



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Nina Gramming

Rätten till försvar under
Europeiska Kommissionens
utredning av brott mot EU:s
konkurrensregler

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Carl Michael Quitzow

Konkurrensrätt

Ht 2001

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| <u>FÖRKORTNINGAR</u> | 2 |
| <u>1 INLEDNING</u> | 3 |
| <u>1.1 Bakgrund</u> | 3 |
| <u>1.2 Presentation</u> | 3 |
| <u>1.3 Syfte</u> | 4 |
| <u>1.4 Metod och material</u> | 4 |
| <u>1.5 Avgränsningar</u> | 4 |
| <u>2 RÄTTIGHETER VID EN GRYNINGSRÄD</u> | 5 |
| <u>2.1 Kommissionens befogenheter</u> | 5 |
| <u>2.2 Begränsningar i Kommissionens befogenheter</u> | 6 |
| <u>2.3 Samarbetsplikt</u> | 8 |
| <u>2.4 Samarbete med nationella myndigheter</u> | 9 |
| <u>2.5 Europakonventionen och Kommissionens inspektion</u> | 10 |
| <u>2.5.1 EG-domstolen och Europakonventionen</u> | 10 |
| <u>2.5.2 Tillämpning av Europakonventionens artikel 8 i konkurrenssammanhang</u> | 11 |
| <u>2.6 Kommissionens förslag till decentralisering</u> | 13 |
| <u>2.6.1 Förslagets syfte och huvudsakliga innehåll</u> | 13 |
| <u>2.6.2 Förslagets inverkan på Kommissionens befogenheter i samband med en inspektion</u> | 14 |
| <u>2.7 Förberedelser inför en eventuell gryningsråd</u> | 15 |
| <u>3 RÄTTIGHETER VID BEGÄRAN OM UPPGIFTER</u> | 17 |
| <u>3.1 Rätt till korrespondens med advokat</u> | 17 |
| <u>3.1.1 En princip utvecklad genom praxis</u> | 17 |
| <u>3.1.2 Kriterier</u> | 18 |
| <u>3.1.3 Affärshemligheter</u> | 20 |
| <u>3.1.4 Riskområden</u> | 21 |
| <u>Rätt att inte ange sig själv</u> | 21 |
| <u>3.1.5 Plikt att aktivt samarbeta</u> | 21 |
| <u>3.1.6 Fallet Orkem</u> | 22 |
| <u>3.1.7 Vilken typ av frågor är inte tillåtna?</u> | 23 |
| <u>3.1.8 Europakonventionen</u> | 24 |

| | | |
|-------------------|---|-----------|
| <u>4</u> | <u>RÄTTIGHETER UNDER DET KONTRADIKTORISKA FÖRFARANDET</u> | 29 |
| <u>4.1</u> | <u>Inledning</u> | 29 |
| <u>4.2</u> | <u>Tillgång till Kommissionens akt</u> | 29 |
| <u>4.2.1</u> | <u>Inledning</u> | 29 |
| <u>4.2.2</u> | <u>Meddelande om anmärkningar</u> | 29 |
| <u>4.2.3</u> | <u>Utveckling av principen om jämlikhet i medel</u> | 31 |
| <u>4.2.4</u> | <u>Tillgång till Kommissionens akt:</u> | 32 |
| <u>4.2.5</u> | <u>Begränsningar -vilka dokument omfattas av sekretess?</u> | 33 |
| <u>4.2.5.1</u> | <u>Inledning</u> | 33 |
| <u>4.2.5.2</u> | <u>Vad säger fördrag och förordningar?</u> | 34 |
| <u>4.2.5.3</u> | <u>Vad säger praxis?</u> | 35 |
| <u>4.3</u> | <u>Rätt att bli hörd</u> | 37 |
| <u>4.3.1</u> | <u>Inledning</u> | 37 |
| <u>4.3.2</u> | <u>Det skriftliga svaret</u> | 38 |
| <u>4.3.3</u> | <u>Det muntliga förhöret</u> | 39 |
| <u>4.3.3.1</u> | <u>Representation och närvaro</u> | 39 |
| <u>4.3.3.2</u> | <u>Förhørsombudet</u> | 40 |
| <u>4.3.3.3</u> | <u>Genomförandet</u> | 41 |
| <u>4.3.3.4</u> | <u>Den Rådgivande kommittén</u> | 42 |
| <u>5</u> | <u>SLUTSATS</u> | 43 |
| <u>6</u> | <u>KÄLLFÖRTECKNING</u> | 47 |
| <u>6.1</u> | <u>Litteratur</u> | 47 |
| <u>6.2</u> | <u>Artiklar</u> | 48 |
| <u>6.3</u> | <u>Förordningar</u> | 48 |
| <u>6.4</u> | <u>Material från Kommissionen</u> | 49 |
| <u>6.5</u> | <u>Övrigt</u> | 49 |
| <u>7</u> | <u>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</u> | 51 |
| <u>7.1</u> | <u>Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt</u> | 51 |
| <u>7.2</u> | <u>Europeiska gemenskapernas domstol</u> | 51 |
| <u>7.3</u> | <u>Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna</u> | 53 |

Förkortningar

| | |
|----------|---|
| AG | Aktiengesellschaft |
| Amst.F | Amsterdamfördraget om ändring av Fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättande av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem |
| CCBE | The Council of the Bars and Law Societies of the European Union |
| CFI | Court of First Instance of the European Union |
| C.M.L.R | Common Market Law Report |
| DG | Directorate General |
| ECJ | Court of Justice of the European Union |
| E.C.R | European Court Report |
| EG | Europeiska gemenskapen |
| EGT | Europeiska gemenskapernas officiella tidning |
| EKMR | Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna |
| ERT | Europarättslig tidskrift |
| EU | Europeiska unionen |
| Fo | Förordning |
| GD | Generaldirektorat inom Kommissionen |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| JO | Journal Officiel des Communautés Européennes |
| LVM | Förstainstansrättens dom i målet Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl. mot Europeiska kommissionen |
| Maastr.F | Maastrichtfördraget |
| OJ | Official Journal of the European Communities |
| Reg. | Regulation |
| RomF | Romfördraget |

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund

Mitt intresse för EG-rätt väcktes under juristprogrammets internationella termin och gjorde att jag våren 2001 valde att som Erasmusstudent vid Universitet Jean Moulin Lyon III läsa specialkurser inom detta ämne. Under ledning av Mme och Mlle Zampini deltog jag i en serie seminarier och en kurs i konkurrensrätt på maîtrise-nivå. I undervisningen behandlades frågor som är särskilt tvistiga eller oklara inom konkurrensrätten, däribland rätten till försvar. Vidare diskussioner med studenter och verksamma jurister inspirerade mig att i mitt examensarbete närmare utreda just denna aspekt av konkurrensrätten.

1.2 Presentation

För att garantera fri konkurrens inom Europeiska unionen har den Europeiska kommissionen (nedan omnämnd som Kommissionen) försetts med stora befogenheter att utreda och bekämpa eventuella överträdelser. Kommissionen utför detta arbete i två på varandra följande, men helt åtskilda förfaranden. Det första förfarandet består av en inledande undersökning och det andra är av kontradiktorisk karaktär. Det inledande undersökningsförfarandet har endast till syfte att ge Kommissionen en möjlighet att inhämta de upplysningar som behövs för att utreda om ett företag kan anses ha handlat rättsstridigt. Om Kommissionen bedömer det inhämtade materialet som anmärkningsvärt skickar den till det berörda företaget ett meddelande om anmärkningar och inleder därmed det kontradiktoriska förfarandet. Regler för detta förfarande finns i *"Kommissionens förordning nr 2842/98 om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget"* (nedan omnämnd som förordning 2842/98), medan mer allmänna bestämmelser om Kommissionens befogenheter stadgas i *"Rådets förordning nr 17/62 om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86"*.

Kommissionen är dessutom skyldig att följa Gemensksdomstolens praxis och beakta gemenskapsrättens grundläggande principer, vilket innebär att den i varje förfarande måste ta hänsyn till *företagets rätt till försvar*. En del av de principer som ryms under rätten till försvar aktualiseras endast under den kontradiktoriska fasen, medan andra även hänför sig till den inledande undersökningen.

1.3 Syfte

Eftersom det är fråga om ett område där Kommissionen innehar en oerhört stark ställning och där företagets behov och rättigheter lätt kommer i skymundan har jag valt att skriva den här uppsatsen utifrån företagets perspektiv. Företagets rätt till försvar kan delas in i flera mindre rättigheter, varav endast en finns nedlagd i förordning. Det har varit mitt syfte att kartlägga de övrigas utveckling och erkännande i praxis för att sedan, i vissa fall, komma in på hur rättigheterna bäst bevaras i praktiken. Beträffande den administrativa fasen fanns det länge de som inte ansåg rätten till försvar vara nödvändig, detsamma gällde behovet av en utomstående försvarare. Jag har därför även haft för avsikt att utreda hur företaget i tvistiga frågor kan hävda sin rätt, om det är tillräckligt att förlita sig på de egna bolagsjuristerna eller om framgång förutsätter att man anlitar en oberoende advokat. Vilken är överhuvudtaget advokatens roll genom förfarandet? Vad vinner man på att anlita en advokat? Kommer det att se annorlunda ut i framtiden?

1.4 Metod och material

Arbetet inleddes med att jag utifrån föreläsningssanteckningar i ämnet och med hjälp av Celex letade upp relevanta rättsfall. Praxis visade sig vara mycket rik på området och sträcker sig från 60-talet och fram till dags dato. Även i doktrin har skrivits en del, men det har ofta varit översködligt och kortfattat. För sökande efter aktuell information har Internet varit till stor hjälp, i synnerhet gemenskapsinstitutionernas hemsidor. Eftersom huvuddelen av det material som använts varit på engelska eller franska hade jag i början vissa svårigheter med att finna de svenska termerna. I många fall används ju också i det svenska språket de engelska termerna, men jag har valt att i mitt arbete hålla mig till de svenska.

Vilken typ av material som dominerat de olika delarna av uppsatsen har varierat beroende på den aktuella rättighetens karaktär. De rättigheter som utvecklats genom praxis baserar sig av naturliga skäl på rättsfall, medan avsnittet om rätten att bli hörd nästan uteslutande grundar sig på doktrin. De delar som behandlar en framtida reform av konkurrensrätten har utarbetats med hjälp av aktuella artiklar och Kommissionens rapporter.

1.5 Avgränsningar

Rätten till försvar omfattar i vissa fall även tredje parter. För att göra denna uppsats så klar och koncentrerad som möjligt har jag dock begränsat mig till att bara beröra rättigheterna för det företag som är under utredning. I kapitlet om det muntliga förhöret nämns visserligen tredje mans möjligheter att få yttra sig, men bara i den mån det är av betydelse för det anklagade företaget. Vidare har jag av utrymmesskäl beslutat att inte närmare gå in på systemet med sanktioner.

2 RÄTTIGHETER VID EN GRYNINGSRÅD

2.1 Kommissionens befogenheter

Kommissionen inleder vanligtvis sin undersökning med en begäran om information. Med stöd av artikel 11.1 i förordning 17/62 har den rätt att vid misstanke om brott mot artikel 81 och artikel 82, AmstF, från företaget, nationella myndigheter samt tredje män begära alla nödvändiga upplysningar.¹ Kommissionen är enligt 11.3 förpliktigad att ange den rättsliga grunden för och syftet med begäran samt de sanktioner företaget riskerar. De som omfattas av skyldigheten att lämna begärda upplysningar är företagets ägare eller deras företrädare och, när det gäller juridiska personer och bolag eller sammanslutningar som inte är juridiska personer, de som är utsedda att företräda dem enligt lag eller stadgar (art. 11.4). Behörig myndighet i den medlemsstat där företaget har sitt säte skall alltid underrättas om begäran genom en tillsänd en kopia, art.11.2.

Om ett företag eller en företagssammanslutning inte lämnar de begärda upplysningarna inom den tidsfrist som har fastställts av Kommissionen eller lämnar ofullständiga uppgifter, skall Kommissionen enligt artikel 11.5 *begära upplysningarna genom beslut*. I beslutet skall anges vilka upplysningar som begärs, fastställas en lämplig tidsfrist inom vilken upplysningarna skall lämnas och anges de påföljder som avses i artiklarna 15.1 b och 16.1 c samt upplysas om rätten att få beslutet prövat av domstol. Även här krävs att behörig nationell myndighet underrättas.

För att garantera utredningen full effektivitet har Kommissionen även befogenhet att, om det är nödvändigt, med stöd av artikel 14.1 förordning nr 17 genomföra en *inspektion* hos företaget. En sådan omfattar:

- 1) granskning av räkenskaper och andra affärshandlingar
- 2) kopiering av räkenskaper och affärshandlingar
- 3) begäran om muntliga förklaringar på plats
- 4) tillträde till vilka lokaler, vilken mark och vilka fordon som helst som används av företaget

Det finns inget hinder mot att inspektioner genomförs i flera länder samtidigt. Förfarandena enligt artikel 11 och artikel 14 är dessutom oberoende av varandra och Kommissionen kan utan problem efter en undersökning enligt artikel 14 begära ytterligare upplysningar med stöd av

¹ Ivo Van Bael & Jean-Francois Bellis, *Competition law of the EEC*, 1990, CCH Editions Ltd, p.1107

artikel 11.² Eftersom de flesta karteller är strikt hemlighållna och det i vissa fall finns väl utarbetade system för att varna andra företag³ dyker Kommissionens stab ofta upp oanmäld. Inspektionerna kallas därför *gryningsräder*, även om det är tveksamt om alla eller ens de flesta av dem genomförs i ottan.

