika bestämmelser i förordning 1/2003. Kommissionens huvudsakliga uppgifter under det nya systemet skall vara att fokusera på de allvarigare överträdelserna och säkerställa en enhetlig rättstillämpning. Förordning 1/2003 innebär bland annat ett avskaffande av anmälningssystemet vilket innebär att kommissionen i fortsättningen tvingas förlita sig på ingivna klagomål och egna utredningar i övervakningen av konkurrensreglerna. Huruvida detta förbättrar eller försämrar övervakningen låter jag för tillfället vara osagt.

Genom art 3 förordning 17/62 tilldelas kommissionen möjligheten att ålägga företag att upphöra med överträdelser av konkurrensreglerna. Företag kan således åläggas att upphöra med genomförandet av avtal och andra förfaranden som anses begränsa konkurrensen enligt art 81. Under det nya systemet har kommissionen samma befogenheter med följande två tillägg. I art 7 förordning 1/2003 föreskrivs en befogenhet för kommissionen att fatta beslut i vilket den konstaterar att en överträdelse tidigare ägt rum. Av nyssnämnda bestämmelse följer även en befogenhet för kommissionen att vidta samtliga korrigerande åtgärder som är nödvändiga för att en överträdelse skall upphöra. Detta inkluderar bland annat strukturella åtgärder såsom avskiljande av en del av ett företag eller avhändande av tillgångar. Dyliga åtgärder torde emellertid endast aktualiseras där överträdelser av art 82 konstaterats. I förbindelse med art 7 förordning 1/2003 har det införts en möjlighet för kommissionen att i samband med konstaterandet av en överträdelse godta ett åtagande från överträdande företag om att överträdelserna skall upphöra.⁵¹ Någon motsvarande bestämmelse återfinns inte i förordning 17/62. Ett åtagande kan göras bindande för företagen. Ett beslut om godtagande av åtagande skall kombineras med ett beslut om att det för kommissionen inte finns ytterligare skäl att ingripa. Efter ett dylikt beslut är kommissionens möjligheter att ingripa synnerligen begränsade. Endast i fall där beslutet om godtagande av åtagande baserats på oriktiga uppgifter eller åtagandet åsidosätts får kommissionen på begäran eller eget initiativ ta upp förfarandet på nytt.

⁵⁰ Förordningsförslaget, s 13.

⁵¹ Förordning 1/2003, art 9.

Kommissionens beslut om åtaganden påverkar inte de nationella domstolarnas eller konkurrensmyndigheternas behörighet att tillämpa art 81.

I art 10 förordning 1/2003 tilldelas kommissionen en möjlighet att genom beslut konstatera att art 81 inte är tillämplig på ett specifikt avtal. Beslutet skall fattas på grundval av att villkoren i art 81(1) inte är uppfyllda eller att villkoren i art 81(3) är uppfyllda. Möjligheten att fatta dylika beslut är emellertid begränsad till de fall där det allmänna gemenskapsintresset påkallar det. Så kan exempelvis vara fallet då rättsläget behöver klargöras eller den enhetliga rättstillämpningen säkerställas. Vad gäller säkerställandet av en homogen rättstillämpning skall framför allt nya typer av avtal eller förfaranden som inte prövats i befintlig rättspraxis beaktas.⁵² Ett beslut om att art 81 ej är tillämplig kan endast fattas på initiativ från kommissionen. Företag kan således varken ansöka eller begära ett ifrågavarande beslut. Härigenom hindras ett återinförande av anmälningssystemet.

Även under förordning 1/2003 kommer kommissionen att ansvara för utformandet av gemenskapens konkurrenspolitik. Genom att vara ensam behörig att utfärda riktlinjer och tillkännagivanden kan kommissionen styra det sätt på vilket gemenskapens konkurrensregler skall tillämpas. Härav förblir kommissionen ett slags central enhet för gemenskapens konkurrensrätt.

4.4 Tillämpning i ett nära samarbete

I samband med att förordning 1/2003 träder ikraft kommer de nationella rättstillämparnas behörighet att öka. De nationella organen kommer att på ett mer aktivt sätt än tidigare delta i övervakningen av gemenskapens konkurrensregler. Detta ger upphov till en rad olika praktiskt orienterade frågor. Den tydligaste av dessa torde vara frågan kring ärendefördelning. Frågan hänsyftar dels till allokeringen av ärenden mellan kommissionen och medlemsstaterna dels till den inbördes fördelningen mellan medlemsstaterna. I såväl vitboken som förordningsförslaget behandlas regleringen av ärendefördelningen tämligen ytligt. Av förordning 1/2003 att döma tycks emellertid slutsatsen av de diskussioner som förts vara att ärendefördelningen bör ske på grundval av allmänt hållna principer istället för strikta regler.

Enligt förordning 1/2003 skall ärenden fördelas på grundval av principen om bäst lämpade myndighet.⁵³ Principen kommer med stor sannolikhet att fylla störst funktion beträffande ärendefördelningen mellan medlemsstaterna. Kommissionen kommer under det nya systemet, på samma sätt som under förordning 17/62, att handlägga de ärenden som anses ha vidsträckt gemenskapsdimension. Vidare är det sannolikt att kommissionen kommer

⁵² Förordning 1/2003, skäl (14).

⁵³ Förordning 1/2003, skäl (18).

att handlägga de fall som inbegriper ställningstaganden vilka kan ge upphov till nytolkningar av konkurrensreglerna.⁵⁴ Sistnämnda kategori av ärenden torde till största delen utgöras av ärenden inom områden där tydlig praxis saknas. Slutligen skall kommissionen handlägga ärenden som kan inrymma överträdelse av de allvarligare slagen. Av detta kan slutsatsen således dras att de nationella konkurrensmyndigheterna skall handlägga ärenden vilka inte innehåller några av ovannämnda element.

Av art 11(6) förordning 1/2003 framgår att då kommissionen inleder ett förfarande i syfte att fatta beslut enligt kapitel III⁵⁵, förlorar de nationella konkurrensmyndigheterna sin behörighet att tillämpa art 81. Om en nationell konkurrensmyndighet redan handlägger ett ärende kan kommissionen efter samråd med utredande myndighet överta utredningen. I samband med att en nationell konkurrensmyndighet inleder en utredning som kan inbegripa tillämpningen av art 81 skall den underrätta kommissionen härom.⁵⁶ På detta sätt informeras kommissionen om vilka ärenden som utreds och kan därmed ingripa och överta utredningar i de fall där den finner det påkallat. En motsvarande skyldighet åvilar konkurrensmyndigheterna då de avser att fatta beslut angående ålägganden, godtaganden av åtaganden och om återkallelse av gruppundantag. Underrättelsen om framtida beslut skall tillsändas kommissionen senast 30 dagar innan beslutet fattas.⁵⁷

Som påpekats ovan skall ärendefördelningen mellan medlemsstaterna ske på grundval av principen om bäst lämpande myndighet. Information som lämnats till kommissionen enligt art 11(3) och art 11(4) får, och kommer sannolikt, att göras tillgänglig för samtliga konkurrensmyndigheter via ett internt nätverk. Nätverket skall fungera som den sammankopplande länken mellan medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och kommissionen och kommer följaktligen att spela en mycket viktig roll under den nya ordningen. För svenskt vidkommande har inrättandet av nätverket framskridit planenligt. Den rent fysiska uppbyggnaden är klar och kontaktpersoner har utsetts på övriga medlemsstaternas konkurrensmyndigheter.⁵⁸ Genom nätverket skall medlemsstaternas konkurrensmyndigheter hållas uppdaterade om vilka ärenden som utreds inom gemenskapen. En dylik uppdatering är avgörande för att undvika att ett ärende utreds parallellt av två olika myndigheter. Av art 13(1) framgår att då ett ärende är föremål för utredning av en konkurrensmyndighet, utgör detta ett tillräckligt skäl för övriga konkurrensmyndigheter att avbryta pågående eller planerade utredningar av samma ärende. Dessutom utgör den pågående utredningen ett tillräckligt

⁵⁴ Se bland annat T. Wissman: *Decentralised Enforcement of EC Competition Law and the New Policy on Cartels*, *Journal of World Competition*, 23(2):1/2003-154, 2000, s 146.

⁵⁵ Kapitel III reglerar beslut angående konstaterande och upphävande av överträdelse (art 7), interimistiska åtgärder (art 8), åtaganden (art 9) och beslut om icke-tillämplighet (art 10).

⁵⁶ Förordning 1/2003, art 11(3).

⁵⁷ Förordning 1/2003, art 11(4).

⁵⁸ Intervju med Monica Widegren, avdelningschef för Internationella Sekretariatet, Konkurrensverket, Stockholm, 1 april 2003.

skäl för övriga konkurrensmyndigheter att avvisa eventuella klagomål kring samma ärende. Vidare framgår av art 13(2) att då ett klagomål anhängiggjorts vid en medlemsstats konkurrensmyndighet avseende avtal, beslut eller förfarande enligt art 81(1) som redan handlagts av en annan konkurrensmyndighet får klagomålet avvisas. Bestämmelserna i art 13 är ägnade att i möjligaste mån undvika att ärenden utreds flera gånger av olika konkurrensmyndigheter. Det är emellertid viktigt att poängtera att bestämmelserna till sina respektive lydelse framstår som fakultativa. Det föreskrivs således ingen skyldighet att nedlägga en utredning eller avvisa ett klagomål enbart på grunden att ärendet redan är eller har varit föremål för utredning.⁵⁹

4.5 Enhetlig rättstillämpning

4.5.1 Inledning

En av de tydligaste farhågorna som uttryckts sedan förordningsförslaget presenterades kretsar kring den enhetliga rättstillämpningen. Dessvärre kan oron inte beskyllas för att vara odelat ogrundad. I samband med att de nationella rättstillämparnas behörigheter breddas finns en risk för att skyddet av en enhetlig rättstillämpning minskar. Särskilt tydlig har risken framstått om den ställts mot det faktum att den nationella rättstillämpningen kommer att innefatta moment som rättstillämparna saknar erfarenhet av. För att minimera risken för en divergerande rättstillämpning har det i förordning 1/2003 intagits en rad olika bestämmelser som syftar till att säkerställa en enhetlig rättstillämpning.

4.5.2 Gemenskapens konkurrensregler

Av art 16(1) förordning 1/2003 följer en skyldighet för de nationella domstolarna att inte fälla avgöranden som står i strid med beslut från kommissionen. Skyldigheten omfattar avgöranden beträffande avtal, beslut och förfaranden som avses i art 81(1) som redan varit föremål för beslut av kommissionen. De nationella domstolarna är vidare hindrade att fälla avgöranden som strider mot ett beslut som kommissionen överväger att fatta. I situationer där ett kommissionsbeslut är att vänta skall domstolarna där det synes nödvändigt vilandeförklara sin process i avvaktan på det förestående kommissionsbeslutet.⁶⁰ Skyldigheten att inte fälla i förhållande till kommissionsbeslut motstridiga avgöranden gäller även de nationella konkurrensmyndigheterna.⁶¹

Det åvilar medlemsstaterna en skyldighet att till kommissionen lämna kopior av skriftliga avgöranden från de nationella domstolarna. Det är

⁵⁹ J.H.J. Bourgeois, C. Humpe: *The Commission's Draft "New Regulation 17"*, E.C.L.R., 2002, s 43.

⁶⁰ Jämför med mål nr C-234/89, *Stergio Delimitis mot Henninger Bräu AG*, ECR I-935.

⁶¹ Förordning 1/2003 art 16(2).

emellertid endast avgöranden som inbegriper tillämpningen av art 81 och art 82 som omfattas av skyldigheten. Kopier av ett avgörande skall lämnas till kommissionen utan dröjsmål efter det att avgörandet tillställts parterna.⁶² Genom informationskyldigheten uppdateras kommissionen om samtliga nationella avgöranden med betydelse för gemenskapen och kan därmed skapa sig en god överblick över den nationella tillämpningen av gemenskapsrätten. Härigenom kan kommissionen spåra eventuella tendenser till avvikande rättstillämpning. För att hindra att dylika tendenser vidare utvecklas kan kommissionen på eget initiativ lämna yttranden till de nationella domstolarna angående den korrekta tillämpningen av gemenskapsreglerna.⁶³ Utöver möjligheten för kommissionen och konkurrensmyndigheterna att lämna utlåtanden kan de nationella domstolarna på eget initiativ från kommissionen begära yttranden angående tillämpningen av gemenskapsrätten. För konkurrensmyndigheternas vidkommande gäller att de i samtliga ärenden som rör tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler får rådgöra med kommissionen.⁶⁴

Den enhetliga rättstillämpningen skall vidare upprätthållas med stöd av det nyinrättade nätverket. På nätverket skall information om samtliga ärenden, från såväl kommissionen som de nationella domstolarna och konkurrensmyndigheterna publiceras. Härigenom ges samtliga rättstillämpare möjlighet att studera hur gemenskapsrätten tillämpats i olika förhållanden. Vidare öppnar nätverket upp för korrespondens mellan de olika medlemsstaternas rättstillämpare.