2.2 Begränsningar i Kommissionens befogenheter

Kommissionens befogenheter är tämligen vittgående, men begränsas av villkor som skall säkerställa att de berörda företagens rättigheter iakttas. Kommissionen har inledningsvis en ganska omfattande *motiveringsplikt*, som stadgas i artikel 14.3, förordning nr 17, och i Amsterdamfördragets artikel 253. Amsterdamfördragets bestämmelse innehåller ett allmänt krav på att alla Kommissionens beslut skall vara motiverade och hänvisa till de förslag eller yttranden som inhämtats. Det skall klart och tydligt framgå hur man har resonerat, så att de som berörs av beslutet får kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen kan utöva sin prövningsrätt.⁴ Motiveringsplikten enligt förordning nr 17 hänför sig endast till beslut som fattats med stöd av denna förordning. Ett sådant undersökningsbeslut bör innefatta föremålet för och syftet med undersökningen, tid när den skall börja, påföljder som eventuellt kan väntas samt upplysning om rätten att få beslutet prövat av domstol.⁵ Kommissionen måste klart ange de förmodade överträdelserna,⁶ men är varken skyldig att meddela *all* information eller att vidta en strikt juridisk kvalifikation av överträdelserna.⁷ Eftersom motiveringsplikten innebär en grundläggande garanti för att de berörda företagens rätt till försvar iakttas kan undersökningens effektivitet emellertid aldrig utgöra giltig ursäkt för att göra avkall på motiveringens omfattning.⁸

De upplysningar som inhämtats under undersökningen får inte användas för andra ändamål än dem som anges i undersökningsfullmakten eller i beslutet om undersökning.⁹ Dock är det inte förbjudet för Kommissionen att inleda en undersökning i syfte att kontrollera eller komplettera uppgifter som den händelsevis fått kännedom om under en tidigare undersökning, om det av

² Orkem mot Europeiska kommissionen, 18 oktober 1989, mål 374/87 p.14, Solvay SA mot Europeiska kommissionen, 19 juni 1995, mål T-30/91, p.14

³ J.M. Joshua : "The Element of Surprise" (1983) 8 ELRev, 3, 5./ Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition law*, 2001, Oxford University Press, s.862

⁴ Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl. Kommissionen, Förstainstansrätten, 20 april 1999, förenade målen T-305/9, p.31

⁵ Hoechst AG m.fl. mot Europeiska kommissionen, 21 september 1989, mål 46/87 och 227/88, p.39-41

⁶ Dow Chemical Ibérica, SA, m.fl. mot Kommissionen, p. 8, 17 oktober 1989, förenade målen 97/87, 98/87 och 99/87.

⁷ Hoechst, p.41, enligt Van Bael p.1109 följer härav att Kommissionen *inte* är skyldig att definiera produktmarknad eller geografisk marknad.

⁸ Dow Chemical, p.8, Limburgse p.30

⁹ LVM, p.18

dessa uppgifter framgår att det förekommit beteende som strider mot fördragets konkurrensregler.¹⁰ När Kommissionen erhåller handlingar i ett ärende och använder dem som skäl för att inleda ett annat förfarande, har den dessutom rätt att med stöd av fullmakter eller beslut om undersökning avseende det senare förfarandet begära en ny kopia av dessa handlingar och använda dem som bevis i det senare ärendet.¹¹

I punkterna 2 och 3 i artikel 14 föreskrivs att undersökningarna kan genomföras efter uppvisande av en skriftlig fullmakt och på grundval av beslut som ålägger företagen att underkasta sig undersökningarna.^{12 13} Domstolen har fastslagit att Kommissionen efter omständigheterna i varje enskilt fall väljer en av dessa båda möjligheter.¹⁴ Det finns alltså inget krav på att beslut behöver föregås av en fullmakt. Oavsett vilket förfarande som följs är Kommissionen dock skyldig att i förväg underrätta den behöriga myndigheten i den medlemsstat inom vars territorium undersökningen skall genomföras och enligt artikel 14.4 samråda med denna innan beslut om undersökningen antas. Eftersom den kommissionstjänsteman som är ansvarig för konkurrensfrågor sedan 1980 har möjlighet att ensam fatta sådant beslut som avses i 14.3 spelar det *tidsmässigt* ingen större roll för företaget vilken ordning Kommissionen väljer. Före 1980 kunde man dock om domstolen valde att begära upplysning utan beslut genom vägran tillskansa sig månader av extra förberedelser inför förhören. Beslut var nämligen tvunget att tas av hela Kommissionen gemensamt.¹⁵

En fullmakt är tillräcklig för att berättiga kommissionens tjänstemän tillträde så länge företaget frivilligt släpper in dem.^{16 17} Ett 14.3-beslut ger de utsända rätt att få del av de handlingar som de begär, att få tillträde till lokaler enligt önskemål och att få tillgång till innehållet i alla inventarier som de pekar ut. Kommissionens tjänstemän får dock inte med våld skaffa sig tillträde till lokaler eller inventarier eller tvinga företagets personal att ge dem sådant tillträde och inte heller genomföra efterforskningar utan företagsledningens medgivande.¹⁸ Företagets vägran kan emellertid medföra dryga böter, vilket det tyska bolaget Hoechst bittert fick erfaras. Hoechst misstänktes ingå i en kartell mellan producenter och inköpare av polyetylene och PVC (polyetylene-kartellen). Kommissionens tjänstemän, utrustade med 14.3-beslut, dök upp hos Hoechst men nekades tillträde. Kommissionen försökte ytterligare två gånger under hot om sanktion, men företaget vägrade. Kommissionen fattade beslut om att företaget skulle betala 1000 ECU för varje dag som det fortsatte vägra. När undersökningen

¹⁰ LVM, p.18.2

¹¹ Orkem p.14, Solvay p.14

¹² Dow Benelux, mot Europeiska kommissionen, 17 oktober 1989, mål 85/87, p.19

¹³ Société Générale v. Commission, Court of first instance, 8 mars 1995, mål T-34/93

¹⁴ The Community v. National Panasonic(U.K.)Ltd, 7 dec. 1982, mål 82/853

¹⁵ Van Bael, p.1109

¹⁶ Van Bael, p.1109

¹⁷ Jones & Sufrin, s. 861

¹⁸ Dow Chemical, p.28

slutligen ägde rum, tre månader efter första försöket, hade Hoechst ådragit sig 55.000 ECUs i böter.¹⁹

2.3 Samarbetsplikt

När Kommissionen väl anländer hos företaget finns väldigt få regler för hur inspektionen skall organiseras. Enligt viss doktrin²⁰ har Kommissionens inspektörer visserligen rätt till tillträde men inte rätt att själva genomsöka företagslokaler på jakt efter information. Vid en granskning av förordning 17 ter sig denna tolkning rimlig. Artikel 14.1 stadgar endast en rätt att *gå in i* lokaler samt rätt att *granska* och *kopiera* material. Inget sägs om *hur* man skall komma över materialet. Det vore dock oerhört ineffektivt om inspektörerna bara fick vänta innanför dörren på att informationen skulle anlända,²¹ särskilt som de då också skulle vara tvungna att redan i förväg ha bestämt vilken information som skall granskas. Domstolen slog därför i fallen *Hoechst*²² och *Dow Chemicals*²³ fast att det inte finns något hinder mot att inspektörerna tar del av handlingar, vilkas existens de inte räknat. Vidare slog man i *Hoechst* fast att en viss rätt att genomsöka affärslokaler föreligger i de fall då företaget vägrar samarbeta. Det krävs, som ovan angivits, att Kommissionen i dessa fall assisteras av nationella myndigheter. Den begränsning som trots allt kvarstår för Kommissionens agerande under undersökningen anses kompenseras av en i praxis utarbetad *samarbetsplikt*.²⁴ Företagets medarbetare är skyldiga att aktivt bistå Kommissionens inspektörer i deras sökande efter dokument och på begäran plocka fram material. Att bara hålla dokument tillgängliga är inte tillräckligt.²⁵

Har företaget en gång medgett tillträde till fastigheten kan det därefter inte ensidigt besluta om undersökningens avbrytande, neka att svara på frågor eller bara hänvisa till dokument eller oerfarna medarbetare.²⁶ Så länge ingen omständighet kan åberopas till stöd för att Kommissionens åtgärder gått utöver det samarbete företaget gått med på kan det inte heller hävda att oskäligt myndighetsingripande i den fysiska eller juridiska personens privata verksamhetssfär ägt rum.²⁷

¹⁹ Hoechst, Jones & Sufirin s.864-865

²⁰ Van Bael p.1109

²¹ Van Bael p.1109

²² Hoechst, p.27

²³ Dow Chemical, p.24

²⁴ Fabbrica Pisana and Fabbrica Lastre di Vetro Pietro Sciarra, *The Community v. ,* 20 december 1979, 80/334/EEC & 80/335/EEC, O.J. 1979, L75/30 och 35, (1980) 2 C.M.L.R. 354 och 362, C.M.R. 10209, Valentine Korah, *An introductory guide to EC Competition Law and practice*, 6th edition, 1997, Hart Publishing, Oxford, 4.3.2, Van Bael 1109

²⁵ Van Bael, p.1109

²⁶ Fabbrica Pisana

²⁷ LVM, p.16

Utöver möjligheten för företaget att vägra tillträde bör påminnas om domstolens stadgande i *LVM*²⁸ att beslut om undersökning i sig är sådant att *talán om ogiltighetsförklaring* kan väckas med stöd av artikel 173 i Amsterdamfördraget. Företaget har dessutom inom ramen för talán mot Kommissionens slutgiltiga beslut rätt att ifrågasätta under vilka villkor undersökningen har genomförts.²⁹

Om företaget motsätter sig Kommissionens undersökning finns dock enligt artikel 14:6 en möjlighet att med nationella myndigheters hjälp inhämta de upplysningar som behövs.

2.4 Samarbete med nationella myndigheter

Medlemsstaterna är enligt artikel 13, förordning nr 17, skyldiga att genomföra de undersökningar Kommissionen begär. Utförandet skall ske inom ramen för gemenskapsrättens allmänna principer och syfta till att Kommissionens åtgärder blir verkningsfulla, men medlemsstaterna bestämmer själva under vilka förutsättningar hjälp skall erhållas. Det är därmed den nationella rätten som anger lämpliga förfaranderegler för att säkerställa iakttagandet av företagets rättigheter.³⁰ Kommissionen tillser att det organ som är behörigt enligt nationell rätt förfogar över allt som behövs för att kunna utöva sina kontrollbefogenheter. Den avgör behovet av undersökningen och bedömer de *faktiska och rättsliga omständigheterna*. Kommissionens slutsatser kan endast prövas av domstolen beträffande lagenligheten.³¹

Det nationella organet prövar, när det väl fastställt att beslutet om undersökning är äkta, om de beslutade tvångsåtgärderna är *godtyckliga* eller *allt för långtgående* i förhållande till föremålet för undersökningen. Den bevakar också att bestämmelserna i nationell rätt följs när åtgärderna genomförs. Företagets rätt till försvar garanteras därmed med hjälp av bestämmelser i det aktuella landets nationella lagstiftning och Kommissionen blir bunden av den nationella rättens processuella garantier.³²

I domen *Hoechst* konstateras att samtliga medlemsstaters rättssystem vid ingripande av offentliga organ, på såväl fysiska som juridiska personers privata område, kräver lagstöd och motivering. Det kan därmed sägas att det i varje medlemsland finns ett skydd mot godtyckliga och oproportionerliga

²⁸ LVM, p.15

²⁹ LVM, p.15.2

³⁰ Dow Chemicals

³¹ Hoechst p.19, Dow Chemicals, Förenade målen San Michele m.fl. mot Europeiska kommissionen, 14 december 1962, 5-11 och 13-15/62

³² Hoechst, p.34

åtgärder, vilket enligt domstolen innebär att nödvändigheten av ett sådant skydd måste erkännas som en allmän gemenskapsrättslig princip.³³

2.5 Europakonventionen och Kommissionens inspektion

2.5.1 EG-domstolen och Europakonventionen

Amsterdamfördragets artikel 6.2 föreskriver att "*unionen som allmänna principer för gemenskapsrätten skall respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.*"

Eftersom man vid grundandet av den Europeiska Gemenskapen fokuserade på ekonomisk integration tog det ganska lång tid innan man började fundera över humana aspekter. I fallet *Stauder*³⁴ slog EG-domstolen för första gången fast att mänskliga rättigheter utgjorde en del i de allmänna rättsprinciper som domstolen värnade om. Ett år senare utvecklade domstolen sin praxis i *Internazionale Handelsgesellschaft*³⁵. EG-domstolen uttalade även här att respekten för grundläggande rättigheter utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som EG-domstolen upprätthåller. Härvid hämtade den med avseende på innehållet inspiration från det gemensamma i medlemsstaternas konstitutionella traditioner.³⁶

I det senare fallet *Nold*³⁷ tillade domstolen att den såsom vägledning dessutom har att beakta skyddet av mänskliga rättigheter som finns i de internationella instrument, till vilka medlemsstaterna medverkat eller anslutit sig. Ett av de viktigaste av dessa instrument är Europakonventionen om mänskliga rättigheter.³⁸ Första gången domstolen uttryckligen hänvisade till denna var i fallet *Rutili*³⁹. Detta erkännande innebär dock inte för den skull att Europakonventionen är en normativkälla till gemenskapsrätten. EG-domstolen är mån om sin autonoma ställning och om att betona EG-rättens företräde framför nationell rätt. Man medger att de grundläggande rättigheterna utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vilkas iakttagande gemenskapsdomstolarna skall säkerställa, men undviker att direkt hänvisa till konventionen. Domstolen försöker istället få det att se ut som om principerna vore specifika för gemenskapsrätten. Det är dock ingen hemlighet att vägen fram till existensen av dessa principer gått via medlemsstaternas gemensamma

³³ Hoechst, p.19

³⁴ Stauder mot City of Ulm, 1969, mål 29/69

³⁵ Internationale Handelsgesellschaft mot Einfuhr und Vorratsstelle Getreide, 1970, mål 11/70, ECR 1125

³⁶ Michael Droege & Göran Lysén, *Introduktion till EU och EG-rätten*, 1997, Iustus förlag, Göteborg, s.96

³⁷ Nold mot Kommissionen, 14 maj 1974, mål 4/73

³⁸ Johnston, 15 maj 1986, mål 222/84

³⁹ Roland Rutili mot Minister for the Interior, 1974, mål 36/75, ECR s.1129

konstitutionella traditioner *och* via principerna i Europakonventionen. Domstolen medger dessutom att Europakonventionen i detta avseende är av *särskild betydelse*.⁴⁰ I praktiken blir resultatet trots allt att Europakonventionen tillämpas av EG-domstolen.

2.5.2 Tillämpning av Europakonventionens artikel 8 i konkurrenssammanhang

Trots att det är fråga om ett rättsområde av tämligen ekonomisk karaktär aktualiseras ofta frågan om Europakonventionens tillämpning i konkurrensrättsliga ärenden. I synnerhet i samband med gryningsräder har domstolen kritiserats för att inte tillräckligt bevara de mänskliga rättigheterna.⁴¹ Den rättighet som främst aktualiseras i samband med en gryningsråd är konventionens artikel 8 om hemmets okränkbarhet och respekt för privatlivet. Frågan är huruvida en text som garanterar individens fri- och rättigheter kan utsträckas till att omfatta även juridiska personer.

I fallet *National Panasonic* 1980⁴² invände ett företag som utsatts för inspektion av Kommissionen att dess grundläggande rättigheter, framförallt de enligt artikel 8 EKMR, kränkts. När Kommissionens tjänsteman anlände bad företaget att man skulle vänta med undersökning tills företagets juridiska ombud anlönt. Man väntade i 45 minuter och satte sedan igång, trots protester. Advokaten anlände först tre timmar senare, då endast fyra timmar av undersökningen återstod. *National Panasonic* ifrågasatte härefter beslutets giltighet och krävde att all information som Kommissionen inhämtat skulle slängas eller förstöras. Domstolen bekräftade att envar enligt artikel 8 EKMR har rätt till skydd för sitt privat och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens och att de grundläggande rättigheterna enligt praxis⁴³ utgör en integrerad del av gemenskapens principer, som domstolen i enlighet med medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella avtal skall skydda.⁴⁴ Man medger att rättigheten i artikel 8.1 inte får kränkas av offentlig myndighet men påminner även om undantaget i slutet av artikel 8.2. Ingripande i strid med artikel 8.1 kan rättfärdigas om det sker i enlighet med "vad som är *stadgat i lag* och i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till landets säkerhet, den allmänna säkerheten, *landets ekonomiska västånd*, förebyggandet av oordning eller brott, hälsovården, skyddande av sedligheten eller av andra personers fri- och rättigheter"⁴⁵ Eftersom Kommissionens befogenheter enligt artikel 14, förordning nr 17, och övriga regler på området syftar till att tillgodose *allmänhetens intresse* av att upprätthålla ett väl fungerande

⁴⁰ Johnston 1986, *Enso Española SA mot Kommissionen*, Förstainstansdomstolen, 14 maj 1998, mål T-438/94, p.1

⁴¹ Se fallen *Hoechst*, *National Panasonic*, *Dow Chemicals m.fl.*

⁴² *National Panasonic (UK) Ltd mot Europeiska Kommissionen*, 26 juni 1980, mål 136/79

⁴³ här hänvisar domstolen till det ovan nämnda fallet *Nold*.

⁴⁴ *Enso Española*, p.18

⁴⁵ *Enso Española*, p.19

konkurrenssystem och bekämpa åtgärder som bidrar till snedvridning, är myndighetens inspektion enligt denna paragraf berättigad. Eftersom undantaget ändå skulle ha aktualiserats slapp domstolen i detta fall ta ställning till huruvida artikel 8, EKMR, kan utsträckas till att omfatta juridiska personer.⁴⁶

I samband med domen *Hoechst* nio år senare tvingades domstolen emellertid ta ställning i denna fråga. Som vi sett ovan blev Kommissionens tjänstemän under flera månaders tid nekade tillträde till företagets verksamhetsområde. Kommissionen tog i enlighet med 14.5 och 14.6 kontakt med Bundeskartellamt,⁴⁷ som i sin tur hos Amtsgericht ansökte om tillstånd för husrannsakan. Husrannsakan beviljades så småningom och Hoechsts försök att få Gemenskapsdomstolen att upphäva böter samt stoppa husrannsakan misslyckades. Företaget väckte talan inför Gemenskapsdomstolen och hävdade huvudsakligen att samtliga beslut var ogiltiga enligt artikel 234. Domstolen påpekade att man alltid i första hand måste beakta att artikel 14 inte får ges en tolkning som är oförenlig med gemenskapsrättens allmänna principer, särskilt inte de grundläggande rättigheterna.⁴⁸ Rätten att få ha sitt hem fredat ingår i gemenskapens rättsordning som en för medlemsstaterna gemensam princip⁴⁹ Denna princip var dock ursprungligen tänkt att skydda endast privatpersoners bostäder och möjligheterna att utsträcka den till att omfatta även fysiska personers affärslokaler hindras av att Europadomstolen själv aldrig uttalat sig i frågan.⁵⁰ Eftersom medlemsstaternas rättssystem inte innehåller ett enhetligt skydd för juridiska personer i detta avseende kan inte heller någon gemensam princip sägas existera. Domstolen nådde samma slutsats i målet *Dow Chemical Ibérica*.

Det är dock viktigt att beakta att dessa domar kom 1989. Sedan dess har Europadomstolen i både *Niemitz* och *Chappel*⁵¹ tillämpat konventionen på juridiska personer, i *Chappel* till och med artikel 8. Gemenskapsdomstolens huvudargument att Europadomstolen inte uttalat sig bör därmed ha förlorat sin verkan. En ny rättslig omständighet utgörs dessutom av den *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*,⁵² fortsättningsvis kallad *Nicestadgan*, som i artikel 7 stadgar att var och en har rätt till respekt för sitt privatliv, sin bostad och sina kommunikationer. Man kan tycka att stadgan på denna punkt inte innehåller något nytt eftersom den inte uttryckligen omfattar även juridiska personer. Det hade den kanske inte heller gjort om det inte varit för artikel 52.3. Enligt artikel 52.3 skall rättigheterna i *Nicestadgan* i de fall då det finns en motsvarande rättighet i Europakonventionen tolkas ha samma innebörd och räckvidd som denna.

⁴⁶ Jones & Sufrin, s.864

⁴⁷ Tysklands motsvarighet till Konkurrensverket

⁴⁸ Hoechst, p.12

⁴⁹ Hoechst, p.17. Notera hur domstolen undviker att direkt hänvisa till Europakonventionen!

⁵⁰ Hoechst, p.18

⁵¹ *Niemitz mot Tyskland*, 1993, 16 EHHR 97 och *Chappel mot UK*, 1989

⁵² Nice, 7 december 2000, OJ C364/19

Därmed torde Nicestadgans artikel 7 kunna tolkas omfatta även juridiska personer.

2.6 Kommissionens förslag till decentralisering

2.6.1 Förslaget syfte och huvudsakliga innehåll

Den 27 september 2000 offentliggjorde Kommissionen sitt förslag till den förordning som är tänkt att ersätta 17/62. Det grundläggande syftet med reformen är att frigöra resurser så att Kommissionen får möjlighet att ingripa mot allvarigare konkurrensbegränsningar. Handläggning av mindre betydelsefulla ärenden är tänkt att läggas över på nationella konkurrensmyndigheter och domstolar.⁵³ Förslaget genomförande bygger huvudsakligen på tre punkter:⁵⁴

- 1) artikel 81.3 görs direkt tillämplig
- 2) tillämpning av EG:s konkurrensregler skall utesluta tillämpning av nationell rätt.⁵⁵
- 3) utökade befogenheter för Kommissionen i samband med inspektioner⁵⁶

Att artikel 81.3 görs direkt tillämplig innebär att det inte längre skall vara möjligt att erhålla ett individuellt undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Gruppundantagen finns kvar, men möjligheten till notifiering tas bort. Istället sker prövningen av ett avtal vid processer inför nationella domstolar. Nationella domstolar skall kunna uttala att ett visst avtal vid en samlad bedömning inte strider mot artikel 81.⁵⁷ Kommissionen utför dessutom en kontroll a posteriori av misstänkta avtal.⁵⁸

⁵³ Nils Wahl, docent i europeisk integrationsrätt, Stockholms universitet, "Kommissionens förslag till modernisering av konkurrensreglerna (eller var det harmonisering?)", ERT, nr 2, 2001, årgång 4, s.227

⁵⁴ J-M Coumes & J. Broche, advokater hos Wilmer, Cutler & Pickering i Bryssel, "La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence: le principe et les conséquences", Revue du marché commun et de l'Union Européenne, september 2001, nr 452, s. 546

⁵⁵ Nils Wahl, ERT, nr 2 2001

⁵⁶ J-M. Coumes & J. Broche, Revue du marché commun et de l'Union Européenne, nr 452, 2001 samt Konkurrensnytt, nr 9, 2000

⁵⁷ Nils Wahl, ERT, nr 2, 2001

⁵⁸ J-P. Denizard, medlem av Franska handelskammaren i Paris & C. Delacroix, jurist vid CCIP, "La modernisation du droit communautaire des ententes -le point de vue de chefs d'entreprise", Revue du marché commun et de l'union Européenne, september 2001, nr 252, s.553.

2.6.2 Förslagets inverkan på Kommissionens befogenheter i samband med en inspektion

Kommissionen har för avsikt att ytterligare förstärka sina undersökningsbefogenheter. Den huvudsakliga förändringen ligger i att man vill ha möjlighet att genomföra inspektioner även hemma hos företagsledare, styrelseledamöter, direktörer och andra medarbetare⁵⁹ i de fall då Kommissionen har anledning att misstänka att affärshandlingar finns där. Starka protester har väckts mot att detta intrång i privatlivet inte motsvaras av en förstärkning av rätten till försvar. Man har dessutom ansett befogenheterna vila på vaga och godtyckliga grunder genom att Kommissionens blotta *misstankar* är tillräckliga för att motivera ett sådant allvarligt ingrepp.⁶⁰ Kommissionen hävdar å sin sida att de utökade befogenheterna är nödvändiga för att säkra bevisning, eftersom det blivit allt vanligare att företagen försöker undanhålla bevis genom att de förvaras utanför affärslokalerna.⁶¹

Kommissionen har dessutom för avsikt att tillskansa sig en möjlighet att försegla samtliga lokaler och dokument under inspektionen.⁶² Även denna åtgärd syftar till att undvika att viktiga bevis göms undan. Exakt hur denna plombering skall ske, vad den innebär samt om den också är tänkt att tillämpas på företagsledarens privatbostad framgår inte av förslaget.

Man kan emellertid ifrågasätta hur stor verkan ett sådant utökande av befogenheterna skulle kunna få. Här är det ju privatpersoner som berörs och artikel 8.1 EKMR är tveklöst tillämplig. Domstolen förlorar därmed sitt huvudargument från både domen *Hoechst* och *Dow Chemicals* och torde få det mycket svårt att undvika en tillämpning. Man skulle dock kunna tänka sig att domstolen i desperation hänvisar till undantaget i 8.2 och pekar på att ett tungt vägande allmänintresse tillgodoses. Frågan är dock hur långt domstolen är beredd att gå för att bevara sin autonoma ställning. Man får ju hoppas att den inser orimligheten i en så stor befogenhet för Kommissionen och väljer att ingripa (om inte Rådet redan tagit sitt ansvar). Därutöver har ju företagsledarna och övriga drabbade möjligheten att direkt vända sig till Europadomstolen, vilket torde vara det säkraste alternativet.