4.5.3 Nationell rätt i förhållande till gemenskapsrätten

Ett vitalt led i strävan mot en enhetlig rättstillämpning är att alla transaktioner och aktiviteter som ger verkningar på den gemensamma marknaden bedöms enligt samma uppsättning regler. Det är således viktigt att nationella rättsregler inte avviker från gemenskapsrätten. Inom EG-rätten tillämpas principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt. Av utgången i *Walt Wilhelm*⁶⁵ att döma innebär principen att tillämpningen av nationell rätt inte får skada en fullständig och enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten eller de rättsakter som antagits för att genomföra denna. På det konkurrensrättsliga området har gemenskapsrätten tillämpats parallellt med nationell rätt sedan 1962 utan att vållat normkonflikter i någon nämnvärd utsträckning.⁶⁶ En rimlig förklaring härtill torde vara att den övervägande delen av medlemsstaterna har utformat sina respektive konkurrenslagstiftningar med EG-rätten som förebild.

⁶² Förordning 1/2003, art 15(2).

⁶³ Se kapitel 4.2.3, s 18, för närmare redogörelse för kommissionens och konkurrensmyndigheternas rätt att lämna yttranden.

⁶⁴ Förordning 1/2003, art 11(5).

⁶⁵ Mål nr 14/68, *Walt Wilhelm* mot *Bundeskartellamt*, [1969] ECR 1.

⁶⁶ Se bland annat Vitboken, s 38.

Regleringen av förhållandet mellan gemenskapsrätten och den nationella rätten diskuterades flitigt under reformprocessen. I förordningsförslaget föreslogs att nationell rätt över huvud inte skulle vara tillämplig i fall där gemenskapens konkurrensregler var tillämpliga. Den föreslagna regleringen hade inte diskuterats i vitboken och kom därför först i samband med publiceringen av förordningsförslaget att möta hård kritik. När den slutgiltiga versionen av förordningen lades fram hade emellertid regleringen antagit en mindre strikt formulering. Av art 3(1) förordning 1/2003 följer att gemenskapsrätten skall tillämpas i samtliga fall där avtal, beslut och förfaranden som avses i art 81(1) kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Däremot utesluts inte tillämpningen av nationell rätt i dylika fall. Formuleringen ger vid handen att såväl nationell rätt som gemenskapsrätten kan tillämpas sida vid sida. Effekten blir att gemenskapsrätten fortsättningsvis kommer att sätta en lägsta standard. Innebörden av detta är att då gemenskapsrätten ger ett strängare resultat än den nationella rätten skall gemenskapsrätten tillämpas. Vidare uppställs i art 3(2) hinder för tillämpningen av strängare nationell rätt på ärenden som omfattas av art 81. Om gemenskapsrätten ger ett lindrigare resultat än den nationella rätten skall således gemenskapsrätten ges företräde. Medlemsstaterna kan emellertid tillämpa en strängare reglering på sina egna territorier genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas. Det sistnämnda torde emellertid endast vara av mindre betydelse för ärenden som omfattas av art 81.

4.6 Informationsutbyte

I systemet under förordning 1/2003 kommer det tidigare nämnda nätverket att spela en viktig roll. Det skall bland annat underlätta för de nationella konkurrensmyndigheternas utredningar av misstänkta överträdelser. Genom nätverket skall konkurrensmyndigheterna till varandra kunna översända information om faktiska eller rättsliga omständigheter som är relevanta för en pågående utredning.⁶⁷ Möjligheten till informationsutbyte omfattar även konfidentiell information oavsett vad nationell lagstiftning stadgar. Information som kommunicerats får av mottagande myndighet användas som bevisning för överträdelse av konkurrensreglerna. Det finns emellertid vissa begränsningar i användandet av nyssnämnd information. Av art 12(2) framgår att information som inhämtats endast får användas i syfte att tillämpa art 81 eller art 82 och dessutom endast beträffande den sakfråga för vilken den inhämtades av den översändande myndigheten. Utbytt information får även användas vid tillämpningen av nationell konkurrensrätt under förutsättning att en sådan tillämpning ger samma resultat som en tillämpning av gemenskapsrätten gett.⁶⁸

⁶⁷ Förordning 1/2003, art 12(1).

⁶⁸ Förordning 1/2003, skäl 16.

I de fall där mottagande myndighet avser att använda informationen för att ålägga ett företag böter finns inga ytterligare begränsningar. Motiveringen härtill är att medlemsstaternas påföljdssystem anses vara av tillräckligt likartad karaktär. Dessutom anses medlemsstaterna erbjuda misstänkta företag likvärdiga rättigheter till försvar.⁶⁹

Information som utbytt genom nätverket får endast under vissa begränsande förutsättningar användas som bevis mot fysiska personer. I art 12(3) uppställs två alternativa krav som måste beaktas vid användandet av utbytt information som bevismedel för att ålägga fysiska personer påföljder. Om det i översändande och mottagande myndighet förutses påföljder av liknande slag i samband med överträdelser av art 81 eller 82 får informationen användas. Kravet motiveras av att medlemsstaterna inte i samma utsträckning använder sig av samma påföljdssystem för fysiska personer.⁷⁰ Om det första kravet inte är uppfyllt ges ytterligare en möjlighet att använda informationen. Under förutsättning att informationen inhämtats på ett sätt som iakttar samma nivå av skydd av fysiska personers rätt till försvar som föreskrivs enligt de nationella bestämmelserna som gäller för den mottagande myndigheten får informationen användas. Däremot får den inte användas som bevismedel för att utdöma frihetsberövande straff.

⁶⁹ Förordning 1/2003, skäl 16.

⁷⁰ Förordning 1/2003, skäl 16.

5 Alternativa reformförslag

5.1 Inledning

Från det att reformarbetet formellt inleddes förflöt det drygt tre år innan den nya förordningen antogs i slutgiltigt skick. Sett ur perspektivet att den nya förordningen skall ersätta ett regelverk som varit i kraft i drygt 40 år framstår tre års arbete inte som särdeles lång tid. Tidsutrymmet var emellertid tillräckligt för att låta berörda parter yttra sig och på ett aktivt sätt delta i utformandet av en ny förordning. Vidare skapade reformarbetet näringsrika diskussioner i olika medier. Diskussionerna kretsade i mångt och mycket kring införandet av ett legalundantag och huruvida detta var lämpligt eller ej. Trots de stora meningsskiljaktigheter som förekommit tycks samtliga parter vara av uppfattningen att gemenskapen är behov att ett nytt system för tillämpningen av artiklarna 81 och 82.

Under utarbetandet av en ny reglering har en rad olika förslag förts fram från skilda håll. Medlemsstaterna har samarbetat med kommissionen och dess samrådsgrupper för att nå fram till en modernare och effektivare reglering. Vidare har det från akademiska kretsar och näringsliv förts fram alternativa förslag och synpunkter. I den vitbok som antogs 1999 presenterades fem olika reformförslag. Fyra av dem förkastades emellertid av kommissionen med olika motiveringar. Följande kapitel behandlar de fyra alternativ som ansetts olämpliga och otillräckliga. Vidare ges till var och ett av alternativen en kortfattad redogörelse av kommissionens motivering till avfärdande. Av utrymmesskäl har jag tyvärr tvingats begränsa mig till de reformförslag som presenterats av kommissionen. Således ges ingen presentation av de förslag som framsprungit från övriga forum.

5.2 Vitbokens förslag

5.2.1 Inledning

I vitboken anges att varje förslag till reform måste bedömas mot bakgrund av kraven på en effektiv och förenklad administrativ kontroll. Dessutom måste reformförslagen på ett tillfredsställande sätt säkerställa en samstämmig och enhetlig rättstillämpning. Slutligen är det avgörande att reformförslagen beaktar behovet av en rimlig nivå av rättslig säkerhet.⁷¹ Uppgiften att presentera ett reformförslag som beaktar samtliga av nyssnämnda krav är således mycket komplex. Uppgiften framstår dessutom som extra svårbemästrad när det kommer till införandet av ett nydanande system som i princip omkullkastar samtliga delar av tidigare

⁷¹ Vitboken s 23, se även art 83(2)(b) EGF.

tillämpningspraxis. Av de alternativ som upptas i vitboken är det emellertid endast det så kallade femte alternativet som utgör förslag till ett komplett nytt system. Övriga förslag har mer karaktären av allmänna förbättringar av systemet under förordning 17/62.

5.2.2 Omtolkning av art 81

Det första förslaget som behandlas i vitboken fokuserar på en modifierad tolkning av art 81(1). Den föreslagna tolkningen skulle inkludera ett större mått av analyser av konkurrensbegränsningars positiva och negativa effekter i relation till art 81(1). En följd härav är att bestämmelsen i art 81(3) tilldelas ett nytt tillämpningsområde. Undantagsbestämmelsen reserveras för de fall där konkurrenspolitikens samdräkt med gemenskapens övriga politikområden väger tyngre än resultaten av den konkurrensmässiga analysen. Följden härav blir att art 81(1) görs beroende av ett slags skälighetsbedömning. Enligt kommissionen skulle en ifrågavarande tillämpningsmetod innebära en lättnad av anmälningsskyldigheten för företagen. De skulle närmare bestämt inte vara skyldiga att anmäla avtal för att erhålla negativattester. Kommissionen menar att en dylik skälighetsbedömning redan existerar vilket till viss del bekräftats av EGD.⁷²

Ett mer systematiskt och explicit utförande av analyser av avtals konkurrensfrämjande respektive konkurrensbegränsande effekter inom ramen för art 81(1) skulle i längden innebära en urholkning av art 81(3). Vad som i praktiken sker är den i art 81(3) inneboende skälighetsbedömningen överflyttas till art 81(1). Vidare är det enligt kommissionen riskfyllt att bygga en moderniseringsprocess på en beslutspraxis som är beroende av domstolarnas stadfästelse. Mot bakgrund av dessa utrönanden menade kommissionen att en omtolkning av art 81(1) ej kunde ses som ett reellt reformalternativ.

5.2.3 Decentralisering av tillämpningen av art 81(3)

Kommissionens exklusiva behörighet att tillämpa art 81(3) anges ideligen som ett hinder mot en effektiv övervakning av konkurrensreglerna. Den exklusiva behörigheten påstås bland annat utgöra hinder för kommissionen att fokusera på de allvarligare överträdelserna. Det andra reformförslaget som diskuteras i vitboken föreslår därför ett upphävande av art 9(1) förordning 17/62. Upphävandet skulle möjliggöra för de nationella rättstillämparna att full ut tillämpa art 81. Det skulle sålunda vara möjligt att på nationell nivå fatta formella beslut om undantag enligt art 81(3). Ett så beskaffat system väcker emellertid i ett tidigt skede frågan om kompetensfördelning. Vidare blåser en decentraliserad tillämpning nytt liv i

⁷² Se bl.a. mål nr 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, [1986] ECR s 353.

frågan om vilka verkningar ett beslut från en nationell konkurrensmyndighet har för övriga medlemsstater. Som svar på frågan angående kompetensfördelning presenteras i vitboken principen om att ärenden skall fördelas på grundval av principen om bäst lämpade myndighet.⁷³ Vidare skulle ärendefördelningen baseras på tröskelvärden motsvarande de som anges i fusionsförordningen.⁷⁴

Enligt kommissionen innehåller förslaget om en decentraliserad tillämpning av 81(3) för många brister för att genomföras. Inledningsvis konstaterar kommissionen att en ärendefördelning på grundval av principen om bäst lämpade myndighet inte reducerar dagens arbetsbörda utan endast omfördelar den. Härav skulle den sammanlagda kontrollen av allvarigare överträdelser inte komma att effektiviseras. Dessutom ansåg kommissionen att fördelningsprincipen var mycket vagt formulerad och riskerar därför att ge upphov till kompetenskonflikter vilka i sig hindrar en effektiv övervakning.

En kompetensfördelning baserad på tröskelvärden hade enligt kommissionen ökat risken för att de nationella organen tillämpat nationella konkurrensregler istället för gemenskapsrätt. Trots att de flesta medlemsstaters konkurrensrättssystem upprättats med gemenskapsrätten som förebild finns det vissa diskrepanser. Skillnader i de nationella konkurrenslagstiftningarna kan enligt kommissionen medföra så kallad forum shopping vilket i sig skulle försvåra strävan mot en enhetlig konkurrenskultur.

En decentraliserad tillämpning av art 81(3) ansågs av kommissionen mot bakgrund av ovan uppställa för många hinder för att vara ett realiserbart reformförslag.

5.2.4 Utvidgning av art 4(2) förordning 17/62

Ett alternativ till reform av tillämpningsreglerna för art 81 och 82 hade enligt kommissionen varit att utöka tillämpningsområdet i art 4(2) förordning 17/62. Av nyssnämnda bestämmelse följer att vissa avtal inte omfattas av den annars allmänt gällande anmälningsskyldigheten.⁷⁵ Kommissionen har angett det mycket rikliga antalet anmälningar som ett av de främsta hindrena mot en effektiv övervakning av konkurrensreglerna. En minskning av antalet anmälningar hade således kunnat innebära en effektivisering av övervakningen. Därmed hade kommissionen beretts större möjligheter att fokusera på de allvarigare överträdelserna. Vidare hade

⁷³ Fördelningsprincipen bygger på föreställningen om en så kallad *Schwerpunkttheorie* vilken lanserades av Bundeskartellamt, *Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendungen des EG-Wettbewerbsrecht*, Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeiterkreises Kartellrecht am 8. und 9. oktober 1998.

⁷⁴ Rådets förordning (EEG) 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, 30.12.1989, s 1).

⁷⁵ Se kapitel 2.3, s 8, för vilka avtal som inte omfattas av anmälningsskyldigheten.

företagen gynnats av en minskad anmälningsskyldighet ty avtal som vid en utredning bedöms falla under art 4(2) kan undantas från förbudet utan föregående anmälan.

Trots de potentiella fördelar en utvidgning av art 4(2) kunnat medföra avfärdade kommissionen förslaget. Ett utökat tillämpningsområde hade enligt kommissionen inte inneburit någon effektivisering i egentlig mening. Kommissionen befarade att ett stort antal avtal trots det utökade tillämpningsområdet skulle komma att anmälas. Risker för att ett avtal inte bedöms falla in under art 4(2) driver företagen att gardera sig mot böter genom att anmäla sina avtal. Därtill kommer det faktum att en utvidgning av tillämpningsområdet i art 4(2) inte innehåller några decentraliserande moment. Kommissionen menade således att en utökning av tillämpningsområdet i art 4(2) inte var ett tillräckligt genomgripande förslag för att avhjälpa de brister som existerar under nu gällande system.

5.2.5 Förenklade förfaranden

En av de bakomliggande orsakerna till det låga antalet formella undantagsbeslut är enligt kommissionen de tungrodda förfaranden som föreskrivs i förordning 17/62. En förenkling av dessa hade följaktligen kunna leda till ett högre antal formella beslut och ett effektivare system. Ett förslag, som visserligen saknar bärkraft, var att överge kravet på att översätta såväl formella beslut som offentliggöranden enligt art 19(1) förordning 17/62 till samtliga gemenskapsspråk. En sådan förenkling hade på intet sätt kunnat medföra någon minskning av antalet anmälningar. Ett ökat antal formella beslut hade rent av kunnat innebära ett ökat antal anmälda ärenden. Ett mer verklighetssinnat alternativ hade varit att öka användandet av så kallade invändningsförfaranden. Dyliga förfaranden har förekommit i vissa gruppundantagsförordningar⁷⁶ och innebär att avtal innehållande konkurrensbegränsningar som varken förbjuds eller tillåts kan anmälas till kommissionen. Därefter har kommissionen att under en viss given tid invända mot de konkurrensbegränsningar som inte kan undantas. Om ingen invändning görs kan konkurrensbegränsningen indirekt anses tillåten.

Med beaktande av det idag stora antalet anmälningar och de mycket långa handläggningstiderna framstår förslaget gällande införande av invändningsförfarande näppeligen som en effektivisering. Ej heller kan det antas att kommissionen genom förslaget beretts större möjligheter att ingripa mot de allvarigare överträdelserna. Således avfärdades en förenkling av förfarandena som ett reellt reformförslag.

⁷⁶ Se bland annat kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av franchiseavtal, EGT L 359, 28.12.1988, s 46. Förordningen är ej längre i kraft.

6 Analys

6.1 Inledning

I samband med att lagstiftning av ifrågavarande kaliber antas är det viktigt att det nyskapade rättsliga alstret inger förtroende hos dem som berörs av det. Det är sålunda inte förvånande att den information som strömmar från lagstiftaren ofta är odelat positiv till den nya lagstiftningen. Dessvärre uppställs inga garantier för att för- och nackdelar bereds utrymme i proportion till sin förekomst. Sannolikt är emellertid att en nyskapad lagstiftning innebär fler rättsliga framsteg än tillbakagångar. Därmed inte sagt att den eventuella förekomsten av nackdelar till fullo kan negligeras. Det är i detta sammanhang av synnerlig vikt att se till de bedömningar av lagstiftningen som görs dels från akademiskt håll dels av representanter för de grupper som berörs av lagstiftningen. Beklagligtvis innehåller dylika bedömningar stundom obefogat skarp kritik och bör därför studeras med varsamhet. De kritiska bedömningar som görs bör beakta komplexiteten i den uppgift lagstiftaren ställs inför. Beträffande skapandet av förordning 1/2003 framstår ett dylikt beaktande som extra viktigt. Nyssnämnd förordning skall ersätta en lagstiftning som varit i kraft i drygt 40 år. Därmed uppställs indirekt krav på att den nya förordningen skall bibehålla sin föregångsmans positiva inslag samtidigt som de negativa inslagen förväntas bli eliminerade. För att den nyskapade legislaturen inte skall framstå som endast en sanering av tidigare lagstiftning skall den förra även föra det rättsliga läget framåt. Som synes ställs lagstiftaren inför vad som ibland tycks vara en ogenomförbar uppgift. Härav torde ett visst mått av brister i en nyskapad lagstiftning kunna accepteras. Därmed inte sagt att lagstiftaren helt sonika kan motivera eventuella brister genom att hänvisa till uppgiftens komplexa natur. Ett rimligt krav att ställa tör vara att lagstiftningen kan uppvisa en sund balans. Med sund balans menas i detta avseende en jämvikt mellan lagstiftningens legalitet å ena sidan och dess rättsliga verkningar å den andra. Förekomsten av en smärre brist bör kunna accepteras under förutsättning att den är oundviklig och att den dessutom existerar för att undvika en allvarligare brist. Att bedöma vad som utgör en smärre respektive allvarligare brist är förvisso ett konststycke i sig men torde det oaktat kunna tjäna som vägledning.

I följande kapitel granskas förordning 1/2003 med utgångspunkt i tillämpningen av art 81. De olika frågeställningar som granskningen föranleder spänner över såväl lagtekniska dilemman som diskutabla verkningar och resultat av de nya bestämmelserna. Vidare granskas vilka möjligheter som ges för de officiella målsättningarna att uppfyllas.

6.2 Verkningar av direkt tillämplighet

6.2.1 Ny innebörd av art 81

I samband med att gemenskapens materiella konkurrensregler skapades stod det klart att ett förbud mot konkurrensbegränsande aktiviteter inte kan tillämpas utan undantag. Författarna till EGF stod därför inför det fundamentala valet mellan ett direkt tillämpligt undantagssystem och ett system med central undantagsprövning. Då det vid tidpunkten för skapandet av EGF inte fanns någon utvecklad konkurrenskultur ansågs ett system med ett centralt undantagssystem som mest lämpligt. Innebörden av ett så beskaffat system är att avtal innehållande konkurrensbegränsningar i princip är ogiltiga intill det att den centrala myndigheten fattat beslut om det motsatta. En följd härav torde vara det inte spelar någon roll om undantaget har effekt *ex tunc* eller *ex nunc*, det vill säga från datumet för avtalets ingående eller från datumet för beslut om undantag. Samtliga avtal med konkurrensbegränsande innehåll är således ogiltiga *prima facie*. Övervakningen av konkurrensbegränsande avtal sker därmed av en kontroll *ex ante*.

I ett system med en direkt tillämplig undantagsbestämmelse blir situationen annorlunda. Ett avtal som i sig är konkurrensbegränsande men som uppfyller villkoren för undantag är inte ogiltigt *prima facie*. Detta förklaras av att ingen myndighet torde kunna ändra den självverkande karaktären hos undantagsbestämmelsen. Undantaget kan således sägas strömma direkt ur bestämmelsens natur. Ett avtal som uppfyller villkoren för undantag är sålunda inte beroende av något formellt beslut för att undantas från förbudet. Varje avtal, beslut och förfarande är således giltiga intill dess att en behörig myndighet eller domstol förklarar det motsatta vara för handen. Den direkta tillämpligheten skapar således helt nya förutsättningar för bedömningen av avtals giltighet. Frågan bör då ställas hur den direkta tillämpligheten påverkar förbudsstrukturen. Vad som tycks ske är att förbudet i art 81(1) vänds uppochner enligt följande. Under förordning 17/62 fokuserade förbudsbestämmelsen på själva existensen av konkurrensbegränsande avtal, beslut och förfaranden. Genom förordning 1/2003 kommer förbudsbestämmelsen fortsättningsvis att inriktas på något som kan beskrivas som ett missbruk av den allmänna avtalsfriheten. Då undantagsbestämmelsen är direkt tillämplig kan ett avtal inte anses vara förbjudet *prima facie*. Att ett avtal anses förbjudet torde i det fortsatta kräva att behörig myndighet förklarar att villkoren för undantag inte är uppfyllda. Den stora skillnaden ligger således i att övervakningssystemet övergår till en kontroll *ex post*.⁷⁷ Med detta menas att avtal kontrolleras i efterhand. Således kan konkurrensbegränsande avtal vara verksamma intill dess att någon behörig myndighet ingriper.

⁷⁷ Se bland annat vitboken, s 40.

Den direkta tillämpligheten av undantagsbestämmelsen ger ytterligare verkningar för tillämpningen av konkurrensreglerna. Under förordning 1/2003 bibehålls möjligheten för kommissionen att utfärda gruppundantagsförordningar.⁷⁸ Vidare behåller de gruppundantag som varit i kraft under förordning 17/62 sin giltighet. Såväl kommissionen som de nationella konkurrensmyndigheterna ges emellertid genom förordning 1/2003 möjlighet att under vissa förutsättningar återkalla rätten att omfattas av ett gruppundantag. Det fortsatta användandet av gruppundantag jämte möjligheten till återkallelse har skapat diskussion och väcker en rad olika frågor.⁷⁹

Inledningsvis bör frågan ställas vilket behov det finns av gruppundantag i ett system där undantagsbestämmelsen är direkt tillämplig. Gruppundantagen tillkom som ett redskap för att minska antalet anmälningar till kommissionen.⁸⁰ I och med den direkta tillämpligheten av art 81(3) avdunstar behovet av anmälningar. Den förnuftsensliga följden torde därför vara att även behovet av gruppundantag försvinner eller i vart fall minskar i betydande utsträckning. Kommissionens tycks icke desto mindre vara av en annan uppfattning. Det är i sammanhanget emellertid viktigt att poängtera att gruppundantagen kan ses som verktyg för utläsning av art 81(3). Gruppundantagen anger under vilka omständigheter vissa kategorier av avtal anses uppfylla villkoren för undantag. Härigenom sekonderas företagen i sina respektive bedömningar av eventuellt konkurrensbegränsande avtals förenlighet med art 81(3). Detta leder resonemanget vidare in på frågan kring möjligheten till återkallelse av rätten att omfattas av ett gruppundantag. De fördelar som ett gruppundantag medför för företagen stannar ursprungligen från art 81(3). Möjligheten för kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna till återkallelse kan därför framstå som något förbryllande. En återkallelse av rätten att omfattas av ett gruppundantag innebär närmare bestämt ett återkallande av undantagsregeln i art 81(3). Förutsättningen för återkallelse är att ett avtal har verkningar som inte är förenliga med art 81(3) trots att det omfattas av ett gruppundantag. Frågan är då om ett dylikt avtal någonsin har omfattats av gruppundantaget, då det senare torde strömma direkt från art 81(3). Om så är fallet ter sig möjligheten till återkallelse som något av en övertalig reglering.

6.2.2 Avskaffande av anmälningssystemet

I ett system där undantagsbestämmelsen är direkt tillämplig fyller det anmälningssystem som föreskrivs i förordning 17/62 ingen funktion. Avtal är inte längre beroende av vare sig anmälningar eller ansökningar för att erhålla beslut om undantag. Avskaffandet innebär således en administrativ lättnad för såväl företagen som kommissionen. Avskaffandet innebär vidare

⁷⁸ Förordning 1/2003, skäl 10.

⁷⁹ Se bl.a. T. Wissman: *Decentralised Enforcement of EC Competition Law and The Policy on Cartels*, *Journal of World Competition*, 23(2):1/2003-154, s 142.

⁸⁰ Se kap 3.3 för närmare redogörelse.

en viss ökning av rättssäkerhet för företagen då en utebliven anmälan inte längre kan resultera i ett ogiltigförklarande av ett avtal.⁸¹ Det kan emellertid finnas vissa nackdelar med att avskaffa anmälningssystemet. Vad som står klart är att avskaffandet innebär en upplösning av en tidigare naturlig kontakt mellan kommissionen och marknadsaktörerna. Ett sådant uppbrott kan komma att drabba båda parter.

6.2.2.1 Verkningar för övervakningsmyndigheterna

Genom notifieringarna har kommissionen, samt konkurrensmyndigheterna i de medlemsstater som föreskrivit notifieringsförfarande, på en regelbunden basis uppdaterats om svängningar och trender på marknaden. Dessutom har övervakningsmyndigheterna genom notifieringarna beretts möjligheter att uppdaga konkurrensbegränsande avtal, beslut och förfaranden. Genom avskaffandet går såväl kommissionen som konkurrensmyndigheterna miste om den naturliga kopplingen till marknaden. Vidare innebär avskaffandet att kommissionen och konkurrensmyndigheterna till fullo tvingas förlita sig på klagomål och egeninitierade utredningar i övervakningen av konkurrensreglerna. I dagsläget utgör ärenden till föranledda av klagomål och egeninitierade utredningar cirka 45 procent.⁸² Samtidigt skall det erinras om att det endast är ett mycket litet antal notifierade avtal som utgör verkliga hot mot konkurrensen.⁸³ Härav skall risken för en försämrad kontroll och övervakning till följd av avskaffandet av notifieringssystemet inte uppförstoras. Istället bör det framhåvas att övervakningsmyndigheterna under förordning 1/2003 sannolikt kommer att vara bättre rustade att ingripa mot överträdelser. Resurser som tidigare var uppbundna av notifieringsärenden kan nu användas till en mer effektiv handläggning av klagomål och mer effektiva utredningar. Vad gäller den tidigare nämnda förlusten av marknadsinformation menar man bland annat från svenskt håll att det finns en rad andra källor till information om marknadstrender och marknadssvängningar.⁸⁴ Avskaffandet av notifieringssystemet tycks således inte medföra några betydande nackdelar för övervakningsmyndigheterna.