Vidare begär Kommissionen att vid en inspektion få genomföra förhör och inhämta muntliga utsagor i bevissyfte. Idag är denna rättighet mycket begränsad. Den allmänna uppfattningen är att Kommissionen i samband med undersökning enligt artikel 14.1 kan ställa de frågor som uppkommer vid genomgång av böcker och arkiv och be om förklaring av referenser, termer och förkortningar som dyker upp. Det får dock inte bli fråga om allmänna utfrågningar av de anställda. Denna rätt till muntliga förklaringar

⁵⁹ Nils Wahl, "Decentralisering genom centralisering", Konkurrensnytt, nr 9 2000

⁶⁰ Coumes & Broche, *Revue du marché commun de l'Union Européenne*, 2001, nr.452

⁶¹ Nils Wahl, *Konkurrensnytt*, nr 9 2000

⁶² Denizard & Delacroix, *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2001

på plats gör att de intressen som garanteras av artikel 11 lätt kommer i kläm, eftersom begäran enligt denna artikel måste vara skriftlig och ger företaget viss tid att inkomma med ett svar. Kommissionen anser emellertid att dess befogenheter enligt artikel 14 inte är tillräckliga och vill utöka dem till att omfatta alla nödvändiga frågor till företagets representanter eller anställda och rätt att kräva utförliga och exakta svar.⁶³ Man avser att spela in svaren och använda dem som bevis.⁶⁴ Därutöver vill Kommissionen ha rätt att kalla personer som inte varit närvarande vid undersökningen till Bryssel för utfrågning.⁶⁵

Denna del av förslaget har fått ett mycket negativt bemötande från jurister och företrädare för näringslivet, som främst kritiserat den stora press som utövas på en oinsatt anställd samt förslagets oförenlighet med Europakonventionen.⁶⁶ En annan viktig fråga som aktualiseras är enligt J-M Coumes och J Broche, advokater hos Wilmer, Cutler och Pickering i Bryssel, hur tungt denna form av bevis skulle väga. Man vill inte dra några förhastade slutsatser men hänvisar till den vanligaste inställningen i nationella rättsordningar att skriftliga bevis väger tyngst, medan muntliga kräver mer försiktig behandling.⁶⁷

2.7 Förberedelser inför en eventuell gryningsråd

Blotta beteckningen "*gryningsråd*" antyder att man alltid måste vara beredd. Varje företag bör därför ta sig tid att noggrant informera samtliga anställda om vad en gryningsråd går ut på, hur en sådan normalt går till samt hur var och en bör agera i sin position. Detta kan ske genom att man upprättat allmängiltiga riktlinjer för en eventuell inspektion.⁶⁸ Sådana bör rimligen:

- 1) på ett enkelt sätt förklara syftet med Kommissionens undersökning och ange de grundläggande regler som gäller under en inspektion. Van Bael rekommenderar t.ex. att man visar personalen en kopia av Kommissionens beslut och av en fullmakt så att dessa känns igen⁶⁹
- 2) redogöra för vem som är ansvarig för förberedelse och övervakning av varje skede av undersökningen, t.ex.
 - ange vem receptionisterna skall kalla på när Kommissionens tjänstemän anländer

⁶³ Jones & Sufrin, s.868

⁶⁴ Coumes & Broche, Revue du Marché commun de l'Union Européenne, september 2001, nr 451

⁶⁵ Jones & Sufrin, s.868

⁶⁶ Summary of observations on the White Paper on reform of Regulation 17, published by the Commission, 29 Feb. 2000, para. 7.4 & Jones & Sufrin s.869

⁶⁷ Coumes & Broche, Revue du Marché Commun et de L'Union Européenne, september 2001, nr 451, s.552 "l'écrit est la reine des preuves"

⁶⁸ Van Bael, p.1109

⁶⁹ Van Bael, p.1109

- utse en person som utarbetar en plan för hur företagets juridiska ombud snabbt skall kunna vara på plats
- 3) ange huruvida företaget har för avsikt att vid blotta uppvisandet av en fullmakt underkasta sig en undersökning eller om man inväntar beslut
- 4) stadga allmänna handlingsregler, som t.ex.
 - en förteckning bör upprättas över de dokument som granskats av inspektörerna
 - två kopior bör tas av varje dokument som begärs, en till Kommissionen och en som företaget behåller
 - varje förhör eller utfrågning skall återges i anteckningar
 - ett *post mortum* skall hållas för att avgöra huruvida information som begärs i efterhand skall beviljas eller inte⁷⁰

Personer på särskilt utsatta positioner bör utöver dessa riktlinjer ingående informeras om Kommissionens befogenheter och företagets rättigheter och skyldigheter.

Företaget har därutöver mycket att vinna på att se över sina regler för dokumenthantering. Vad sparas? Var och hur länge sparas man? Vem sparas?⁷¹ Enligt van Bael är det bättre att ordna sparade dokument efter ärende än kronologiskt, eftersom detta gör det lättare att precisera vilka handlingar som hör till ärendet och insynen i andra handlingar minimeras. Av samma anledning rekommenderas att konfidentiell eller annan känslig information förvaras på ett och samma ställe.⁷² I samband med att man ser över sin dokumenthantering är det lämpligt att reglera vilken typ av ärenden som skall dryftas med företagets internjurist och vilken typ som uteslutande bör beröras i sällskap av oberoende advokat. Som vi kommer få se i det följande kapitlet är denna fråga av största betydelse. Kommissionen har nämligen rätt att begära all information som innehas av internjuristen, med undantag av handlingar som omfattas av affärshemlighet. Även uppgifter som inte direkt hänför sig till det aktuella ärendet kan tagna ur sitt sammanhang väcka misstankar,⁷³ vilket bör ge anledning till eftertanke.

⁷⁰ Van Bael, p.1109

⁷¹ Van Bael, 1109

⁷² Van Bael, p.1109

⁷³ Hans Henrik Lidgard, Europeisk Konkurrensrätt, 2000, s.454

3 RÄTTIGHETER VID BEGÄRAN OM UPPGIFTER

3.1 Rätt till korrespondens med advokat

3.1.1 En princip utvecklad genom praxis

Gemenskapsdomstolen slog i både *Hoechst*⁷⁴ och *AM&S*.⁷⁵ fast att företag har rätt till juridisk företrädare under utredningsskedet. Vid sin räd hos företaget *National Panasonic* beaktade Kommissionen denna rätt så till vida att den accepterade att vänta på företagets juridiska ombud under en tid som den ansåg vara rimlig för att därefter påbörja undersökningen i deras frånvaro.⁷⁶ Domstolen ansåg emellertid inte att företagets rättigheter blivit överträdna. Det bör beaktas att det här, till skillnad från den rättighet som berörs i det följande, var fråga om företagets internjurist.

Förordning 17/62 nämner ingenstans en rätt att under Kommissionens undersökning undanhålla dokument som härrör från korrespondens med advokat. För att kunna hävda ett sådant skydd måste man istället stödja sig på Gemenskapsdomstolens praxis, där fallet *AM&S mot Kommissionen* från 1982 fortfarande är det tongivande. Domstolen medgav i princip att det anklagade företaget har rätt att undanhålla viss korrespondens med advokat och gav AM&S rätt, men upprättade vissa villkor.⁷⁷

Företaget AM&S hade vägrat att prestera vissa dokument med hänvisning till den engelska rättens "*legal privilege*". Kommissionen å sin sida hävdade att sökandens ståndpunkt inte kunde accepteras eftersom den i praktiken fråntar inspektörerna möjlighet att effektivt förvissa sig om de omtvistade handlingarnas verkliga innehåll och karaktär. Kommissionen ansåg sig därmed böra ha tillgång till samtliga dokument och rätt att enväldigt avgöra deras nödvändighet^{78 79} för undersökningen. Någon annan lösning skulle innebära att de huvudsakliga syftena med förordning 17/62 åsidosattes.

⁷⁴ *Hoechst*, p.16

⁷⁵ *AM&S Ltd mot Kommissionen*, 18 maj 1982, mål 155/79, (1982) ECR 1575, (1982) 2 CMLR 264

⁷⁶ Kommissionen uttrycker i sin informationsguide "*Dealing with the Commission*" (Commission, 1997), p.5.5, att den respekterar företagets krav på närvaro av juridiskt ombud så länge det inte innebär att utredningen blir "unduly" försenad. Jones & Sufrin, s.873

⁷⁷ *AM&S*, p.18

⁷⁸ *AM&S*, p.10

⁷⁹ *Korah*, s.131

Huvudsakligen två frågor aktualiserades i målet; för det första huruvida principen om "legal privilege" är tillämplig i gemenskapsrättsliga konkurrenssammanhang och för det andra huruvida den i så fall har sina rötter i gemenskapens principer eller om den grundar sig på erkännande av en för medlemsstaterna gemensam princip.

Domstolen inleder med att konstatera att Kommissionen enligt artiklarna 11 och 14, förordning nr 17, får inhämta upplysningar och genomföra nödvändiga undersökningar för att ingripa mot överträdelser av konkurrensregler. Artikel 14.1 ger Kommissionen befogenhet att kräva framläggande av affärshandlingar, d.v.s. handlingar som rör företagets verksamhet på marknaden.⁸⁰ Under affärshandlingar förstås normalt även brevväxling med advokat, men i det här fallet ansågs man dock böra ta hänsyn till medlemsstaternas gemensamma principer och begrepp angående sekretess. I så gott som samtliga medlemsstaters lagstiftning erkänns kravet på att alla enskilda fritt måste kunna vända sig till sin advokat, till vars uppgifter det hör att på ett oberoende sätt ge juridisk rådgivning till alla som så behöver. Detta samstämmiga stöd innebär enligt domstolen att också förordning 17/62 bör tolkas innefatta ett sådant skydd.⁸¹ I förordning 17 betonas, särskilt i elfte övervägandet i ingressen och genom bestämmelserna i artikel 19, vikten av att rätten till försvar kan utövas fullt ut och att sekretesskyddet för brevväxling mellan en advokat och hans klient utgör ett nödvändigt led mot denna målsättning.⁸² Beträffande skyddets tidsram säger domstolen att skyddet för att vara effektivt bör utsträckas till att omfatta all brevväxling efter inledandet av det administrativa förfarandet och som kan leda till beslut om tillämpning av artikel 81 och 82 Amst.F eller beslut om ekonomisk påföljd. Det måste också kunna utsträckas till att gälla tidigare brevväxling som har samband med föremålet för ett sådant förfarande.⁸³

3.1.2 Kriterier

Domstolen preciserade vidare i AM&S vissa *kriterier*⁸⁴ för att dokument skall omfattas av skydd. Även dessa baserades på likheter i medlemsstaternas nationella system. För att handlingen överhuvudtaget skall kunna komma ifråga krävs att det är fråga om brevväxling inom ramen för klientens rätt till försvar och i dennes intresse⁸⁵ Kravet kan uppfattas som en flaskhals men fick redan i AM&S en vid tolkning. Svårigheter undviks dessutom genom att Kommissionen godkänner skydd även för tidigare korrespondens som har anknytning till det aktuella fallet.⁸⁶

⁸⁰ AM&S, p.16

⁸¹ AM&S, p.22

⁸² AM&S, p.23

⁸³ AM&S, p.3.2

⁸⁴ AM&S, p.21

⁸⁵ AM&S, p.21

⁸⁶ Jones & Sufrin, s.876

Beträffande den anlitate advokaten så måste denne vara *oberoende*,⁸⁷ vilket innebär att han inte får vara knuten till klienten genom ett anställningsförhållande.⁸⁸ Företaget har därmed inte rätt att för Kommissionen undanhålla dokument upprättade av dess internjurister.⁸⁹ Det råder emellertid viss oenighet om hur långt kravet på advokatens oberoende sträcker sig. Den praxis som följt på AM&S har visat upp två helt skilda linjer. I fallet *Hilti*⁹⁰ mjukade Förstainstansdomstolen upp kravet genom att förklara att en rapport författad av en externjurist men utförd på och i cirkulation inom företaget förtjänade skydd⁹¹. I domen *John Deere*,⁹² å andra sidan, accepterades att Kommissionen undersökte rådgivning från företagets internjurister och med hjälp av denna information drog slutsatsen att företaget brutit mot artikel 81. Enligt Mme Tercinet, professor vid EM, Lyon, kan en advokat som företaget anlitat ett flertal gånger inte längre ses som oberoende.⁹³ Av fallet AM&S framgår emellertid inget som tyder på att så skulle vara fallet. Man stödjer sig helt på frånvaron av anställningsförhållande och på advokatens roll såsom medarbetare i rättvisans tjänst.⁹⁴ Mme Tercinets resonemang torde därmed endast kunna få relevans i ett extremfall där *en* advokat arbetar med ett företag i så stor omfattning att han inte har möjlighet att ha andra klienter.

Stark kritik har överhuvudtaget riktats mot kriteriet att advokat skall vara oberoende. Det är viktigt att notera att gemenskapsrätten här skiljer sig från den amerikanska konkurrensrätten, som utan omsvep skyddar korrespondens med internjurist.

Advokaten måste vidare vara *behörig att utöva advokatycket* i en medlemsstat⁹⁵ Detta krav är tänkt att skapa fri konkurrens och jämställdhet mellan europeiska advokater, men skapar som bieffekt lätt problem i samband med den extraterritoriella tillämpningen av artikel 81 och 82. Ett konkurrensvidrigt förfarande som har inverkan på den gemensamma marknaden men som härrör från ett företag utanför gemenskapen kan också förföljas av Kommissionen. Företaget har följaktligen i det här fallet inte rätt att undanhålla korrespondens med advokat tillhörande advokatsamfund i det egna landet utan måste söka en advokat i Europa. Kommissionen har dock uppmärksammat problematiken och i sin "*Thirteenth Report on Competition Policy*"⁹⁶ uttryckt sig vara beredd att acceptera oberoende jurist inskriven

⁸⁷ AM&S, p.3 & p.21

⁸⁸ AM&S, p.21 samt fallet John Deere, 14 december 1985, p.21 och 39, där domstolen stödde sig på just Kommunikation med internjurist för att bevisa att företaget varit medvetet om sin överträdelse.

⁸⁹ Notera även att företagets jurist därmed kan förhöras av Kommissionens tjänstemän.

⁹⁰ Hilti AG v. Commission, mål T-30/89A,

⁹¹ Jones & Sufrin, s.876

⁹² (1985) OJ L35/58, (1985) 2 CMLR 554, p.21 & 39.