6.2.2.2 Verkningar för företagen

Förlusten av en naturlig koppling mellan övervakningsmyndigheterna och företagen riskerar att drabba de senare hårdare än de förra. I anknytning till diskussionerna kring notifieringsförfarandet uppräknas inte sällan de luckor som förfarandet bjuder. Vidare har det påtalats att företagen tenderat att systematiskt utnyttja dessa luckor för egen vinning. Som skolexempel anges användandet av notifieringsförfarandet i avsikt att blockera nationella processer. Dessvärre har diskussionen förbisett de företag som varit angelägna om att följa gemenskapsrätten och de fördelar notifierings-

⁸¹ N.Wahl: *Kommissionens förslag till modernisering av konkurrensreglerna (eller var det harmonisering?)*, ERT 2001, s 229.

⁸² Vitboken, s 21.

⁸³ House of Lords Select Committee Report of the 29th of February 2000.

⁸⁴ Intervju med Monica Widegren, avdelningschef för Internationella Sekretariatet, Konkurrensverket, Stockholm, 1 april, 2003.

systemet erbjudit dem. Företagen har i samarbete med kommissionen haft tillfälle att omformulera otillåtet konkurrensbegränsande avtal med avsikt att göra dem förenliga med art 81(3). Härigenom har företagen erbjudits en viss grad av rättslig säkerhet som under förordning 1/2003 kan komma att gå förlorad. Under det nya systemet tvingas företagen att i större utsträckning än tidigare göra egna bedömningar av avtals förenlighet med art 81(1) och art 81(3). Det finns emellertid vissa möjligheter till samarbete med kommissionen och konkurrensmyndigheterna även under förordning 1/2003. Den tydligaste av dylika möjligheter framträder genom möjligheterna för övervakningsmyndigheterna att godta åtaganden. Om kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet finner att ett avtal på ett otillåtet sätt begränsar konkurrensen överträdande företag utföra åtaganden för att eliminera begränsningen. Åtagandena bör sålunda kunna jämföras med möjligheten till omformulering av avtal som gavs i förordning 17/62. Det finns emellertid en viktig skillnad. Under förordning 17/62 gavs företagen tillfälle att avvakta med genomförandet av avtal intill dess att de godkänts av kommissionen. Något motsvarande tillfälle ges inte i förordning 1/2003. Följden härav blir att ett avtal kan vara verksamt under en längre tid innan det modifieras för att inte anses utgöra en överträdelse av konkurrensreglerna. En modifiering av avtalet kan medföra kostsamma och tidskrävande omställningar av företagets verksamhet. Ur denna synvinkel gav notifieringsförfarandet företagen ett större mått av rättslig säkerhet.

Som påtalades tidigare är det endast ett mycket litet antal notifieringar som resulterat i formella beslut.⁸⁵ Den övervägande delen ärenden har istället avslutats genom informella beslut och därav inte blivit föremål för offentliggörande. Således har det till viss del förblivit ovisst vilka faktorer och parametrar kommissionen använt sig av i tillämpningen av art 81(3). Vederbörande ovisshet kan ge betydande konsekvenser för företagen under det nya systemet. Företagen kommer fortsättningsvis att vara allt mer beroende av egna juridiska bedömningar och analyser. Frågan är emellertid om företagen är tillräckligt väl rustade för att utföra de komplexa analyser som påkallas av en bedömning enligt art 81(3). Kommissionen hävdar likväl att det i dagsläget finns tillräckligt klara och utvecklade regler som sedermera preciserats ytterligare genom kommissionens beslutspraxis och EGD:s rättspraxis. Vidare hänvisar kommissionen till en riklig uppsättning av mer allmänna bestämmelser som syftar till att precisera tillämpningen av konkurrensreglerna.⁸⁶ Utan att närmare studera kommissionens argument kan de mycket väl framstå som adekvata. Om man däremot beaktar det faktum att utbudet av besluts- och rättspraxis är mycket knappt, framstår argumenten inte som lika stryktåliga. Vidare kan de allmänna bestämmelsernas vikt ifrågasättas. De bestämmelser som kommissionen refererar till utgörs bland annat av gruppundantagsförordningar. Gruppundantagen har utarbetats för specifika kategorier av avtal och har således inte haft någon allmän giltighet. Det kan av den orsaken bli mycket

⁸⁵ Vitboken s 3.

⁸⁶ Vitboken, s 23.

svårt för företagen att definiera undantagsområdet i art 81(3). Mot detta har det framförts att det viktiga för företagen är förmågan att kunna definiera förbudsområdet.⁸⁷ Argumentet är obestriddligen riktigt men det torde vara svårt att skapa en korrekt definition av förbudsområdet om undantagsmöjligheterna inte med säkerhet kan identifieras. På motsvarande sätt är det sannolikt omöjligt att definiera ett undantag från ett ovisst förbud. Det torde således inte vara möjligt att skapa korrekta definitioner av de ifrågakommande områdena om de isoleras från varandra.

Ovissheten om hur art 81(3) närmare skall tillämpas riskerar även att inverka på företagets incitament att väcka talan mot eventuella konkurrensbegränsande avtal. Om kärke företag inte med säkerhet kan bedöma huruvida en konkurrensbegränsning är tillåten eller ej finns en risk för att avtalet aldrig kommer att prövas.

Kommissionen är, trots angivandet av tidigare argument, sannolikt medvetna om ifrågavarande problematik. Under sommaren 2003 skall kommissionen presentera en rad olika tillkännagivanden och riktlinjer angående förordning 1/2003. Bland dessa återfinns bland annat förtydliganden om hur art 81(3) skall tillämpas och tydas. Förhoppningsvis är förtydligandena tillräckligt utförliga för avlägsna de brydsamheter som i dagsläget är förknippade med art 81(3).

6.3 Enhetlig rättstillämpning

6.3.1 Inledning

I samband med att reformarbetet inleddes aktualiserades åter frågorna kring den enhetliga rättstillämpningen. Vidgandet av de nationella rättstillämparnas behörighet befarades medföra en ökning av risken för en icke enhetlig rättstillämpning. Skiljaktiga rättstillämpningar torde rimligtvis utgöra ett av de största hoten mot rättsäkerheten. Vidare kan dylika rättstillämpningar medföra så kallad forum shopping. Uppgiften att minska risken för divergerande rättstillämpningar placerades således högt upp på dagordningen under utarbetandet av förordning 1/2003. Förordningen innehåller en rad olika bestämmelser som syftar till att stimulera en homogen tillämpning av gemenskapsreglerna. Följande kapitel granskar huruvida det nya systemet erbjuder tillräckliga medel för hindra avvikande rättstillämpningar.

⁸⁷ Intervju med Monica Widegren, avdelningschef för Internationella Sekretariatet, Konkurrensverket, Stockholm, 1 april 2003.

6.3.2 Förbud mot motstridiga beslut

Frågorna kring den enhetliga rättstillämpningen kan delas upp i två olika kategorier. En bör inbegripa den nationella rättstillämpningen i förhållande till kommissionen medan den andra kan förväntas omfatta de olika medlemsstaternas rättstillämpning i förhållande till varandra. För den förra kategorin finns uttryckliga förbudsbestämmelser vilka är avsedda att hindra motstridiga rättstillämpningar. För den senare är regleringen något mer flytande.

Av art 16(1) förordning 1/2003 följer ett förbud för nationella domstolar att fälla avgöranden som står i strid med beslut fattade av kommissionen. Därtill kommer ett förbud för domstolarna att fälla avgöranden som kan stå i strid med ett beslut som kommissionen avväger att fatta. Det faktum att kommissionen står i begrepp att fatta ett beslut utgör enligt ifrågavarande reglering ett tillräckligt skäl för vilandeförklaring av den nationella processen. I art 16(2) stipuleras ett förbud för de nationella konkurrensmyndigheterna att fatta i förhållande till kommissionen motstridiga beslut.

Av bestämmelsen att döma aktualiseras förbudet då ett nationellt avgörande avser avtal, beslut eller förfaranden som redan varit föremål för beslut av kommissionen. En fråga som är viktig att besvara i detta sammanhang är vad som avses med att ett avtal redan varit föremål för beslut. Den mest konstitutiva tolkningen torde vara att då ett specifikt avtal redan omfattas av ett kommissionsbeslut får ett nationellt avgörande inte stå i strid med detta. Så kan exempelvis vara fallet då kommissionen fattat beslut om att ett avtal är otillåtet konkurrensbegränsande och talan med skadeståndsanspråk baserat på samma avtal därefter väcks vid nationell domstol. I en sådan situation torde det vara förbjudet för den nationella domstolen att fälla ett avgörande som konstaterar att någon otillåten konkurrensbegränsning inte föreligger. Härigenom kan risken för motstridiga beslut undvikas i förhållandet mellan nationella domstolar och kommissionen.

Förbudet mot divergerande rättstillämpning gäller även de nationella konkurrensmyndigheterna. Det kan emellertid ifrågasättas under vilka förutsättningar en nationell konkurrensmyndighet har att pröva ett avtal som redan är föremål för beslut av kommissionen. Kommissionsbeslut är de enda beslut som ger verkningar i hela gemenskapen. Om kommissionen funnit att ett avtal inrymmer otillåtna konkurrensbegränsningar och därmed förklaras ogiltigt torde avtalet förlora giltighet i hela gemenskapen. Några skäl för en nationell konkurrensmyndighet att över huvud utreda ett dylikt avtal torde således inte finnas. Detta gäller under förutsättning att det av kommissionen prövade avtalet gäller mellan samma parter och reglerar samma förhållanden som det avtal som står i begrepp att prövas av den nationella konkurrensmyndigheten. Är parterna inte desamma, eller reglerar avtalet andra förhållanden torde det inte röra sig om samma avtal. Därmed bör den nationella konkurrensmyndigheten vid prövningen av ett dylikt avtal vara

oberoende av kommissionsbeslutet i sin bedömning. Ett upptänkligt scenario kan mot bakgrund av ovan se ut enligt följande. Kommissionen finner att ett återförsäljaravtal mellan X och Y är konkurrensbegränsande. Därefter utreder en nationell konkurrensmyndighet ett identiskt återförsäljaravtal men mellan X och Z och finner att det inte är konkurrensbegränsande. Skillnaden i bedömningen av de olika avtalen kan ha olika förklaringar. Avtalsparterna Y och Z kan förslagsvis ha olika ställningar på marknaden varför avtalet påverkar dem på olika sätt. Vidare är det möjligt att den nationella konkurrensmyndigheten beaktat nationella faktorer som inte var relevanta i förhållandet mellan X och Y.⁸⁸ Om den nationella konkurrensmyndigheten istället hade att pröva återförsäljaravtalet mellan X och Y hade den jämlikt art 16(2) förordning 1/2003 varit bunden av kommissionens beslut avseende samma avtal. Antalet fall där de nationella konkurrensmyndigheterna skall pröva avtal som redan är föremål för beslut av kommissionen torde emellertid vara mycket begränsat.

6.3.3 Kommissionens förhandsgranskning

I art 11(3) förordning 1/2003 föreskrivs en skyldighet för de nationella konkurrensmyndigheterna att informera kommissionen om när en utredning av avtal, beslut eller förfarande enligt art 81 inleds. Vidare följer av art 11(4) en skyldighet för konkurrensmyndigheterna att senast 30 dagar innan beslut fattas om åläggande om upphörande med en överträdelse, godtagande av åtagande eller om återkallelse om gruppundantag underrätta kommissionen. Härigenom uppdateras kommissionen om den nationella tillämpningen av gemenskapsrätten. Vad viktigare är att kommissionen bereds möjlighet att ingripa då den finner att det föreligger en risk för divergerande rättstillämpning. Vidare kan kommissionen till följd av underrättelserna överta utredningar av ärenden som enligt kommissionen inte bör handläggas på nationell nivå. De skyldigheter som följer av art 11 skall följaktligen ses som verktyg för att understödja en enhetlig rättstillämpning. Det kan emellertid ifrågasättas huruvida nyssnämnda verktyg är tillräckligt effektiva för att hindra en divergerande rättstillämpning. I samband med att de nationella rättstillämparnas behörighet vidgas torde det vara rimligt att anta att även antalet ärenden hos de samma ökar. En tankeriktig följd härav är att kommissionen tvingas till ett otal granskningar av förestående utredningar och förslag till beslut och avgöranden. Således har kommissionen genom sin möjlighet till förhandsgranskning tilldelats en diger och sannolikt tidskrävande uppgift. Det kan innebära att delar av de resurser som frigjorts genom avskaffandet av notifieringssystemet avsätts till förhandsgranskande uppgifter. Därmed kan en del av effektiviseringen sägas ha gått förlorad.