⁹³ Anne Tercinet, *Droit européen de la concurrence - opportunités et menaces*, 2000, Gualino éditeur, Paris, 2.2.1, p.165, s.109

⁹⁴ AM&S, p.24

⁹⁵ AM&S, p.3

⁹⁶ Kommissionen, 1983

vid advokatsamfund utanför EU. Denna utvidgning är tänkt att ske genom ingående av bilaterala avtal som bygger på reciprocitet. Eftersom sådana avtal utgör ett tillägg till existerande gemenskapsrättsliga regler, anses ett tillägg till förordning 17/62 inte vara nödvändigt.⁹⁷

Domstolen har uttalat att det åligger företaget att tillhandahålla Kommissionens tjänstemän relevant material som bevisar att de undanhållna handlingarna hänför sig till korrespondens med advokat och att de uppfyller kraven för rättsskydd. Man preciserar att företaget emellertid inte skall vara tvunget att röja innehållet i den ifrågavarande brevväxlingen.^{98 99}

Kommissionen får därför grunda sin bedömning på en beskrivning av handlingarna. Enligt Jones och Sufrin är det ofta tillräckligt att man visar upp brevhuvudet på ifrågavarande handling, vilket gör att mycket tid och besvär sparas in.¹⁰⁰

Om Kommissionen finner bevisningen otillräcklig kan den genom beslut kräva information vid vite eller med hot om böter, varpå företaget kan vända sig till domstolen med en begäran om laglighetsprövning enligt artikel 230, Amst.F. Skulle däremot en klient finna att det ligger i hans intresse att lämna ut den brevväxling som ägt rum mellan honom och hans advokat kan sekretessprincipen inte hindra honom.¹⁰¹

3.1.3 Affärshemligheter

Det är självklart att även kommunikation som hänför sig till tiden före utredningen och som inte är direkt knuten till ärendet kan vara känslig. Enda chansen att undanhålla Kommissionen dessa dokument är att få dem klassificerade såsom omfattande affärshemligheter eller annan konfidentiell information. Enligt den s.k. *sekretessprincipen*, under vilken skyddet av korrespondens med advokat tolkats in, kan känslig information skyddas om en undersökning befaras bryta dess förtroliga karaktär.¹⁰² Även här måste företaget genom en beskrivning av handlingen bevisa att det är fråga om affärshemlighet eller annan känslig information. Kommissionens bedömning av vad som utgör affärshemlighet, känslig information eller annan skyddsvärd information är emellertid ganska oförutsägbar. Den erkände till och med själv att det inte är helt klart vad som omfattas av termerna.¹⁰³ Återkommande kriterier för affärshemlighet har emellertid visat sig vara att den inte är känd av någon utanför företaget¹⁰⁴ och att den har ett kommersiellt värde.¹⁰⁵ Som känslig information har bl.a. räknats dokument som innehåller uppgifter om andra fysiska eller juridiska personer.

⁹⁷ Van Bael, s. 1109

⁹⁸ AM&S, p.29

⁹⁹ Tercinet, 2.2.1, p.164, s.109

¹⁰⁰ Jones & Sufrin, s.876

¹⁰¹ AM&S, p. 3.2

¹⁰² AM&S, p.3&18

¹⁰³ "The 1997 Notice" section I.A.1. / Jones & Sufrin, s.886

¹⁰⁴ Memoire en droit public

¹⁰⁵ "The 1997 Notice" section I.A.1. Jones & Sufrin, s.886

3.1.4 Riskområden

Om Rådet godkänner Kommissionens förslag om decentralisering kommer möjligheten till notifiering att tas bort. Därmed försvinner en viktig möjlighet till förbedömning och förutsägbarhet och företagens behov av juridisk rådgivning ökar enormt. Med tanke på domstolens uttalande i fallet AM&S att skyddet för brevväxling med advokat kan utsträckas till att omfatta korrespondens som skett före inledandet av den administrativa fasen borde även de dokument som härrör från en sådan riskbedömning kunna skyddas. För att uppfylla förutsättningarna blir företaget emellertid tvunget att vända sig till andra rådgivare än de egna bolagsjuristerna. Det blir visserligen dyrare att anlita en advokatbyrå, men med tanke på de stora värden som står på spel och konkurrensärendens komplexitet har man mycket att vinna på att anlita en specialist. Kommissionen är naturligtvis medveten om att den härigenom kommer gå miste om viktig information och har redan börjat fundera över hur man skall kunna begränsa den mängd dokument som skyddas. Det är inte helt otänkbart att domstolen kommer ta hänsyn till det ändrade läget och med hänvisning till att förutsättningarna idag är annorlunda eventuellt skärpa bedömningen på en del punkter. Eftersom kravet på att advokat skall vara oberoende gett upphov till olika tolkningar är det viktigare än någonsin att alla advokater uppträder i enlighet med god advokatsed och bevarar sitt oberoende.¹⁰⁶ För företagens del gäller att de inte blint bör förlita sig på de idag rådande tolkningarna och definitionerna. För företag som har tät kontakt med en advokatbyrå i konkurrensfrågor kan det vara rimligt att fördela uppdragen mellan två jurister.

Rätt att inte ange sig själv

3.1.5 Plikt att aktivt samarbeta

För att kunna inhämta nödvändiga upplysningar för fastställande av konkurrensbegränsning har Kommissionen genom förordning nr 17 getts vidsträckt undersökningsbefogenheter. Som vi sett ovan i kapitlet om gryningsråder kan Kommissionen enligt artikel 11.1 inhämta alla nödvändiga upplysningar från företagen och är bemyndigad enligt artikel 11.5 att begära upplysningar genom beslut om ett företag inte agerar tillräckligt tillmötesgående. Företaget ges däremot endast några få garantier. Således kan ett beslut om begäran om upplysningar bara fattas om den tidigare begäran inte lett till något resultat.¹⁰⁷ Ett beslut om fastställande av

¹⁰⁶ "Summary of observations on the White Paper on reform of Reg.17", publicerad av Kommissionen, 29 februari, 2000, p.7.7.

¹⁰⁷ National Panasonic, p.10

det slutgiltiga bötes- och vitesbeloppet för felaktiga eller icke utlämnade upplysningar får inte fattas förrän efter det att företaget haft möjlighet att framföra sina synpunkter.¹⁰⁸ Förordning nr 17 innehåller därutöver ingen bestämmelse som ger företaget rätt att undandra sig undersökningen. Tvärtom ålägger den företaget en plikt att aktivt samarbeta, vilket innebär att det skall ställa alla upplysningar som gäller undersökningens ändamål till Kommissionens förfogande.^{109 110} En av följderna härav blir att ett blott passivt förhållningssätt till en begäran enligt 11.1 tolkas som en vägran och berättigar Kommissionen att gå vidare med 11.5-beslut.¹¹¹ Domstolen började emellertid redan 1989 i samband med domen *Orkem*¹¹² fundera över om tillämpningen av denna princip kunde leda till att rätten till försvar försumrades och om principen krävde några begränsningar.¹¹³ Framförallt ville man utreda om företaget under några omständigheter kunde vägra att vittna mot sig själv.

3.1.6 Fallet Orkem

Förordning 17 erkänner ingenstans en rättighet att vägra avge svar som innebär erkännande av en överträdelse. I de flesta av medlemsstaternas rättsordningar erkänns visserligen en sådan rättighet, men eftersom denna nästan uteslutande gäller för fysiska personer är det enligt domstolen inte möjligt att sluta sig till en gemensam princip när det gäller juridiska personer och överträdelser av ekonomisk karaktär.¹¹⁴ Erkännandet av en sådan princip skulle dessutom gå ut över vad som är nödvändigt för att skydda företags rätt till försvar och avsevärt hindra Kommissionen från att utföra sin uppgift. I fallet *Orkem*¹¹⁵ avfärdade domstolen därför existensen av en absolut rätt att tiga och slog fast att en begäran om upplysningar med stöd av artikel 11, förordning nr 17, inte kränker företags rätt till försvar, även om det innebär att handlingarna *kan användas* för att fastställa att företaget gjort sig skyldigt till överträdelse av konkurrensreglerna.¹¹⁶ En begäran från Kommissionen om uppgifter eller svar genom vilka företaget *tvångs erkänna* förekomsten av en överträdelse, som det ankommer på Kommissionen att bevisa, ansågs däremot oacceptabel.¹¹⁷ Denna gränsdragning har konsekvent tillämpats i den praxis som följt på *Orkem*.¹¹⁸

¹⁰⁸ Orkem, p.26

¹⁰⁹ Orkem, p. 27

¹¹⁰ Société Générale mot Kommissionen, Förstainstansdomstolen, 8 mars 1995, mål T-34/93, p.72

¹¹¹ The Scottish Football Association mot Kommissionen, mål T-46/92, (1994) ECR II-1039

¹¹² Mål 374/87, 1989, ECR 3283, 1991, 4 CMLR 502

¹¹³ Jones & Sufrin, s. 856

¹¹⁴ Orkem, p.29

¹¹⁵ Orkem, p.35

¹¹⁶ Orkem, p.35

¹¹⁷ Orkem, p.35

¹¹⁸ Société Générale 1995, Solvay 1989, LVM 1999 och Mannesmannröhren Werke AG mot Europeiska kommissionen, 20 april 2001, mål T-112/98

Kommissionen själv lär dessutom ha vitsordat en sådan begränsning i sina befogenheter.¹¹⁹

3.1.7 Vilken typ av frågor är inte tillåtna?

När riskerar då sökanden att verkligen tvingas ange sig själv? För att ge en klar överblick över vad man i doktrin och praxis kommit fram till har jag valt att använda mig av följande uppställning:

Generellt gäller att följande upplysningar utan problem *kan begäras*:

- ❖ Exakta upplysningar om syftet med och genomförandet av *initiativ* till fastställande av prisnivåer¹²⁰
- ❖ Upplysningar av rent faktiskt slag¹²¹
- ❖ Upplysning om existens av möten mellan producenter
- ❖ Deltagarnas ställningstagande under möten
- ❖ Redan existerande dokument från mötet som finns i företagets besittning¹²²
- ❖ Information om vilka upplysningar företaget har meddelat andra producenter om produktion och försäljning¹²³

Begäran om upplysningar av rent faktiskt slag strider inte mot rätten till försvar, eftersom det inte finns något som hindrar att företaget senare, under det administrativa förfarandet eller under förfarande vid Gemenskapsdomstolen, utövar sin rätt till försvar och därvid påvisar att omständigheterna i svaren eller i överlämnade handlingar har en annan innebörd än den som Kommissionen lagt till grund för sitt beslut.¹²⁴ Information om vilka upplysningar som meddelats andra producenter beträffande produktion och försäljning kan begäras utan hinder, eftersom det ses som faktiska upplysningar om hur systemet fungerar¹²⁵

Begäran av följande upplysningar har i praxis ansetts tvinga företaget att erkänna överträdelse och kan därför *inte begäras*:

¹¹⁹ Mannesmann, p. 28

¹²⁰ Orkem, p.38

¹²¹ Mannesmann p. 78

¹²² Orkem p.37, Mannesmann, p.70

¹²³ Orkem p.40

¹²⁴ Mannesmann, p.78

¹²⁵ Orkem, p.40

- ❖ upplysningar om syftet med vidtagna åtgärder och målet med dessa¹²⁶
- ❖ redogörelse för syftet med möten som det deltagit i och för under mötet fattade beslut när det är uppenbart att Kommissionen misstänker att syftet med mötena var att träffa konkurrensbegränsande avtal¹²⁷
- ❖ redogörelse för under mötet fattade beslut¹²⁸
- ❖ upplysningar om metoder för kontroll och efterlevnad av försäljningsmål och kvoter

Upplysningar om syftet med vidtagna åtgärder kan till exempel yppa handlingar eller samordnade åtgärder som har planerats eller vidtagits för att stödja initiativ på prisområdet.¹²⁹ En redogörelse för mötesbeslut kan exempelvis omfatta villkor för system och metoder, genom vilka mötesdeltagarna tilldelats försäljningsmål eller kvoter. Det är framförallt under denna punkt som företaget riskerar att röja det eller de beslut som utgör själva överträdelsen.¹³⁰

Upplysningar som Kommissionen inte kunnat erhålla genom sina befogenheter enligt förordning nr 17, men som kommit till dess vetskap genom att de framkommit inom ramen för ett nationellt mål angående tillämpningen av art 85 och 86, RomF, får inte användas för att bevisa en överträdelse.¹³¹ Inte heller ett företags vägran eller den omständigheten att det saknade möjlighet att besvara Kommissionens begäran om upplysningar enligt artikel 11, förordning nr 17 kan inte i sig utgöra bevis för att företaget deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan.¹³²

3.1.8 Europakonventionen

Enligt Europakonventionens 6:e artikel "*skall var och en, vid prövning av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättas enligt lag.*" Europadomstolen har därtill slagit fast att var och en som är föremål för prövning i den mening som avses i konventionen, med stöd av artikel 6, har

¹²⁶ Orkem p.38

¹²⁷ Mannesmann, p.77

¹²⁸ Orkem p.39

¹²⁹ Orkem, p.38

¹³⁰ Orkem, p.39

¹³¹ Otto BV mot Postbank, 10 november 1993, mål C-60/92.(begäran om förhandsavgörande)

¹³² LVM, p.19

rätt att tåga eller rätt att inte vittna mot sig själv.¹³³ Eftersom Europadomstolen gått längre än Gemenskapsdomstolen gjorde i fallet *Orkem* och under artikel 6 tolkat in en *absolut* rätt att tåga¹³⁴ är det vanligt att sökanden i konkurrensärenden inför Gemenskapsdomstolen åberopar denna artikel.

Den första frågan som alltid uppkommer när EKMR åberopas inför Gemenskapsdomstolen är huruvida det är möjligt för ett företag att åberopa rättigheter i en text som avfattats för att gälla fysiska personer. Just beträffande artikel 6 håller emellertid inte argumentet att Europadomstolen själv inte tagit ställning i frågan.¹³⁵ I fallet *Niemitz*¹³⁶ 16 december 1992 utsträcktes tillämpningen av artikel 6 EKMR till att även gälla juridiska personer. Denna vändning torde inte alltför lätt kunna avfärdas om den studeras tillsammans med Europakonventionens första *tilläggsprotokoll*,¹³⁷ artikel 1, där det garanteras att alla såväl fysiska som juridiska personers bästa skall respekteras. Domen inflyttande på Gemenskapsdomstolen syns främst i Generaladvokatens yttrande i samband med domen *Baustahlgewebe*, 1998¹³⁸. Han anser att det numera är legitimt för en fysisk person att stödja sig på artikel 6, så länge övriga förutsättningar är uppfyllda

För att rätten till skälig rättegång enligt artikel 6 skall aktualiseras krävs att det är fråga om prövning av civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelse för brott. Förutsättningen för tillämpning i konkurrensärenden är därmed att den administrativa proceduren anses vara av *straffrättslig karaktär*. Vidare krävs att förfarandet äger rum inför oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. I konkurrenssammanhang innebär detta ett krav på att Kommissionen *likställs med en domstol*.

Beträffande det första rekvisitetet har Kommissionen insisterat på att dess undersökning endast är av administrativ karaktär och till stor del fått stöd av Gemenskapsdomstolen. Europadomstolen, däremot, har varit av motsatt uppfattning och får stöd i doktrin. Europadomstolens slutsats bygger på iakttagande av bötesbeloppens storlek och karaktären av de övriga sanktioner som döms ut^{139 140}. På senare tid har blotta förekomsten av böter ansetts tillräcklig,¹⁴¹ liksom i doktrin där Kommissionens huvudsakligen

¹³³ Domarna Funke, Europadomstolen, 25 februari 1993, Ser. A, Vol. 256-A och Östürk, Europadomstolen, 21 februari 1984, Ser. A, Vol. 73, § 56, vilket dessutom vitsordades av Kommissionen i domen Mannesmann, p. 49

¹³⁴ Funke, Jones & Sufrin, s.859

¹³⁵ Jämför domstolens resonemang i bl. a fallet Dow Chemicals, i fråga om tillämpning av artikel 8 EKMR beträffande gryningsråd.

¹³⁶ Niemitz v Tyskland, 16 december 1992, Europadomstolen 16EHHR97

¹³⁷ Tilläggsprotokoll (d.20 mars 1952) till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

¹³⁸ Baustahlgewebe v. Commission, 17 december 1998, mål C-185/95 P

¹³⁹ Stenuit 9 juli 1989

¹⁴⁰ Jones & Sufrin, s.859 med hänvisning till Bendenoun v. France, Series A, No. 284 (1994) 18 EHRR 54

¹⁴¹ K mot Österrike, 2 juni 1993, Serie A, volym 255-B

repressiva funktion ansetts vara avgörande¹⁴² Till exempel skriver M R Legros, professor vid Université de Bruxelles, beträffande domen i fallet BMW¹⁴³ ¹⁴⁴ att eftersom böter när de överskrider en viss summa utgör en straffrättslig sanktion måste de också omfattas av straffrättsliga garantier och traditionella principer. EG-domstolens instanser har däremot, som sagt, varit motvilliga att anamma detta resonemang och länge hävdade att Kommissionens utredning endast är av administrativ karaktär. Det var först 1999 i domen *Montecatini*¹⁴⁵ som Europadomstolens resonemang kunde kännas igen. Med hänvisning till hur allvarliga sanktioner är som kan följa på en överträdelse av konkurrensreglerna fastslogs att *principen om oskyldighetspresumtion*¹⁴⁶ bör tillämpas i konkurrenssammanhang.

Gemenskapsdomstolen verkar alltså inte längre helt främmande för att se det administrativa förfarandet som straffrättsligt. Kvarstår gör emellertid frågan om huruvida Kommissionen är att se som en domstol.

I doktrin har upprättats en rad kriterier för att kunna göra denna bedömning. Enligt van Bael utgörs det största hindret mot att se Kommissionen som en domstol av att den kombinerar åklagar- och domarrollen. Ett annat problem är att det anklagade företaget döms av Kommissionen i dess helhet, men bara ställs till svars inför de av tjänstemännen som är verksamma inom konkurrensområdet.¹⁴⁷ Andra författare har uppställt krav på att organet huvudsakligen har till uppgift att oberoende bevaka juridiska frågor, ett s.k. *organiskt krav*.¹⁴⁸ Vid en granskning av Amsterdamfördragets artikel 211, som anger Kommissionens uppgifter, kan emellertid snabbt konstateras så inte är fallet. Inte heller kan Kommissionen anses inta någon oberoende ställning i dessa frågor. Det har även uppställts ett *formellt krav*, som innebär att ett organ för att kunna kallas domstol måste följa vissa processregler.¹⁴⁹ Beträffande detta krav finns större utrymme för diskussion. Kommissionen följer ju faktiskt regler, framförallt under den kontradiktoriska fasen. Vid en sammantagen bedömning är dock majoriteten av den juridiska doktrinen överens om att Kommissionen inte är att betrakta som en domstol.¹⁵⁰

Gemenskapsdomstolen har delvis baserat sin bedömning på andra kriterier såsom organets juridiska ursprung och varaktighet, men kommit fram till

¹⁴² Föreläsning av Professor Zampini, Université Jean Moulin, Lyon III med hänvisning till M. Helai.

¹⁴³ BMW Belgium SA v. Commission, 12 juli 1979, 32 & 36-82/78, (1979) E.C.R. 2435, (1

¹⁴⁴ Cahier droit européen 1980 p.206 ff

¹⁴⁵ Montecatini mot Kommissionen, p.176, 8 juli 1999, mål C-235/428 ECR I-4539

¹⁴⁶ EKMR, artikel 6.2 -notera att denna princip tillämpning förutsätter att man blivit anklagad för brott.

¹⁴⁷ Van Bael, p.1102

¹⁴⁸ Carré Malberg via Memoire en droit public

¹⁴⁹ M. Donnedieu de Vabres via Memoire en droit public

¹⁵⁰ T.ex. Jones & Sufrin har ju varit noga med att poängtera att den kontradiktoriska fasens muntliga förhör inte är någon rättegång. Se del III samt EC Competition Law, s. 892!

samma slutsats¹⁵¹. Eftersom det är Kommissionen själv som både har ansvar för utredningen och fattar det slutliga beslutet, skulle den dessutom skulle ha mycket svårt att uppfylla det krav på opartiskhet som ställs i artikel 6. I målet *Enso Española*¹⁵² fäste Förstainstansrätten ringa vikt vid sökandens argument att denna opartiskhet skulle kunna kompenseras och avfärdade bestämt, med stöd av fast praxis,¹⁵³ att Kommissionen skulle kunna utgöra en domstol i den mening som avses i artikel 6, EKMR.

I en av de senaste domarna på området, *Mannesmann*¹⁵⁴ 2001 ansåg sig Förstainstansdomstolen inte behörig att bedöma huruvida en undersökning enligt konkurrensrätten är förenlig med konventionen, eftersom konventionens bestämmelse i sig inte utgör en del av gemenskapsrätten.¹⁵⁵ Man påpekade att gemenskapsrätten emellertid erkänner principen att envar har rätt till försvar och en opartisk rättegång,¹⁵⁶ vilken ger ett skydd motsvarande det som säkerställs genom artikel 6 i konventionen.¹⁵⁷ Den modifierade version av principen att inte ange sig själv som fastlades i Orkem tillämpas alltjämt och domstolen är av effektivitetshänsyn negativ till att öka dess räckvidd.

Frågan är emellertid om inte Gemenskapsdomstolen med hänsyn till Europadomstolens senaste praxis snart kommer tvingas överge denna linje. Som tidigare nämnts har den ju fått ge upp argumentet att artikel 6 inte skulle vara tillämplig på fysiska personer, detsamma gäller den administrativa fasens straffrättsliga karaktär. Beträffande kriteriet att Kommissionen måste vara att se som en domstol har det varit lite svårare att övertyga domstolen, men det finns numera andra vägar att gå för den som vill åberopa artikel 6 i EKMR. En rad domar i Europadomstolens praxis, såsom *Engel* 1976¹⁵⁸, *Öztürk* 1984¹⁵⁹, och *Campell och Fell* 1984¹⁶⁰ talar nämligen för att artikel 6 kan tillämpas utan att kravet på domstol är uppfyllt. Därmed kommer man också runt problemet med Kommissionens partiskhet. För det fall att domstolen skulle göra en vändning och erkänna Kommissionen som en domstol men istället neka tillämpning på grund av

¹⁵¹ Van Landewyck m.fl. mot Kommissionen, 29 oktober 1980, förenade målen 209/78-215/78 och 218/78 & Musique Diffusion française m.fl. mot Kommissionen, förenade målen 100/80, 101/80, 102/80 och 103/80

¹⁵² *Enso Española*, p.56

¹⁵³ Denna långa kedja av avgöranden torde framförallt utgöras av *Musique Diffusion Française m. fl. mot Kommissionen*, 7 juni 1983, *Bundel* samt *FEDET AB-GB-Inno-BM SA v. Fédération Belgo-Luxembourgeoise des Industries du Tabac*, 20 juli 1978, 78/670/EEC, O.J. 1978, L224/29, (1978) C.M.L.R. 524, C.M.R. 10070

¹⁵⁴ *Mannesmannröhren - Werke AG mot Kommissionen*, 20 februari 2001, mål T-112/98.

¹⁵⁵ *Mannesmann* p.59 med hänvisning till *Mayr-Melnhof v. Kommissionen*, 14 maj 1998, mål T-347/94, REG 1998

¹⁵⁶ fastslogs i *Baustahlgewebe*, p.21 och i *Krombach* 28 mars 2000, mål C-7/98, REG 2000, p.26

¹⁵⁷ *Mannesmann* p. 77

¹⁵⁸ *Engel* m.fl., 8 juni 1976, serie A, nr 22

¹⁵⁹ *Öztürk*, 21 februari 1984, serie A 1973, nr 73

¹⁶⁰ *Campell och Fell*, 28 juni 1984, serie A, nr 80

partiskhet, har i Europadomstolens dom *De Cubber*¹⁶¹ fastslagits att denna skulle kunna kompenseras om det senare fanns en möjlighet att väcka talan vid en domstol med full prövningsrätt. Det bör dessutom noteras att Förstainstansrätten i domen *SCK-FNK*,¹⁶² gjorde en ansats att tillämpa artikel 6 EKMR i ett fall där sökanden anklagade Kommissionen för att inte ha behandlat dess ärende inom skälig tid.¹⁶³ Domstolen hävdade som vanligt att man dömde efter gemenskapens egna grundläggande principer, men gjorde en bedömning som var helt i linje med Europadomstolens praxis och utarbetade kriterier.

För rättsakter som antagits efter den 7 december 2000 gäller även *Nice-stadgan*. Stadgan garanterar bl.a. rätt till god förvaltning vid unionens institutioner,¹⁶⁴ rätt till effektivt rättsmedel och en opartisk domstol¹⁶⁵ liksom respekt för rätten till försvar.¹⁶⁶ Viktigast i sammanhanget torde vara artikel 52.3 som stadgar att sådana rättigheter som finns upptagna i *både* Europakonventionen och Nicestadgan skall ha samma räckvidd och innebörd som i konventionen. Artikel 41 i stadgan ger liksom artikel 6 EKMR var och en rätt att få sina angelägenheter behandlade rättvist, opartiskt och inom skälig tid. Om detta tolkas som att dessa paragrafer innehåller ett motsvarande skydd skulle tillämpning av artikel 52.3 i Nicestadgan innebära att också stadgans artikel 41 omfattar en absolut rätt att inte vittna mot sig själv. En intressant omständighet utgörs i så fall av att artikel 41 inte inskränker sig till att omfatta rättigheterna inför en domstol utan även gäller för alla unionens institutioner och organ. Den gäller därutöver inte heller endast i straffrättsliga sammanhang eller vid prövning av civila rättigheter och skyldigheter, utan tillämpas på förvaltning i allmänhet. Nicestadgan har tyvärr ännu inte hunnit prövas i konkurrenssammanhang,¹⁶⁷ men utgör definitivt en ny och synnerligen intressant rättslig omständighet.

¹⁶¹ De Cubber, 26 oktober 1984, serie A, nr 86

¹⁶² SCK-FNK mot Kommissionen, Förstainstansrätten, 20 oktober 1997, T-213/95 och 18/96

¹⁶³ Den administrativa fasen varade i fallet i mer än 45 månader (SCK-FNK, p.43)

¹⁶⁴ Art.41.1

¹⁶⁵ Art.47

¹⁶⁶ Art.48.2

¹⁶⁷ Nice-stadgan återopades av sökanden i fallet Mannesmannröhren-Werke den 20 februari 2001, men avvisades av domstolen eftersom den ifrågasatta rättsakten antagits före den 7 december 2000.

4 RÄTTIGHETER UNDER DET KONTRADIKTORISKA FÖRFARANDET

4.1 Inledning

Trots att det är fråga om en administrativ procedur kan Kommissionens utredning utmynna i att företaget åläggs en sanktion. Det misstänkta företaget måste därför, under det kontradiktoriska förfarandet, ha rätt att avge sina synpunkter på de anklagelser och bevis som riktas mot det.¹⁶⁸ Riktlinjer för tillgång till handlingarna i ärendet hör därmed till de processrättsliga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar. Man kan tänka sig en tvådelning av denna rättighet. Det första steget utgörs av rättigheter som tillåter företaget att få reda på vilka anklagelser och bevis det belastas av. Detta är en förberedande åtgärd inför nästa steg, som utgörs av en rättighet att bemöta samtliga anklagelser. Man skulle kunna se det som att rätten till Kommissionens akt snarare utgör en nödvändig beståndsdel i principen om rätten att bli hörd, än en separat rättighet.¹⁶⁹

4.2 Tillgång till Kommissionens akt

4.2.1 Inledning

När man talar om tillgång till Kommissionens akt i konkurrensrättsliga sammanhang är det viktigt att skilja mellan *Kommissionens meddelande om anmärkningar*¹⁷⁰ och *Kommissionens akt* i dess helhet. Ett meddelande om anmärkningar är ett sammandrag av de *nödvändiga* fakta och slutsatser som Kommissionen avser grunda sitt beslut på. Kommissionens akt innehåller *alla* de faktiska omständigheter och bevis som kommer ligga till grund för Kommissionens slutliga avgörande.