Den information om utredningar och beslut som kommissionen tillsänds av de nationella konkurrensmyndigheterna får tillgängliggöras på det interna nätverket. Syftet härmed med är bland annat att uppdatera samtliga

⁸⁸ Se kap 6.5.4.1, s 48, för närmare om vilka faktorer som skall beaktas vid tillämpningen av art 81.

medlemsstaters konkurrensmyndigheter om vilka ärenden som utreds och blivit föremål för beslut. Således förväntas de nationella konkurrensmyndigheterna regelbundet använda sig nätverket som instrument för att undvika att fatta beslut som skulle innebära en inkonsekvent rättstillämpning. Vad gäller förhållandet mellan olika nationella beslut finns nämligen ingen motsvarighet till art 16 förordning 1/2003. Nationella beslut och avgörandens endräkt skall istället regleras genom ett nära samarbete i tillämpningen av gemenskapsrätten. Det nära samarbetet tycks indirekt förutsätta en vilja och acceptans från medlemsstaterna att följa praxis från annan än gemenskapsinstitutionerna.

Det är i föreliggande kontext som risken för divergerande rättstillämpning framstår tydligast. Diskrepanser mellan nationella tillämpningar av gemenskapsrätten riskerar att medföra det tidigare nämnda fenomenet forum shopping. Med hjälp bestämmelserna i Brysselkonventionen⁸⁹ kan företagen i viss utsträckning styra vilken medlemsstat som skall handlägga ett visst ärende. Härigenom kan de välja den medlemsstat som tillämpar gemenskapsrätten på ett för dem mest fördelaktigt sätt. Förekomsten av forum shopping innebär således en risk för underminering av gemenskapens rättssystem. Det åvilar emellertid de nationella rättstillämparna en skyldighet att följa gemenskapsdomstolarnas rättspraxis och kommissionens beslutspraxis i tillämpningen av gemenskapsbestämmelserna.⁹⁰ Nationella beslut torde således alltid kunna motiveras med hänvisning till gällande praxis på gemenskapsnivå. Detta uppställer visserligen ett visst skydd för den enhetliga rättstillämpningen. Vad som ändock inte får förbises eller bagatelliseras är risken för att det i den nationella tillämpningen av gemenskapsbestämmelserna finns inslag av nationalpolitiska och nationalekonomiska överväganden. Förekomsten av dylika överväganden kan ge upphov till situationer där identiska transaktioner bedöms olika beroende på i vilken medlemsstat de utreds. Dessvärre minskas inte risken av det faktum att samtliga nationella beslut måste anmälas till kommissionen. Besluten kan var för sig vara förenliga med gemenskapsrätten. Om de däremot betraktas i en större kontext kan de framstå som med varandra oförenliga. Ett komplett skydd mot skiljaktiga tillämpningar torde därför kräva att kommissionen inför varje nationellt beslut granskar samtliga redan meddelande beslut från varje medlemsstat angående motsvarande ärenden. Granskningen bör dessutom vara utförd inom de 30 dagar som löper från det nationella meddelandet om beslut till dess att beslut träder ikraft. Med hänsyn härtill kan kommissionens förhandsgranskning som medel mot divergerande rättstillämpning framstå som otillräcklig och kanske till och med utförbar.

⁸⁹ Se Brysselkonventionen art 2-16 för forumreglerna.

⁹⁰ L.O. Ortiz: *EC Competition Procedure*, s 22, Clarendon Press, Oxford, 1996..

6.3.4 Nationella domstolars enhetliga rättstillämpning

I art 15 förordning 1/2003 föreskrivs en skyldighet för de nationella domstolarna att samarbeta med såväl kommissionen som de nationella konkurrensmyndigheterna. Det föreskrivna samarbetet skall ses som dels ett steg i strävan mot en mer effektiv övervakning dels som en åtgärd för att uppnå en enhetlig rättstillämpning. Samtliga medlemsstaternas domstolar kan i dagsläget sägas ha övergripande erfarenheter av att tillämpa gemenskapsbestämmelser. Det är emellertid först genom förordning 1/2003 som domstolarna kommer att inta en mer framstående och aktiv roll i tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Domstolarnas nya roll har det oaktat inte fått odelat positiv kritik. Den ökade behörigheten för domstolarna har underblåst farhågorna kring en inkonsekvent rättstillämpning. Den sannolikt främsta orsaken härtill är att domstolarna under förordning 1/2003 har utföra de mycket avancerade analyser som påkallas av art 81(3).

I sin ungdom uttalade EGD att den som juridisk enhet inte ansåg sig kapabel att utföra de komplexa analyser som krävs för en komplett utredning enligt art 81(3).⁹¹ Historien har därefter visat att gemenskapsdomstolarna endast i ett fåtal avgörande varit tvungna att ta ställning till villkoren i 81(3). Detta till trots, torde det vara rimligt att anta att gemenskapsdomstolarnas inställning till sina respektive förmågor att tillämpa ifrågavarande bestämmelse idag är mer positiv. Däremot kan det antas att de nationella domstolarna kommer att uppleva tillämpningen av art 81(3) på samma sätt som EGD inledningsvis gjorde, vilket till viss del har bekräftats av kommissionen.⁹² Kommissionen har mot detta framfört att de nationella domstolarna kan förlita sig på ett digert utbud av besluts- och rättspraxis i sin fullständiga tillämpning av art 81. Ett dylikt argument framstår dock inte som särskilt övertygande. Utbudet av praxis rörande tillämpningen av art 81(3) är mycket knapphändigt. Bristen av tillräckligt vägledande praxis är troligtvis, trots nyssnämnda argument, bekant för kommissionen. Avsaknaden av praxis skall genom förordning 1/2003 balanseras upp av en rad olika vägledande åtgärder.

Av art 15 framgår att de nationella domstolarna på eget initiativ kan vända sig till kommissionen för att erhålla yttranden i frågor rörande tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Härigenom skall domstolarna kunna erhålla tillräcklig information för att utföra en korrekt och fullständig tillämpning av art 81. Därtill kommer möjligheterna för de nationella konkurrensmyndigheterna att på eget initiativ lämna yttranden till de nationella domstolarna angående tillämpningen av konkurrensreglerna.⁹³ I fall där den enhetliga rättstillämpningen så kräver har kommissionen en

⁹¹ Se mål nr 56 & 58/84, *Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH mot Kommissionen* [1966] ECR 299.

⁹² Tal av Mario Monti, 27 november 2000, Trier, Speech//00//46.

⁹³ Förordning 1/2003, art 15(3).

motsvarande möjlighet.⁹⁴ Kommissionen, och till viss del de nationella konkurrensmyndigheterna, skall följaktligen under förordning 1/2003 agera som *amicus curiae*. Rollen som rättens beskyddare kan ifrågasättas på olika plan. Inledningsvis kan det ifrågasättas huruvida instanser utanför det renodlade domstolsväsendet skall ha möjlighet att påverka självständiga domstolars arbete. Ifrågasättandet ter sig synnerligen befogat i de situationer där instanserna har någon form av politisk koppling. En del av domstolarnas självständighet tycks gå förlorad i samband med att utomstående organ på eget initiativ kan lämna yttranden om hur lagen bör tolkas och tillämpas. Att yttrandena inte är av direkt bindande karaktär är i sammanhanget endast av marginell betydelse. En domstol vilken saknar erfarenhet av att tillämpa en viss bestämmelse kommer med största sannolikhet endast i undantagsfall att fälla avgörande som är oförenliga med ett yttrande från kommissionen eller en konkurrensmyndighet. Vidare bör det ifrågasättas att ett organ vars främsta uppgift är att agera i det allmännas intresse skall beredas möjlighet att intervensera i processer som rör enskildas inbördes förhållanden.

Det är icke desto mindre viktigt att ställa ifrågasättandet mot det faktum att frånvaron av möjligheten till yttrande riskerar att leda till felaktiga och inkonsekventa tillämpningar av gemenskapsrätten. Det torde dessutom vara rimligt att anta att nödvändigheten av att lämna yttranden är begränsat till den nya förordningens inledande skeden. Trots detta torde det vara rimligt att uppställa krav på att yttrandena lämnas med stor försiktighet. Dessutom bör höga krav uppställas på yttrandenas utformning. De bör inte i något avseende innehålla element som kan påverka domstolens objektiva bedömning av de omständigheter tvistande parter presenterat. Yttrandet torde således i strikt mening endast innehålla vägledning för den korrekta och enhetliga rättstillämpningen.

En fråga som till viss del är kopplad till de nationella domstolarnas enhetliga rättstillämpning rör medlemsstaternas erkännande av domar från nationella domstolar. Av Brysselkonventionen art 26 framgår att samtliga medlemsstater har åtagit sig att erkänna lagakraftvunna domar från andra medlemsstater. Erkännandet av andra medlemsstaters domar blir av synnerlig vikt för konkurrensrätten i samband med att de nationella domstolarnas behörighet utökats. Trots bestämmelserna i Brysselkonventionen finns det vissa områden som ger upphov till rättsliga spörsmål. Problemen gestaltas mycket enkelt av ett kort exempel. Efter en prövning av ett konkurrensbegränsande avtal vid nationell domstol fälls ett avgörande i vilket avtalet befinns uppfylla villkoren för undantag. Avgörandet kan därefter uppvisas inför övriga medlemsstaters domstolar. För att avgörandet skall hindra att avtalet prövas på nytt krävs dock att den nya tvisten rör samma parter som omfattas av det första avgörandet. Om den nya prövningen sker i en annan medlemsstat är det sannolikt att tvisten inbegriper en ny part, förslagsvis ett annat företag. I en sådan situation fyller det ursprungliga avgörandet ingen rättsligt bindande funktion. Det nya

⁹⁴ Förordning 1/2003, art 15(3), *in fine*.

avgörandet kan således konstatera att avtalet inte uppfyller villkoren för undantag och att det därmed bör ogiltigförklaras. Då återstår frågan vilken rättslig säkerhet företagen har att räkna med beträffande avgöranden som konstaterar att villkoren i art 81(3) är uppfyllda. Det omvända torde följaktligen gälla då ett avgörande från en nationell domstol konstaterar att ett avtal är otillåtet konkurrensbegränsande. Ett dylikt beslut kan medföra att företagen indirekt tvingas till omformulering av avtal som i själva verket inte är konkurrensbegränsande.

6.4 Kompetensfördelning

6.4.1 Inledning

En av grundpelarna i motiven till förordning 1/2003 är ett allt tydligare behov av ett decentraliserat system. Kännedomen om gemenskapens konkurrensrättssystem anses nu vara tillräckligt genuin för att göra de nationella rättstillämparna mer delaktiga. Decentraliseringsprocessen aktualiserar en rad olika frågor kring kompetensfördelningen mellan de olika rättstillämparna. Följande kapitel belyser ett antal av de mest grundläggande frågorna.

6.4.2 Kommissionens exklusiva roll

Systemet under förordning 1/2003 kommer att innebära ett slags parallell behörighet för kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna att ingripa mot befarade överträdelser. Vidare finns en viss parallell behörighet mellan de olika medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. Den utökade behörigheten för konkurrensmyndigheterna innebär delvis en decentralisering av övervakningssystemet. Kommissionen har icke desto mindre mycket noggrant framhåvt sin fortsatta roll som central myndighet för övervakningen av gemenskapens konkurrensregler. En av kommissionens mest betydande uppgifter som central enhet är att utarbeta den gemensamma konkurrenspolitiken. Vidare är utformningen av riktlinjer för och tillkännagivanden reserverad för kommissionen. Samtliga av kommissionens nyssnämnda exklusiviteter är sannolikt nödvändiga för att kunna bibehålla ett koherent rättssystem. Likväl väcker kommissionens exklusiva behörigheter kritiska frågor inom vissa områden. Kritik har bland annat riktats mot de nationella konkurrensmyndigheternas begränsande tillämpning av gemenskapsrätten. Kritiken avser inte längre oförmågan att på nationell nivå tillämpar art 81 fullt ut. Den tar istället sikte på sambandet mellan den praktiska tillämpningen och skapandet av konkurrenspolitik. Det har sagts att gemenskapens konkurrensrätt inte kan tillämpas i ett rättsligt

vakuum.⁹⁵ Dess tillämpning är på grund av sin natur beroende av och baserad på en gemensam politik i den ekonomiska sfären. Systemet under förordning 1/2003 drar trots detta en skarp gräns mellan tillämpning och konkurrensolitik. De nationella rättstillämparna skall under det nya systemet på ett mer aktivt sätt delta i tillämpningen av gemenskapens konkurrensrätt men stängs uttryckligen ute från skapandet av gemensamma konkurrensolitik. Därmed gestaltas ett system med en tydlig hierarkisk institutionell karaktär där kommissionen intar högsta position. Den praktiska följden härav är att kommissionen kommer att handlägga ärenden med signifikant rättslig, politisk eller ekonomisk betydelse. Ärenden som sakar ifrågavarande dignitet skall sålunda handläggas av de nationella konkurrensmyndigheterna. Beträktat ur detta perspektiv blir de sistnämnda inte annat än delegater för kommissionen eller rentav administrativa förlängningar av densamma. Frågan måste då ställas om denna hierarki är nödvändig. Sannolikt är svaret jakande. Utan ett högsta organ med möjlighet att kontrollera och till viss del styra rättstillämparna riskerar det gemensamma systemet att fallera. Däremot torde det kunna fastslås att systemet under förordning 1/2003 inte bjuder den grad av decentralisering det stundvis utgetts för att göra.

Genom art 11(6) förordning 1/2003 ges kommissionen möjlighet att frånta en nationell konkurrensmyndighet behörighet att utreda ett ärende genom att själv initiera en utredning. En dylik överflyttning av utredning skall emellertid endast ske efter samråd med handläggande konkurrensmyndighet. Bestämmelsen kan ses som en begränsning av strävan mot ett decentraliserat system. En jämförelse med motsvarande bestämmelse i förordning 17/62⁹⁶ visar dock att art 11(6) innebär ett steg mot ett ökat samarbete mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna. Förordning 17/62 uppställde närmare bestämt inga krav på samrådsförfarande i samband med överflyttning av utredningar. Sålunda bjuder systemet under förordning 1/2003 större möjligheter för nationella rättstillämpare slutföra påbörjade utredningar. Art 11(6) bör därför ses som ett uttryck för en vilja och strävan mot att decentralisera övervakningssystemet. Dessutom torde möjligheten för kommissionen att överflytta ett ärende vara nödvändig med hänsyn till de nationella konkurrensmyndigheternas praktiska begränsningar. Ett ärende som inledningsvis utreds på nationell nivå kan under utredningens gång visa sig ha betydande verkningar i hela eller stora delar av gemenskapen. I en sådan situation är det avgörande att kommissionen utan administrativa hinder omgående kan överta utredningen.

Vad gäller den rent initiala fördelningen av ärenden mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna finns inga strikta regler. Kommissionen skall under det nya systemet handlägga de ärenden som

⁹⁵ S. Kingston: *A "new division of responsibilities" in the proposed regulation to modernise the rules implementing Articles 81 and 82 E.C.? A warning call*, E.C.L.R., nr 8, 2001, s 344.

⁹⁶ Förordning 17/62, art 9(3).

anses ha ett betydande gemenskapsintresse.⁹⁷ Vad som närmare utgör betydande gemenskapsintresse kvarstår öppet och måste bedömas från fall till fall. En mer uttrycklig och strikt uppsättning regler hade med stor sannolikhet gett upphov till en rad jurisdiktionsrelaterade konflikter och därmed riskerat att urholka effektiviseringsprocessen.

6.4.3 Nationella konkurrensmyndigheters roll

Av portalstadgandet i art 11 förordning 1/2003 framgår att de nationella konkurrensmyndigheterna och kommissionen skall tillämpa gemenskapens konkurrensregler i ett nära samarbete. Tillämpningen i ett nära samarbete skall ske såväl mellan kommissionen och konkurrensmyndigheterna som inbördes mellan medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. Kollaborationen skall ske bland annat genom informationsutbyte, assistans vid utredningar och vid fördelning av ärenden. Ärenden skall fördelas på grundval av principen om bäst lämpade myndighet. Vad som utgör kriterium för epitetet bäst lämpad anges varken i förordningen eller i motiven härtill. Skälet till detta är sannolikt att en precis och därmed otänjbar definition hade riskerat att försvåra och ineffektivera fördelningsprocessen. I tysk terminologi omnämns fördelningsprincipen som Schwerpunktstheorie medan den i engelskt språkbruk kallas för the center of gravity test. En slutsats som kan dras av de olika benämningarna är att fördelningsprincipen huvudsakligen skall beakta var ett avtal, beslut eller förfarande har tydligast verkningar. Konkurrensmyndigheterna kommer enligt en sådan tolkning att utföra utredningar av misstänkta överträdelser med verkningar endast inom det egna territoriet och ärenden med endast ringa verkningar i andra medlemsstater.

Den något oklara karaktären hos fördelningsprincipen ger upphov till en rad frågetecken. Inledningsvis kan fördelningsprincipens anpassning till den framtida utvecklingen diskuteras. Det ekonomiska samarbetet inom gemenskapen är långt framskridet. Dessutom är det sannolikt att utvecklingen av detsamma kommer att fortsätta. Därför torde det inte vara en omöjlighet att anta att företagen inom gemenskapen inom en snar framtid kommer att utvidga sina respektive marknader till att omfatta hela eller stora delar av den gemensamma marknaden. Detta är en synnerlig viktig omständighet att beakta när det kommer till ordningen för ärendefördelningen. Bland annat kan en eventuell utvidgning av marknader komma att påkalla kommissionens handläggning i allt fler ärenden. Vidare kan den fördelningsprincip som följer av förordning 1/2003 visa sig bli svårtillämplig. Det är inte orimligt att ett företag som är etablerat i en mindre medlemsstat bedriver verksamhet vars verkningar är större på områden utanför den egna medlemsstaten. I en dylik situation framstår fördelningsprincipen som svårtillämplig och till viss del även ineffektiv.

⁹⁷ För definition av betydande gemenskapsintresse se Meddelande från kommissionen om samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter för handläggning av ärenden som omfattas av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, EGT [1997] C 313/3.

Den konkurrensbegränsande aktiviteten utförs i en medlemsstat men har verkningar i en annan. Då de nationella konkurrensmyndigheterna ej har befogenheter att utföra inspektioner utanför det egna territoriet tvingas de till assistans från en annan medlemsstats konkurrensmyndighet. Av art 22 förordning 1/2003 följer en möjlighet för en nationell konkurrensmyndighet att på sitt territorium på uppdrag av en konkurrensmyndighet i en annan medlemsstat och för dess räkning utföra inspektioner och undersökningar. Stadgandet kan till viss del tas som intäkt för att fördelningsprincipen inte alltid uppfyller målsättningarna kring en effektiv handläggning. Uppdragsinspektioner kan förväntas ge upphov till administrativa bördor för konkurrensmyndigheterna vilket svårligen kan sägas ligga i linje med den strävan mot effektivisering som förordning 1/2003 representerar.

Vidare kan den fördelningsprincip som följer av förordning 1/2003 ge upphov till resursfördelningskonflikter. Det finns redan i dagsläget tecken på att de nationella konkurrensmyndigheterna är i behov av allt större resurser. Trots att någon direkt ökning av de nationella konkurrensmyndigheternas jurisdiktion inte är att vänta,⁹⁸ innebär bland annat nyssnämnda uppdragsinspektioner ett större ianspråktagande av befintliga resurser. Till yttermera visso kan uppdragsinspektionerna föranleda ett slags inbördes rangordnande av ärendehandläggning och utredningar på nationell nivå. I fall där samtliga resurser redan används måste en bedömning göras av vilka ärenden som kräver den mest skyndsamma handläggningen. För nationellt vidkommande är det sannolikt att nationella ärenden prioriteras framför exempelvis uppdragsinspektioner. En dylik prioritering innebär således att den konkurrensmyndighet som åt annan uppdragit att utföra en inspektion måste avvakta till dess att resurser kan avsättas för uppdragsinspektionen. Härav kan utredningar komma att uppskjutas och fördröjas och därmed minska effektiviteten i övervakningen.

En ytterligare aspekt som är förknippad med ärendefördelningen rör vissa beslut fattade av de nationella konkurrensmyndigheterna. Av art 5 in fine, förordning 1/2003 framgår att de nationella konkurrensmyndigheterna kan fatta beslut om icke ingripande. Företag som erhåller ett dylikt beslut torde kunna dra slutsatsen att den verksamhet som blivit utredd inte ansetts otillåtet konkurrensbegränsande. Av förordningsförslaget framgår emellertid att sådana beslut endast är bindande för den konkurrensmyndighet som fattat beslutet.⁹⁹ Således utesluts inte att verksamheten på nytt utreds av en konkurrensmyndighet i en annan medlemsstat. I situationer där företag bedriver verksamhet med verkningar i fler än en medlemsstat innebär således ett beslut om icke ingripande endast en ytterst liten grad av rättsäkerhet. Vidare kan frågan ställas vad som händer då ett beslut om icke ingripande meddelats av en nationell konkurrensmyndighet och samma myndighet senare uppdras av en annan konkurrensmyndighet att utreda den

⁹⁸ Intervju med Monica Widegren, avdelningschef för Internationella Sekretariatet, Konkurrensverket, Stockholm, 1 april 2003.

⁹⁹ Förordningsförslaget s 11.

verksamhet som omfattas av beslutet. Den utredande myndighetens beslut om icke ingripande bör i ett visst avseende utgöra hinder för vidare utredning. Å andra sidan skall utredningen utföras för en annan myndighets räkning, vars behov av utredning måste ses i annan kontext. Som indikerats tidigare kan ett företags verksamhet variera från en medlemsstat till en annan. Det är möjligt att den uppdragande myndigheten finner att verksamheten är konkurrensbegränsande och att villkoren för undantag inte är uppfyllda. Således kan ett avtal åtnjuta beslut om icke ingripande i en medlemsstat samtidigt som det anses otillåtet konkurrensbegränsande i en annan. Härigenom uppstår en till synes oundviklig genre av divergerande rättstillämpning. Motiveringen bakom de positiva beslutens karaktär torde kunna förklaras enligt följande. Beslut om förbud, godtagande om åtagande och om återkallelse av gruppundantag har direkta återverkningar på dem som delges besluten. Det anses därför viktigt att nyssnämnda beslut följer en allmän praxis. Det är också därför som det föreskrivs skyldighet att samråda med kommissionen innan dylika beslut fattas.¹⁰⁰ Ett beslut om icke ingripande anses däremot endast ha indirekta återverkningar varför kravet på enhetlighet i viss omfattning sänks. Den följdriktiga konsekvensen härav blir således ett accepterade av till viss del oförenliga beslut.

6.5 Legalundantagets legalitet

6.5.1 Inledning

Sedan ikraftträdandet av förordning 17/62 har kommissionen haft exklusiv behörighet att tillämpa art 81(3). Att bestämmelsen under förordning 1/2003 görs direkt tillämplig kan därför påstås vara den mest banbrytande förändringen. Den direkta tillämpligheten har emellertid inte varit självklar och dess förenlighet med gemenskapsrättens allmänna principer har ifrågasatts. Bland annat har tyska kritiker argumenterat för att det är omlämpligt, om inte omöjligt att göra art 81(3) direkt tillämplig.¹⁰¹ Det har till och med föreslagits att det faktum att art 81(3) placerats efter art 81(2) torde utgöra tecken på att EGF föreskriver ett system med central undantagsprövning.¹⁰² Nedan följer en diskussion kring bestämmelsens möjligheter till direkt tillämplighet och direkt effekt. Inledningsvis ges en övergripande redogörelse för innebörden av direkt effekt och direkt tillämplighet.

¹⁰⁰ Förordningsförslaget s 11.

¹⁰¹ C-D. Ehlermann, I. Atanasiu: *The Modernisation of E.C Antitrust Law; Consequences for the Future Role and Function of the E.C Courts*, E.C.L.R, 2002, nr 3, s73.

¹⁰² M. Gustavsson: *Some Legal Implications Facing the Realisation of the Commission White Paper on Modernisation of EC Antitrust Procedure and the Role of National Courts in a Post-White Paper Era*, *Legal Issues of Economic Integration*, 27(2), 2000, s 164.

6.5.2 Direkt tillämplighet och direkt effekt

I den juridiska litteraturen ges konceptionerna direkt tillämplighet och direkt effekt stundom en synonym innebörd. Begreppen har emellertid tillräckliga skillnader för att särskiljas. Att en bestämmelse är direkt tillämplig innebär inte alltid att den har direkt effekt. En bestämmelse med direkt tillämplighet stammar direkt från ett internationellt avtal och är inte i behov av någon vidare implementering eller inkorporering för att vara en del av den nationella rätten. Således är de bestämmelser som återfinns i EGF ursprungligen direkt tillämpliga. Vidare framgår av art 249 EGF att förordningar skall vara direkt tillämpliga.¹⁰³

En bestämmelse med direkt effekt kännetecknas inledningsvis av att den kan ge upphov till individuella rättigheter och skyldigheter vilka kan åberopas inför nationella domstolar och myndigheter. För att en bestämmelse skall ha direkt effekt krävs emellertid att ytterligare förutsättningar är för handen. Inledningsvis krävs att bestämmelsen är ovillkorlig. Vidare krävs att eventuella övergångsperioder gått till ända. Slutligen krävs att regelns innebörd är klar och precis. Bestämmelsen får således inte innehålla moment av lämplighetsbedömning. Kriterierna kan sägas ha framsprungit ur *Van Gend en Loos*-målet.¹⁰⁴ Den större delen av EGF:s centrala regler kring de fyra friheterna har tillerkänts direkt effekt. Begränsningen av antalet regler med direkt effekt motiveras bland annat av målsättningen att skapa en enhetlig rättstillämpning.¹⁰⁵ Den enhetliga rättstillämpningen uppställer krav på att de nationella rättstillämparna är kapabla att uppskatta gemenskapsbestämmelsernas exakta räckvidd.¹⁰⁶

6.5.3 Artikel 81(3) och direkt tillämplighet

Det faktum att art 81(3) stammar direkt från EGF och inte är i behov av någon ytterligare implementering torde innebära att den är direkt tillämplig. Av fördragets art 83(2)(b) följer en möjlighet för kommissionen att med stöd av rådet fastställa regler om hur art 81(3) närmare skall tillämpas. Sådana regler skall utformas med beaktande av en effektiv övervakning och ett enkelt administrativt förfarande. Genom art 9(1) förordning 17/62 fastslogs att endast kommissionen skall ha behörighet att tillämpa art 81(3). Härmed undantogs bestämmelsen från den direkta tillämpligheten. Det är således genom förordning 17/62 som den nu gällande tillämpningsmekanismen har uppkommit. Den följer inte av art 81(3) i sig. Genom upphävandet förordning 17/62 görs bestämmelsen direkt tillämplig. Den direkta tillämpligheten av art 81(3) torde emellertid inte vålla något större

¹⁰³ Vad som egentligen avsetts med begreppet direkt tillämplighet i art 249 har diskuterats flitigt. Somliga menar att art 248 egentligen syftar till att förlåna förordningar direkt effekt

¹⁰⁴ Mål 26/62, *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR s 03.