4.2.2 Meddelande om anmärkningar

I förordning 17/62 artikel 19 stadgas att parterna för att effektivt kunna redogöra för sina synpunkter måste få ta del av den information som kan

¹⁶⁸ Vilket också stadgas i förordning 17/62, art. 19

¹⁶⁹ Hercules mot Europeiska kommissionen, 17 december 1991, mål T-7/89, p.75&76

¹⁷⁰ Ofta används den engelska termen Statement of Objections.

användas emot dem, vilket Gemenskapsdomstolen också påminde om i fallet *Transocean Marine Paint II*.¹⁷¹ Kommissionen utarbetar vanligen ett sammandrag av de anmärkningar som framställts under förfarandets första fas och uppmanar företaget att bemöta dessa inom en viss tidsfrist,¹⁷² vanligen två månader i komplicerade fall tre.^{173 174} En skyldighet att utarbeta ett sådant s.k. *meddelande om anmärkningar* finns dessutom nedlagd i artikel 3.1, förordning 2842/98.¹⁷⁵

Meddelandet fungerar som informationskälla för företaget samtidigt som det markerar en gräns för Kommissionens befogenheter. En ytterligare effekt är att preskriptionstiden avbryts och att man uppställer en viss tid inom vilken företaget förväntas inkomma med svar.¹⁷⁶ För att kunna fylla sina två huvudfunktioner måste meddelande om anmärkningar vara klart och precist. Det spelar ingen roll om meddelandet är kortfattat,¹⁷⁷ så länge de väsentliga omständigheter som Kommissionen stöder sig på framkommer. Som väsentliga omständigheter räknas:

- överträdelsens karaktär och varaktighet^{178 179}
- huruvida Kommissionen avser ålägga företaget sanktion eller inte^{180 181}
- fakta och åberopad rättsgrund

Enligt artikel 2.2 i förordning 2842/98¹⁸² får Kommissionen inte grunda sitt beslut på annat än det som framkommit i meddelandet om anmärkningar.¹⁸³ Kommissionen kan t.ex. inte bötfälla ett företag utan att i förväg ha meddelat detta som sin avsikt.¹⁸⁴ Samtidigt bör dock beaktas att Kommissionen inte är bunden av sitt meddelande såtillvida att den inte alls kan göra ändringar. Ändringar får göras så länge företaget underrättas och får ta del av den nya versionen.^{185 186} Detta är en följd av att meddelande om anmärkningar endast ses som en förberedande åtgärd till Kommissionens slutgiltiga beslut och därmed inte kan angripas av det anklagade företaget.¹⁸⁷

¹⁷¹ (A/232)(1992) 14 EHRR 509, p.72-74

¹⁷² numera stadgat i artikel 3.4, förordning 2842/98 med minimum på två veckor

¹⁷³ Korah 4.5.2

¹⁷⁴ Commissions XXIIIrd Report on Competition Policy(1993)

¹⁷⁵ (1998) Oj L354/18, tidigare artikel 2.1 i förordning 99/63

¹⁷⁶ Tercinet, 2.2.2, s.111

¹⁷⁷ Boehringer Mannheim GmbH mot Europeiska kommissionen, 15 juli 1970, mål 45/69, Hoffmann - La Roche & Co mot Europeiska kommissionen, 13 februari 1979, mål 85/76

¹⁷⁸ Tercinet, 2.2.2, s.110

¹⁷⁹ Mål 100-103/80, Musique Diffusion Francaise mot Kommissionen (1983) ECR 1823, (1983) 2 CMLR 221

¹⁸⁰ Jones & Sufrin, s. 878

¹⁸¹ Tercinet, 2.2.2, s.110

¹⁸² tidigare art. 4, förordning 99/63

¹⁸³ framgår även i fallen Grundig 1966 och Boehringer Mannheim 1970

¹⁸⁴ Jones & Sufrin, s.878 med hänvisning till Förenade målen T-25/95 etc. Cimenteries CBR SA mot Kommissionen, 15 mars 2000, (2000) 5 CMLR 204

¹⁸⁵ Bayer mot Europeiska kommissionen, 13 juli 1972., LVM 1999, p.20

¹⁸⁶ Jones & Sufrin, s 8.7.8 med hänvisning till mål 107/82 AEG-Telefunken mot Kommissionen, 25 oktober 1983 (1983) 3 CMLR 325

¹⁸⁷ IBM mot Europeiska kommissionen, 11 november 1981, mål 68/81, p.1.1

Meddelande om anmärkningar förpliktar inte det berörda företaget att ändra eller ompröva sina affärsmetoder. Det utgör snarare en upplysning för företaget om att det föreligger en faktisk risk för böter.¹⁸⁸

4.2.3 Utveckling av principen om jämlikhet i medel¹⁸⁹

Meddelandet om anmärkningar var alltså ursprungligen tänkt att tillvarata företagets rätt till försvar och utgöra grunden för den kontradiktoriska fasen. Ganska snart insåg emellertid Gemenskapsdomstolen att detta inte var tillräckligt. Det började med fallet *Consten-Grundig mot Kommissionen*,¹⁹⁰ 1966, där domstolen erkände att företagets behov av att bli underrättad sträcker sig längre än meddelandet om anmärkningar, det måste också få ta del av de faktiska omständigheter som anmärkningarna grundar sig på.¹⁹¹ Man begränsade sig dock och tillade att företaget för den skull inte behöver ha rätt till *hela* Kommissionens akt, en linje som senare följdes i fallet *VBVB & VBBB*.¹⁹²

År 1979 uttalade Gemenskapsdomstolen även i fallet *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen* att iakttagande av rätten till försvar kräver att företaget lämnas tillfälle att få yttra sig om riktigheten och relevansen hos de omständigheter och handlingar som ligger till grund för¹⁹³ Kommissionens påstående om överträdelse.¹⁹⁴ Det erinrades dessutom om att Kommissionen i sina beslut endast skall ta upp sådana anmärkningar som företaget haft tillfälle att yttra sig om.¹⁹⁵

I fallet *Soda Ash*¹⁹⁶ hänvisade Förstainstansrätten för första gången till att principen om jämlikhet i medel fordrar att de anklagade företagen skall veta lika mycket om akten som Kommissionen själv.¹⁹⁷ Kommissionens tolkning var dock att denna princip endast avser de "relevanta" dokumenten och att Förstainstansrättens uppgift är att fungera som skiljedomare och avgöra vad som är relevant. I denna fråga sattes Kommissionen dock på plats i det betydligt nyare fallet LVM, där det ansågs att man med hänsyn till principen om jämlikhet i medel omöjligt kan acceptera att Kommissionen ensam avgör relevansen av handlingarna. Företaget torde dock ha störst framgång med en klagan om det kan visa att det nekade dokumentet skulle ha gett fallet en annan utgång.¹⁹⁸

¹⁸⁸ IBM, p.3

¹⁸⁹ översättning av den engelska termen equality of arms

¹⁹⁰ Établissements Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissionen, 13 juli 1966, förenade målen 56och 58-64.

¹⁹¹ Consten-Grundig, p.2

¹⁹² förenade målen 43 and 63/82, 1984, ECR 19, p.25

¹⁹³ min kursivering

¹⁹⁴ 13 februari 1979, mål 85/76, p.11

¹⁹⁵ Hoffmann-La Roche, p.9.3

¹⁹⁶ Solvay et Cie mot Europeiska kommissionen, 29 juni 1995, målT-30/91

¹⁹⁷ Korah, p.4.5.2, s.139

¹⁹⁸ Korah 4.5.2, s.139

4.2.4 Tillgång till Kommissionens akt:

Principen om jämlikhet i medel hade successivt utvecklats i praxis, men kunde fortfarande ifrågasättas. Varken förordning 99/63 eller 17/62 hade förutsett rättigheten men det fanns å andra sidan inget hinder mot att Kommissionen själv skulle kunna utöka tillgången till sina egna dokument. I sin *Twelfth Report on Competition Policy*¹⁹⁹ av 1982 meddelade Kommissionen sin avsikt att bättre bevara företagens rätt till försvar genom att låta dem inspektera den akt som berör deras fall.²⁰⁰ Företagen informeras om aktens innehåll genom en bilaga till meddelandet om anmärkningar, listande de tillgängliga dokumenten, och inbjuds att på Kommissionens villkor komma och granska dessa handlingar. Rör det sig bara om ett fåtal handlingar kan dessa skickas per post.²⁰¹

Kommissionens åtagande innehåller emellertid vissa begränsningar beträffande konfidentiell information. Följande dokument lämnas *inte* ut för granskning:

- 1) dokument eller delar av dokument som innehåller *andra företags affärshemligheter*
- 2) Kommissionens *interna dokument*, såsom anteckningar, utkast eller dylikt
- 3) *annan konfidentiell information*, som till exempel handlingar som röjer annan klagandes identitet i fall där denne önskar vara anonym, liksom annan information som yppats inför Kommissionen med förbehåll om sekretess

Rätten att ta del av Kommissionens akt är alltså en rättighet som Kommissionen själv åtagit sig att garantera, mer eller mindre medveten konsekvenserna. Förstainstansdomstolen påminner Kommissionen i domen *Hercules*²⁰² om att den med stöd av domarna *Kommissionen mot Rådet*²⁰³ och *Louwage mot Kommissionen*²⁰⁴ inte får avvika från regler som den ålagt sig själv. I såväl *Hercules*²⁰⁵ som *Italian Flat Glass*²⁰⁶ fördömde Förstainstansdomstolen det faktum att en passage som var till fördel för ett av de anklagade företagen tagits bort från det presenterade dokumentet.

¹⁹⁹ p.40 & 41

²⁰⁰ Droège-Lysén, 10.5.3 s.116, Hercules p.52

²⁰¹ Commission's 1997 Notice on access to the file, (1997) OJ C23/3

²⁰² p. 53.4

²⁰³ Mål 81/82, 1973, ECR 575,p.9, s.584

²⁰⁴ Mål 148/73, 1974, ECR 81

²⁰⁵ T-68, 77&78/89, 1992, E.C.R II 1403

²⁰⁶ *Industria Vetraria Alfonso Cobelli v. Fabbrica Pisana SPA* m.fl, 7 december 1988, 80/1334/EEC

Även de dokument som uteslutande gynnar försvaret skall meddelas²⁰⁷ Kommissionen har, som tidigare nämnts, inte rätt att ensam avgöra vilka handlingar som är användbara för försvaret²⁰⁸ och är därmed tvungen att lämna ut samtliga dokument som uppkommit under utredningen, med undantag för dem av konfidentiellt slag.

Förstainstansrättens dom *Limburgse Vinyl Maatschappij* innehåller en sammanfattning av den praxis som utvecklats och som idag gäller på området. Rätten till Kommissionens akt har utvecklat en karaktär av grundläggande princip och är nödvändig för upprätthållandet av principen om företagets rätt till försvar. Man betonar att tillgång till handlingarna i konkurrensärenden har till syfte att ge företaget möjlighet att få kännedom om bevismaterialet i Kommissionens handlingar och därigenom få möjlighet att förbereda sitt försvar²⁰⁹ och man hänvisar uttryckligen till principen om jämlikhet i medel. Domstolen reserverar sig dock mot att det skulle vara fråga om en absolut rättighet, eftersom den inte tillåts komma i konflikt med skyddandet av affärshemligheter.

En intressant och mycket viktig aspekt uppkommer dock när man granskar domstolens resonemang i de fall där beslut fattats utan att företaget getts tillgång till hela Kommissionens akt. Istället för att helt konkret ogiltigförklara beslutet p.g.a. denna brist har domstolen omsorgsfullt undersökt utelämnandets inverkan på företagets möjligheter att försvara sig²¹⁰ samt dess inverkan på utgången i målet.²¹¹ Bara om denna verkan varit negativ har beslutet ogiltigförklarats.²¹²

4.2.5 Begränsningar -vilka dokument omfattas av sekretess?

4.2.5.1 Inledning

Begränsningarna i det anklagade företagets rätt att ta del av Kommissionens akt lämnar de företag från vilka upplysningar inhämtas en garanti för att deras intressen att bevara affärshemligheter skyddas och ger därmed Kommissionen möjlighet att i så stor utsträckning som möjligt inhämta nödvändiga upplysningar utan att företagen har möjlighet att vägra den detta

Att avgöra vilka handlingar som får undantas med stöd av sekretess är emellertid inte helt enkelt. Det är fråga om en gränsdragning som präglas av en snäv balansgång mellan parternas rätt att veta vad de anklagas för och Kommissionens plikt och vilja att genomföra en snabb och störningsfri

²⁰⁷ Korah, 4.5.3, s.139

²⁰⁸ mål T-30/91, Solvay SA mot Kommissionen, (1995) ECR II-1775 och mål T-36/91

²⁰⁹ LVM, p.27.1

²¹⁰ LVM, p.1020

²¹¹ Cimenteries CBR SA mot Kommissionen, 15 mars 2000 -att det finns en liten chans/risk att undanhållandet skulle ha påverkat Kommissionens beslut är tillräckigt.

²¹² Jones & Sufrin, s. 882

utredning.²¹³ Denna gränsdragning är särskilt viktig eftersom stora värden står på spel för de företag som riskerar att få sina hemligheter offentliggjorda, men även eftersom undanhållande av en handling som utgör affärshemlighet innebär en begränsning för Kommissionen. Eftersom företaget inte kan ta del av handlingen kan det inte heller bemöta den, vilket i sin tur resulterar i att Kommissionen inte heller kan använda den som underlag för sitt beslut. Effekten blir att beslutsunderlaget minskar.