¹⁰⁵ Se generaladvokatens uttalande i *Van Gend en Loos*, not 91.

¹⁰⁶ P. Craig, G. De Burca: *EU Law; Text, Cases and Materials*, 2nd edn, s 162.

huvudbry. Problematiken uppstår snarare vid bedömningen av vilka konsekvenser den direkta tillämpligheten kan medföra.

6.5.4 Artikel 81(3) och direkt effekt

6.5.4.1 Diskretionärt bedömningsutrymme

Som påtalats tidigare har kriterierna för den direkta effekten framsprungit ur Van Gend en Loos-målet¹⁰⁷ och sedan dess varit vägledande för doktrinen om direkt effekt. En prövning av möjligheterna att tilldela art 81(3) direkt effekt torde därför utgå från de kriterierna. Art 81(3) uppfyller med stor sannolikhet såväl det första som det andra kriteriet. Bestämmelsen fordrar inga kompletterande åtgärder för att kunna tillämpas och några övergångsperioder finns inte att beakta. Det eventuella hindret torde ergo ligga i bedömningen av bestämmelsens precision och tydlighet. Analysen av ett konkurrensbegränsande avtals positiva respektive negativa verkningar på marknaden lämnar ett tämligen stort utrymme för diskretionära bedömningar. Art 81(3) lämnar upp till den beslutande instansen att avgöra om de villkor som uppställs i bestämmelsen är uppfyllda eller ej. Det diskretionära bedömningsutrymmet kan i sig utgöra hinder för att tilldela art 81(3) direkt effekt.

Vidare kan frågan ställas om en bedömning enligt art 81(3) endast får inbegripa de faktorer som uttryckligen omnämns i bestämmelsen. Om rättstillämparen i sin tillämpning av art 81(3) är hänvisad till de explicit angivna faktorerna kvarstår fortfarande ett tämligen vitt bedömningsutrymme. Det torde dessutom vara rimligt att anta att den nationelle rättstillämparen beaktar faktorerna i art 81(3) från ett nationellt perspektiv. Vidare finns det en risk för att rättstillämparen trots en hänvisning till de uttryckligt angivna faktorerna beaktar nationella element som inte går att utläsa direkt av bestämmelsen. Förekomsten av faktorer som de facto kan vara tjänliga i bedömningen men som utelämnats från art 81(3) förklaras enklast genom att konkurrenspolitiken existerar i symbios med en rad andra politiska områden. Bland annat torde konkurrenspolitiken vara starkt sammankopplad med nationella ekonomiska och sociala intressen.¹⁰⁸ Därför är det inte alltid givet att gemenskapsintresset är överensstämmande med det nationella. Härav kan det förefalla näst intill omöjligt att garantera en enhetlig tillämpning av art 81(3). För att undvika att nationella beslut strider mot gemenskapsintresset torde en kontroll av samtliga nationella beslut erfordras. Beslut från de nationella konkurrensmyndigheterna kan visserligen prövas vid nationella domstolar. Vid en sådan prövning kan domstolen utreda huruvida tillåtna parametrar använts eller ej. På ett motsvarande sätt kan konkurrensmyndigheterna, och i vissa fall

¹⁰⁷ Mål 26/62, *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963]

ECR s 03. .

¹⁰⁸ O. Okeghehe: *Article 81(3) Discretion and Direct and Effect*, E.C.L.R., nr 1, 2002, s 24.

kommissionen, kontrollera att de nationella domstolarna använder sig av tillåtna faktorer i bedömningar enligt art 81(3). Det tycks emellertid endast vara i de fall där kommissionen lämnar yttranden som den enhetliga rättstillämpningen skyddas. Det bör nämligen inte vara orimligt att anta att de nationella rättstillämparna tagit intryck av samma nationella faktorer vars användande kan vara omtvistligt.

Den direkta effekten av art 81(3) kan således ifrågasättas med hänvisning till den oprecisa formuleringen och det stora utrymmet för diskretionär bedömning. Anledningen till att bestämmelsen genom förordning 17/62 framtogs en direkt tillämplighet och direkt effekt var att den innehöll ett för stort tolkningsutrymme. Ett central tillämpning av art 81(3) ansågs därför nödvändigt för att garantera den enhetliga rättstillämpningen.¹⁰⁹ I dagsläget menar emellertid kommissionen att fyrtio års enhetlig rättstillämpning av art 81(3) gett en tillräckligt klar bild av hur bestämmelsen skall tillämpas.¹¹⁰ Ett sådant argument kan emellertid ifrågasättas då den övervägande delen av ärenden som inbegripit tillämpningen av art 81(3) avslutats informellt och därmed inte varit föremål för granskning.

6.5.4.2 Lagtekniska spörsmål

En grupp av kritiska argument som framförts mot att tilldela art 81(3) direkt effekt baseras på renodlat lagtekniska grunder. I vitboken anges att en rådsförordning kan användas för att tilldela en gemenskapsregel direkt effekt.¹¹¹ Detta kan sägas vara en minst sagt spännande och utmanande idé. Kommissionen hävdade i vitboken att förordning 17/62 skapade ett system baserat på en allmän direkt tillämplighet.¹¹² Detta föranleder givetvis frågan om förordning 17/62 är källan till den direkta effekten eller om förordningen endast bekräftar den. Av uttalandena i *Bosch v. Rijn*¹¹³ tycks det dock stå klart att art 81(1) hade direkt effekt av sin natur och att förordning 17/62 endast bekräftade den. Genom lydelsen i art 9(1) förordning 17/62 framtogs art 81(3) möjligheten till direkt effekt och EGD gavs därför aldrig möjlighet att pröva om bestämmelsen kunde anses ha direkt effekt eller ej. Stadgandet i art 9(1) möjliggjordes genom fördragets art 83(2)(b) EGF. Det är således möjligt att hindra en bestämmelse från att ha direkt effekt men frågan är om det genom ifrågavarande bestämmelse är möjligt att tilldela en bestämmelse direkt effekt. Om svaret är jakande återstår det att se om rådet och kommissionen är bundna av de kriterier som uppställts av EGD.

Kommissionen har genomgående hävdade att trots att förordning 1/2003 medför stora förändringar fordras ingen ändring av EGF. Att art 81(3) görs direkt tillämplig och tilldelas direkt effekt är inte tillräckliga motiv för att ändra fördraget. Tillämpningsmekanismerna under såväl förordning 17/62

¹⁰⁹ O. Okeghehe: *Article 81(3) Discretion and Direct and Effect*, E.C.L.R., nr 1, 2002, s 24.

¹¹⁰ Vitboken s 32.

¹¹¹ Vitboken, s 28.

¹¹² Vitboken s 3.

¹¹³ Mål nr 13/61, *Bosch mot Rijn*.

som förordning 1/2003 är enligt kommissionen kompatibla med lydelsen i art 81. Bestämmelsen stammar från en kompromiss mellan de olika medlemsstaterna under konferensen i Messina 1955¹¹⁴. Således är lydelsen en förlikning mellan de parter som förespråkade ett direkt tillämpligt undantagssystem och de som förordade ett system med central undantagsprövning. Trots detta kan det ifrågasättas huruvida lydelsen tillåter ett direkt tillämpligt undantag. Av art 81(3), första meningen framgår att förbudet i art 81(1) får *förklaras* icke tillämpligt. Formuleringen ges vissa indikationer på att ett undantag endast kan aktualiseras efter någon form av administrativ åtgärd. Det är emellertid osäkert om indikationerna är tillräckligt starka för att utesluta att undantaget görs direkt tillämpligt. Det skall i sammanhanget erinras om att det formella beslutsförfarandet inte till fullo avskaffas. Det kan dessutom argumenteras för att möjligheterna till formella undantag kan sägas ha ökat då kommissionens exklusiva behörighet att tillämpa art 81(3) avskaffats.

En intressant infallsvinkel avseende art 81(3) och dess direkta attribut är hur EGD tillämpat bestämmelsen. En närmare studie av domstolens ståndpunkt skulle med största sannolikhet visa på en praxis som erkänt ett system med central undantagsprövning.¹¹⁵ Så efter att på ett eller annat sätt konstaterat det självklara torde slutsatsen kunna dras att domstolen uteslutit en möjlighet till ett direkt tillämpligt undantag. Det finns dock ett undantag som kan vara värt att belysa. Innan förordning 17/62 trädde ikraft tillämpade EGD ett system med vissa tecken på ett direkt tillämpligt undantag. Avtal som ingåtts innan förordning 17/62 trädde ikraft skulle anmälas till kommissionen för att bli godkända. Frågan uppstod givetvis om dessa avtal skulle vara giltiga från anmälningstillfället till dess ett beslut om undantag meddelades. Om de inte ansetts giltiga skulle det finnas en viss diskrepans mellan dessa avtal och de som ingåtts efter det förordning 17/62 trädde ikraft. Det blev EGD:s uppgift att besvara frågan. Domstolen fastslog i *Bosch v. Rijn*¹¹⁶ att avtal som existerat innan förordningen trädde ikraft inte skulle förklaras ogiltiga endast på grunden att de träffades av art 81(1). Avtalen var att betrakta som preliminärt giltiga om de anmälts till kommissionen i behörig ordning.¹¹⁷ Avtalen var således giltiga tills domstolen fattat beslut om motsatsen. Det är viktigt att påpeka att giltigheten av ett avtal tillfälligt upprätthölls intill dess att en solid giltighet åstadkoms genom beslut om undantag. Trots att systemet endast tillämpades under en kort period kan det tas som intäkt för att ett direkt tillämpligt undantagssystem inte kan uteslutas.

¹¹⁴ Messinamötet betecknas vanligtvis som det egentliga startskottet för den europeiska integrationen. Mötet resulterade bland annat i *Fördraget om Europeiska ekonomiska gemenskapen, EEG*.

¹¹⁵ J. Appeldoorn: *Are the Proposed Changes Compatible with Article 81(3) E.C.*, E.C.L.R., nr 9, 2001, s 401.

¹¹⁶ Mål nr 13/61, *Bosch mot Rijn*.

¹¹⁷ Mål nr 13/61, *Bosch mot Rijn*.

6.6 Officiella målsättningar

I vitboken anger kommissionen en rad olika brister med det tillämpningssystem som föreskrivs i förordning 17/62. Vidare uppräknas en rad olika metoder för avhjälpning av de identifierade bristerna. Det är emellertid endast en av de föreslagna metoderna som av kommissionen anses inrymma tillräckliga medel för att tillfredställa de konstaterade behoven. De övriga alternativen ger däremot inte intryck av att vara verklighetssinnade reformförslag. De ger snarare intryck av att fylla ett slags fullständigande funktion. Det torde därmed inte råda någon tvekan om att kommissionen i ett tämligen tidigt skede hade bestämt sig för att realisera det så kallade femte förslaget. Frågan kan då ställas vilka möjligheter förordning 1/2003 ger att leva upp till de målsättningar som angavs i vitboken och sedermera i förordningsförslaget.

Den sannolikt mest framträdande målsättningen med reformen har varit en effektivisering av tillämpningssystemet. Det bör således undersökas vilka effektiviserande moment förordningen bjuder. Inledningsvis bör det konstateras att avskaffandet av notifieringsförfarandet kommer att verka i effektiviserande riktning. Frigörandet av resurser öppnar möjligheter för kommissionen att i större utsträckning än tidigare fokusera på allvarigare överträdelse. Vidare innebär den direkta tillämpligheten av art 81(3) att ett större antal ärenden kommer att kunna behandlas på nationell nivå och därmed minska ianspråktagandet av kommissionens resurser. Dessutom är det tänkbart att det ökade samarbetet mellan medlemsstaternas konkurrensmyndigheter kan bidra till en effektivisering. Genom att de nationella konkurrensmyndigheterna i större omfattning än tidigare bistår varandra kan potentiella jurisdiktionsrelaterade problem, vilka tidigare påkallade inblandning av kommissionen, elimineras.

Undersökningen av i vilken utsträckning förordning 1/2003 innebär en effektivisering kan emellertid inte stanna vid konstaterandet av rationaliserande element. Hänsyn måste även tas till introduktionen av tidigare oprövade åtgärder och procedurer. Exempelvis kan kommissionens mer framstående roll som förhandsgranskare av nationella beslut och ärenden komma att konsumera stora resurser. Särskilt tydligt kan en dylik konsumtion framstå om den ställs mot sannolikhetsgraden av ett ökat antal ärenden på nationell nivå. Det finns en rad olika faktorer som talar för en sådan ökning. Först och främst kommer det direkt tillämpliga undantaget sannolikt att minska antalet ärenden som påkallar kommissionens handläggning. Följden härav torde vara en ökning av nationella ärenden. Vidare kan den nya regleringen av förhållandet mellan nationell rätt och gemenskapsrätt förmodas leda till fler ärenden vars beslut kräver granskning av kommissionen. Förhandsgranskningen kan därför komma att binda upp stora delar av de resurser som frigjorts genom avskaffandet av notifieringsförfarandet. Till yttermera visso kan de nationella instansernas möjligheter att begära yttranden från kommissionen visa sig göra stora

anspråk på resurser. Framför allt kan den bristande erfarenheten på nationell nivå vad gäller art 81(3) föranleda ett stort behov av yttranden. Om avsaknaden av erfarenhet visar sig vara större än kommissionen förväntat finns en risk för att den tvingas avsätta betydande resurser till att bistå de nationella rättstillämparna. Om riktigheten i dessa antaganden förutsätts kan kommissionens breddade roll som förhandsgranskare bli till en motsvarande stötesten som notifieringssystemet var under förordning 17/62.

Det har under reformarbetet påtalats att gemenskapens konkurrenskultur har nått det stadium av utveckling där det synes nödvändigt att tilldela de nationella rättstillämparna en mer framträdande roll. En målsättning med förordning 1/2003 har därmed varit att införa decentraliserande moment. Det tydligaste inslaget av decentralisering utgörs av den direkt tillämpliga undantagsregeln. Den tidigare begränsningen av de nationella rättstillämparnas behörighet avskaffas vilket placerar dem något närmare kommissionen i den hierarkiska strukturen. Däremot har det tydliggjorts att kommissionen bibehåller sin roll som skapare av riktlinjer och politik för hur reglerna skall tillämpas. Därtill kommer skyldigheten för de nationella rättstillämparna att informera kommissionen om vilka beslut som står i begrepp att fattas. Ifrågavarande skyldighet kan ses som ett uttryck för att kommissionen i dagsläget inte är redo att till fullo decentralisera systemet. Den nationella tillämpningsbehörigheten kommer att utökas men med reservation för att kommissionen bereds plats att ingripa mot tillämpning den finner otillbörlig. I sammanhanget är det emellertid viktigt att undersöka hur rättssystemet fungerat utan möjligheten för kommissionen att ingripa. Sannolikt hade risken för en divergerande rättstillämpning ökat avsevärt. Dessutom är det svårt att föreställa sig hur kommissionen på något sätt kan avsäga sig den roll den haft sedan ikraftträdandet av EGF. Därför bör frågan om den nya förordningens decentraliserande moment besvaras mot bakgrund av det faktum att ett medlemskap i gemenskapen förutsätter ett visst mått av central styrning. I förhållande till tidigare reglering torde förordning 1/2003 därför framstå som en landvinning för decentraliseringsprocessen.

Ytterligare en målsättning med förordning 1/2003 har varit att erbjuda företagen en rimlig grad av rättsäkerhet. Ur rättsäkerhetsperspektiv är det viktigt att påtala att den nya förordningen placerar ett större ansvar på företagen än vad som tidigare gjorts. De europeiska företagen är under förordning 1/2003 mer beroende än tidigare av egenhändigt utförda juridiska analyser och bedömningar. Genom att notifieringsförfarandet avskaffas och därmed vissa möjligheter till immunitet från böter, förlorar företagen en viss grad av rättslig säkerhet. Samtidigt skall det beaktas att det direkt tillämpliga undantaget i kombination med ett avskaffat undantagssystem även kan leda till en ökad rättsäkerhet. Utevaron av en anmälan kommer inte längre att utesluta möjligheterna till undantag. Härigenom kan en ny dimension av rättsäkerhet sägas ha skapats. Ur detta perspektiv kan graden av rättsäkerhet sägas vara intakt. Diskussionen kring rättsäkerhet innefattar emellertid även risken för divergerande rättstillämpning. Det har tidigare argumenterats för

att en ifrågavarande risk de facto föreligger. Det torde dock i dagsläget vara omöjligt att med visshet säga hur stor den är. Om kommissionens förutsägelser är riktiga är den eventuella förekomsten av inkonsekvent rättstillämpning tillräckligt liten för att inte sänka graden av rättsäkerhet. Om prognoserna däremot visar sig vara felaktiga finns en uppenbar risk för att måttet av rättsäkerhet krymper.

7 Avslutande kommentarer

Det är otvivelaktigt att förordning 17/62 under de senare åren hindrat en effektiv övervakning av gemenskapens konkurrensregler. Systemet är föråldrat och bygger i vissa delar på inaktuella marknadsförutsättningar. De europeiska företagen har uppmärksammat bristerna och till viss del utnyttjat dem för egen vinning. Således har förordningen inte kunnat erbjuda en tillräckligt effektiv tillämpning för att hindra förekomsten av konkurrensbegränsningar på den gemensamma marknaden.

Genom förordning 1/2003 kommer många av de brister som förknippats med förordning 17/62 att avlägsnas. Införandet av ett legalundantag med ett avskaffat notifieringsförfarande till följd, kommer sannolikt att främja en mer effektiv övervakning. Inledningsvis kommer omställningen sannolikt att medföra en viss ökning av arbetsbörda för de nationella instanserna. Det torde dock vara omöjligt att anta ett system som omkullkastar i princip all tidigare praxis utan att vissa umbäranden måste göras. Dessutom kan den ökade arbetsbördan för de nationella övervakarna och rättstillämparna antas avta med tiden. Däremot kan ärendefördelningen under förordning 1/2003 komma att bli ett mer varaktigt dilemma. Kombinationen av en utökad behörighet för de nationella rättstillämparna och en vagt formulerad fördelningsprincip riskerar att leda till onödiga fördröjningar av handläggningar och utredningar av ärenden. Därför är det inte förvånande om förordning 1/2003 inom en snar framtid uppvisar tecken på behov av komplettering i detta avseende. Detsamma torde gälla för skyddet mot divergerande rättstillämpning. Förordningen erbjuder ett skydd mot uppenbara avvikelser. Däremot finns en risk för att mindre diskrepanser kan passera obemärkta. Sålunda är det inte omöjligt att kommissionen kommer att anta förtydligande dokument till skydd för den enhetliga rättstillämpningen.

Förordning 1/2003 framstår i förhållande till förordning 17/62, trots vissa brister, som en långt mer anpassad och effektiv reglering. Det är emellertid sannolikt att tilltron till förordning 1/2003 idag är lika stark som tilltron var till förordning 17/62 för 40 år sedan. Historien har sedan dess utpekat en rad brister som lagstiftaren svårligen kunde ha beaktat vid utformandet av förordningen. Att förneka risken för att detsamma kommer att ske gällande förordning 1/2003 torde vara något överilat. Detta till trots öppnar den nya regleringen upp för nya möjligheter till uppdagande och bekämpande av konkurrensbegränsningar på den gemensamma marknaden. Dessutom kan förordning 1/2003 anses ha goda möjligheter att bevara den gemensamma marknad som förordning 17/62 varit med om att bygga upp.

Litteraturförteckning

Böcker

Bellamy, Sir C., Child, G: *European Community Law of Competition*, 4th edn., Sweet & Maxwell, London 1993.

Ortiz, Luis O.: *E.C. Competition Procedure*, Clarendon Press, Oxford 1996.

Craig, Paul, de Burca, Grainne: *EU Law; Text, Cases and Materials*, 2nd edn., University Press, Oxford, 1998.

Faull, Jonathan, Nikpay, Ali: *The EC Law of Competition*, University Press, Oxford, 1999.

Kerse, Christopher S.: *E.C. Antitrust Procedure*, 4th edn., Sweet & Maxwell, London 1998.

Artiklar

Appeldoorn, Jochen: *Are the Proposed Changes Compatible with Article 81(3) E.C.?*, E.C.L.R. nr 9, 2001, s 400.

Bourgeois, Jaques H.J., Humpe, Christophe: *The Commission's Draft "New Regulation 17"*, E.C.L.R. nr 3, 2002, s 43.

Ehlermann, C.D, Atansiu, I: *The Modernisation of E.C. Antitrust Law; Consequences for the Future Role and Function of the E.C. Courts*, E.C.L.R. nr 3, 2002, s 72.

Gustavsson, Magnus: *Some Legal Implications Facing the Realisation of the Commission White Paper on Modernisation of EC Antitrust Procedure and the Role of National Courts in a Post-White Paper Era*, Journal of World Competition, 27(2), 2000, s 159.

Holmes, Katherine: *The E.C. White Paper on Modernisation*, Journal of World Competition, 23(4), 2000, s 51.

Kingston, Suzanne: *A "new division of responsibilities" in the proposed regulation to modernise the rules implementing Articles 81 and 82 E.C.? A warning call*, E.C.L.R. nr 8, 2001, s 344.

Okeghene, Odudu: *Article 81(3), Discretion and Direct Effect*, E.C.L.R. nr 1, 2002, s 17.

Wahl, Nils: *Kommissionens förslag till modernisering av konkurrensreglerna (eller var det harmonisering?)*, Europarättslig tidskrift nr 2, 2001, s 227.

Wissman, Tim: *Decentralised Enforcement of E.C. Competition Law and the Policy on Cartels*, *Journal of World Competition*, 23(2), 2000, s 123.

Material från kommissionen

XVth Report on Competition Policy, 1985.

XVIth Report on Competition Policy, 1986.

XVIIth Report on Competition Policy, 1987.

XXIth Report on Competition Policy, 1991.

Pressmeddelande; Konkurrens: *Kommissionen föreslår en förordning som i grunden ändrar systemet för tillämpningen av fördragets artiklar 81 och 82*, Bryssel, 2000, IP/00/1064.

Tal av Mario Monti den 27 november 2000, Trier, Speech//00//46, (tillgängligt på www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/, senast besökt maj 2003).

Utkast till tillkännagivande enligt artikel 19.3 i rådets förordning nr 17 i ärende IV/36.533/F-3 - Yves Saint Laurent Parfums, [1998] EGT C 120/2.

Övrigt

Intervju med Monica Widegren, avdelningschef för Internationella Sekretariatet, Konkurrensverket, Stockholm, 1 april 2003.

House of Lords Select Committee Report of the 29th of February 2000.

Bundeskartellamt: *Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendungen des EG-wettbewerbsrecht*, Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 8. und 9. Oktober 1998.

Rättsakter från EG

Rådets förordning nr 17, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT L 13 21.2.1962.

Kommissionens tillkännagivande om exklusiva agenturavtal med handelsagenter, EGT 139, 24.12.1962.

Kommissionens tillkännagivande om avtal beslut och samordnade förfaranden avseende samarbete mellan företag, EGT C 75, 29.7.1968.

Commission Notice of 27 May 1970 concerning agreements, decisions and concerted practices of minor importance which do not fall under Art 85.1 of the Treaty Establishing the European Economic Community, EGT C 64, 2.6.1970 (samt uppdateringarna EGT C 313 29.12.1977 s 3, EGT C 231 12.9.1986 s 2 och EGT C 372 9.12.1997, s 13).

Kommissionens förordning (EEG) nr. 4087/88 av den 20 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av franchiseavtal, EGT L 359 28.12.1988.

Rådets förordning (EEG) 4064 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer EGT L 395 30.12.1989.

Kommissionens förordning (EG) nr. 3385/94 av den 21 december 1994 om form, innehåll och övriga detaljer beträffande ansökningar och anmälningar som fastställts i rådets förordning nr 17, EGT L 337 31.12.94.

Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, EGT C 340 10.11.1997 (konsoliderad version).

Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, EGT C 132 12.5.99.

Förslag till rådets förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i art 81 och 82 i fördraget och om ändring av förordningarna (EEG) nr. 1017/68, (EEG) nr. 2988/74, (EEG) nr. 4056/86 och (EEG) nr 3957/87, Bryssel den 27.9.2000, KOM (2000).

Kommissionens förordning (EG) nr 1400/02 av den 31 juli 2002 om tillämpningen av art 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn, EGT L 203 01.08.2002.

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 001 04.01.2003.

Rättsfallsförteckning

Mål från Europeiska gemenskapens domstol

Mål nr 13/61, *Bosch mot Rijn*.

Mål nr 26/62 [1963] ECR s 03 *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen*.

Mål nr 56 & 58/84 [1966] ECR s 299 *Consten Sarl & Grundig-Verkaufs GmbH mot Kommissionen*.

Mål nr 14/68 [1969] ECR s 01 *Walt Wilhelm mot Bundeskartellamt*.

Mål nr 5/69 [1969] ECR s 295 *Franz Völk mot SPRL Etablissements J. Vervaecke*.

Mål nr 127/73 [1974] ECR 313 *BRT mot SABAM*.

Mål nr 99/79 [1980] ECR s 2511 *SA Lancôme and Cosparfrance Nederland BV mot Etos BV and Albert Heyn Supermart BV*.

Mål nr 126/80 [1981] ECR s 1563 *Salonia mot Poidomani*.

Mål nr 25-26/84 [1985] ECR 2725 *Ford Werke and Ford Europe Inc. mot Kommissionen*.

Mål nr 161/84 [1986] ECR s 353 *Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*.

Mål nr 75/84 [1986] ECR s 3021 *Metro-Sb Grossmarkte GmbH & Co JG mot Kommissionen*.

Mål nr 252/78 och 1-3/79 [1989] ECR s 2237 *Procureur de la République and others mot Bruno Gury and Guerlin SA and others*.

Mål nr C-234/89 [1991] ECR s I-00935 *Stergio Delimitis mot Henninger Bräu*.

Mål från Europeiska gemenskapens förstainstansrätt

Mål nr T-17/93 [1994] ECR II-595 *Matra Hachette SA mot Kommissionen*.

Beslut från kommissionen

Beslut IV/30.804 *Nuovo CEGAM* av den 30 mars 1984, EGT L [1984] 99/29.

Beslut IV/30.696 *Ford Werke AG* av den 16 november 1938, EGT L [1983] 327/31.

Beslut IV/A-00061 *Grosfillex-Fillistorf* av den 11 mars 1964, EGT L [1964] 64/344.