4.2.5.2 Vad säger fördrag och förordningar?

För att kunna definiera begränsningarna i tillgången till Kommissionens akt bör inledningsvis befintliga fördragsbestämmelser och förordningsartiklar granskas. *Artikel 287 i Amst.F* föreskriver att gemenskapens institutioner och tjänstemän inte skall avslöja information som omfattas av yrkeshemlighet:

*"Medlemmarna av gemenskapens institutioner, medlemmarna av kommittéer samt tjänstemän och övriga anställda i gemenskapen skall, även efter det att deras uppdrag upphört, vara förpliktade att inte lämna ut upplysningar som omfattas av tystnadsplikt, särskilt uppgifter om företag, deras affärsförbindelser eller deras kostnadsförhållanden."*²¹⁴

Det är inte klart vad som exakt menas med detta. Enligt vissa nationella rättssystem omfattas *all* information som erhållits av en kommissionstjänsteman i dennes funktion.

Artikel 19.3 och *artikel 20 i förordning 17/62* sörjer för att hänsyn tas till företagets intresse av att deras affärshemligheter skyddas.²¹⁵ *Artikel 19.3* reglerar Kommissionens plikt att, i samband med utfärdande av icke-ingripandebesked eller meddelande av beslut enligt RomF artikel 85.3, offentliggöra ansökan eller anmälan i sammandrag och lämna tredje man tillfälle att yttra sig. Hänsyn skall i sådant sammanhang tas till företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas.²¹⁶ Enligt artikel 20.1 får information som erhållits genom begäran eller inspektion endast användas för det med begäran avsedda ändamålet. Det finns ingen uttrycklig restriktion för information som erhållits under informella samtal med tjänstemän eller från tillkännagivanden, men artikel 20.2 stadgar att Kommissionens och medlemsstaternas behöriga myndigheter samt deras tjänstemän och övriga anställda, utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 19 och 21, inte får röja några upplysningar som de har inhämtat med stöd av denna förordning om de är av sådant slag att de omfattas av sekretess. Kommissionens skyldighet att bevara sekretessen enligt artikel

²¹³ Jones & Sufrin, s.885

²¹⁴ Sedan det reviderade formuläret A/B började användas efter 1985 har tjänstemän placerat konfidentiell information i ett separat annex så att Kommissionen lättare ska veta vilken information den skall undanhålla

²¹⁵ Jones & Sufrin, s.886

²¹⁶ Notera att det här är fråga om det anklagade företagets affärshemligheter

20.2 i förordning nr 17 måste emellertid förenas med hänsyn till rätten till försvar.²¹⁷

4.2.5.3 Vad säger praxis?

Den grundläggande princip, som fastlades i *Hoffmann-La Roche*, är som tidigare nämnts den att Kommissionen inte kan använda information som den undanhållit p.g.a. sekretess till grund för beslut som är till nackdel för ett företag.²¹⁸ Den bestämmelse som var tänkt att underlätta Kommissionens arbete blir därmed också försvårande, genom att beslutsunderlaget reduceras. Det finns emellertid två olika lösningar på problemet. Om beslut redan är fattat kan Kommissionen genom att avhjälpa bristen slippa ifrån ogiltighet. Detta sker under förfarandet inför Gemenskapsdomstolen och är bara möjligt om rätten till försvar inte påverkats.²¹⁹ Ett annat alternativ, mer förenligt med syftet för den aktuella bestämmelsen, är att det uppgiftslämnande företaget gör en sammanställning av innehållet i de aktuella dokumenten men utelämnar känslig information.^{220 221} Detta har utvecklats till en skyldighet som numera finns nedlagd i "*the New Hearing Regulation of 1998*,"²²² artikel 13.2, och som dessutom ålägger parterna att identifiera konfidentiellt material som de inte vill skall yppas. Som parter räknas det anklagade företaget, klagande parter och tredje män. Även "*the 1997 Notice on Access to the File*"²²³ innehåller bestämmelser som skall underlätta kommunikationen av dokument i sekretessfall. Detta dokument koncentrerar sig till skillnad från "*the Hearing Regulation*" främst på rättigheterna för det företag som befinner sig under granskning, inte tredje män.

Kommissionen ger riktlinjer för en bedömning som skall avgöra huruvida behovet av att avslöja handlingen är större än den skada avslöjandet skulle innebära.²²⁴ Kommissionen anser sig ha befogenhet att ansvara för denna bedömning och har det kanske också eftersom det i flertalet rättsfall slagits fast att det är Kommissionen som slutligen avgör vad som omfattas av affärshemlighet.²²⁵

Med beaktande av de *extremt svåra skador* som *kan uppstå* genom en rättsstridig delgivning av handlingar till en konkurrent, skall Kommissionen innan den verkställer sitt beslut *lämna företaget möjlighet att väcka talan* inför domstol för att få bedömningarna prövade och för att, i enlighet med

²¹⁷ Hoffmann La Roche, p.2

²¹⁸ Jones & Sufrin, s.886

²¹⁹ Hoffmann-La Roche, p.15

²²⁰ Tercinet, 2.2.2B, s.113, Jones & Sufrin, s.888 med hänvisning till Notice (1997) OJ C23/3 Section II.A.1.2.

²²¹ Van Bael, s.1113, not 64 2st. med hänvisning till Kommissionens "Fourteenth Report on Competition Policy"

²²² (1998) OJ L354/18, ersätter förordning 99/63.

²²³ (1997) OJ C23/3

²²⁴ Jones & Sufrin, s.887

²²⁵ AKZO mot Europeiska kommissionen, 24 juni 1986, mål T-53/85, p.3. Van Bael, s.111.

artikel 173, RomF i förening med artikel 185 i fördraget, hindra att den omtvistade delgivningen sker.

I fallet *Hercules*²²⁶ tog Gemenskapsdomstolen ställning i frågan om begränsningar och menade att det anklagade företaget har rätt att ta del av bevis, faktiska omständigheter etc., i princip Kommissionens akt,²²⁷ men inte i dess helhet. Domstolen preciserade denna begränsning genom en hänvisning till den lista som Kommissionen själv hade upprättat nio år tidigare i sin "*Twelfth Report on Competition Policy*". Kommissionen har alltså rätt att begränsa tillgången till akten med dokument innehållande företagshemligheter, Kommissionens interna dokument samt andra handlingar som omfattar konfidentiella upplysningar.²²⁸

Affärshemligheter: Vi har hittills koncentrerat oss på skyddet av tredje mäns affärshemligheter gentemot det företag som står under Kommissionens utredning. En annan minst lika viktig aspekt är det omvända förhållandet; -skydd av det anklagade företags affärshemligheter gentemot tredje män. Tongivande fall på området torde vara *AKZO mot Kommissionen*²²⁹ där ett klagande företag med stöd av artikel 19.2, förordning 17/62, begärt och från Kommissionen erhållit kopia på meddelande om anmärkningar samt ett antal handlingar ur Kommissionens akt. AKZO hävdade att Kommissionen hade försummat sin skyldighet att bevara AKZO:s affärshemligheter. Gemenskapsdomstolen erinrar om att de förbehåll i artikel 20, förordning 17/62, för artiklarna 19 och 21 innebär att förpliktelse avseende sekretess kan inskränkas till förmån för klagande tredje man som uppvisar tillräckligt intresse. Kommissionen kan delge sådan tredje man vissa upplysningar som omfattas av sekretess, om det är *nödvändigt*²³⁰ för att undersökningen skall fortgå störningsfritt.²³¹ Denna möjlighet *gäller dock inte* alla slags handlingar som på grund av sin karaktär omfattas av sekretess. Både enligt artikel 19.3 och artikel 21 är Kommissionen skyldig att ta hänsyn till företagets berättigade intresse av att deras *affärshemligheter* inte röjs. *Affärshemligheter ges således ett mycket speciellt skydd.*²³² och en klagande tredje part får inte under några omständigheter ta del av handlingar som innehåller affärshemligheter.²³³ Varje annan lösning skulle enligt domstolen leda till den oacceptabla följden att ett företag kan inkomma med klagomål enbart i syfte att få del i dess konkurrenters affärshemligheter. Utgången i målet blev att Kommissionens beslut ogiltigförklarades.²³⁴

²²⁶ Förstainstansdomstolen, 17 december 1991, mål C-51/92P, Hercules Chemicals NV mot Kommissionen,(1999) 5 CCMLR 976

²²⁷ Hercules, p.51, med hänvisning till mål 322/81, Neederlandsche Banden-Industrie Michelin N.V. mot Kommissionen, p.7, 9 november 1983

²²⁸ Hercules, p. 54, bekräftades senare av domstolen i falletLVM, 1999, p.27.4

²²⁹ AKZO Chemie BV & AKZO Chemie UK Ltd mot Kommissionen, mål 53/85, 24 juni 1986, ECR 1965, (1987) 1 CMLR 231

²³⁰ min kursivering

²³¹ AKZO, p.27

²³² AKZO, p.28

²³³ AKZO,p.28

²³⁴ Korah, 4.4.6, s.142

Interna handlingar: Kommissionen själv är av den åsikt att det finns de handlingar som bör åtnjuta ett ännu starkare skydd än affärshemligheter. Då den redovisar innehållet i sin akt är affärshemligheter och andra konfidentiella dokument märkta som "icke tillgänglig" information, medan Kommissionens interna information betecknas som "otillgänglig" och inte ens finns i akten.²³⁵ Kommissionen rättfärdigar detta strikta skydd av interna dokument med att dessa inte är handlingar som den kan grunda sitt beslut på och att det är viktigt att Kommissionens avdelningar sinsemellan fritt kan uttrycka sig.²³⁶ Denna Kommissionens särskiljning har dock starkt kritiserats för att kunna innehålla för försvaret relevant information som aldrig kommer den klagande till del.

Övriga konfidentiella dokument: innehåller ofta känslig information om andra fysiska och juridiska personer än det anklagade företaget. Till exempel är Kommissionens skyddande av sådan information, enligt domen *Stanley George Adams*,²³⁷ den enda garanti en angivare kan få. Denna typ av dokument är sämre skyddade eftersom de om det är nödvändigt kan yppas i syfte att motbevisa en anklagelse eller om de är av stor vikt för tredje man. Företagen måste själva skriftligen precisera vilka dokument som är konfidentiella och anhålla om att detta respekteras.

4.3 Rätt att bli hörd

4.3.1 Inledning

Rätten att bli hörd är en grundläggande gemenskapsrättslig princip²³⁸ och den enda av försvarsrättigheterna som är stadgad i förordning, huvudsakligen i "*the Hearing Regulation of 1998*"²³⁹ (förordning nr 2842/98 som ersätter förordning nr 99/63) men även i förordning 17/62, artikel 19. Rätten att bli hörd aktualiseras endast under det kontradiktoriska förfarandet och kan utövas både muntligt och skriftligt.²⁴⁰ Den skriftliga delen är obligatorisk, medan den muntliga snarare utgör ett komplement.

Artikel 19.1 i förordning 17/62 föreskriver att de *berörda företagen* måste lämnas tillfälle att yttra sig över Kommissionens anmärkningar innan Kommissionen fattar beslut om

²³⁵ Jones & Sufrin, s.888

²³⁶ Jones & Sufrin, Notice(1997) OJ L23/3 Section I.A.3.

²³⁷ Stanley George Adams, 7 november 1985, mål 145/83 & 63/84 / Tercinet 2.2.2, B 171, s.113

²³⁸ Droeghe-Lysén, s.112, 10.5.4, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommissionen, 9 november 1983, mål 322/81, p. 7

²³⁹ (1998) OJ L354/18

²⁴⁰ Van Bael, p.1114

- a. negativattest,
- b. åläggande att upphöra med överträdelse,
- c. individuellt undantag enligt artikel 81.3,
- d. förnyande, återkallande eller ändring av ett undantag enligt artikel 81.3,
- e. böter,
- f. viten.

Förordning 2842/98 preciserar hur dessa förhör skall genomföras och anger de regler som skall följas.

4.3.2 Det skriftliga svaret

Enligt artikel 4.1, förordning 2842/98, skall företag mot vilket ett meddelande om anmärkningar är riktat, inom fastställd tidsfrist²⁴¹, *skriftligen* framföra sina synpunkter. Kommissionen måste, när den sätter denna tidsfrist, ta hänsyn till ärendets komplexitet och hur brådskande det är.²⁴² Denna individuella bedömning kan leda till stora variationer med diskrepans på en till flera månader.²⁴³ Tidsfristen får dock inte vara kortare än två veckor.

Det är mycket viktigt att företaget tar till vara tillfället att skriftligt besvara Kommissionens meddelande om anmärkningar. Om företaget underlåter att bemöta ett påstående kan det vara förhindrat att göra det senare.²⁴⁴ Parterna får med stöd av artikel 4.2 anföra alla omständigheter som är av betydelse för deras försvar. De får bifoga alla handlingar som behövs för att styrka de åberopade omständigheterna och de får även föreslå att Kommissionen hör personer som kan bekräfta dessa omständigheter. Innan tidsfristens slut skall dessutom meddelas vilka delar av invändningarna som innehåller affärshemligheter eller annan konfidentiell information. Om de inte gör det får Kommissionen anta att invändningarna inte innehåller sådan information.

Förutom de berörda företagen har andra personer som begär det och som kan uppvisa ett *tillräckligt intresse* rätt att få yttra sig.^{245 246} Om

²⁴¹ Artikel 3.4, förordning 2842/98

²⁴² art.11.1, via van Bael, p.1114

²⁴³ Som exempel kan nämnas fallet Suiker Unie & Ors mot Kommissionen, där rimlig frist ansågs vara två månader, jämfört med fallet Commercial Solvents mot Kommissionen, där företaget fick hålla till godo med 15 dagar.(Van Bael, p.1114)

²⁴⁴ Droege-Lysén, s.118, p.10.5.4.3

²⁴⁵ artikel 19.2, förordning 17/62, artikel 9 förordning 2842/98

Kommissionen avser utfärda ett icke-ingripandebesked med stöd av artikel 2, förordning 17/62 eller meddela beslut enligt Amst.F artikel 85.3 presumeras berörd tredje man ha tillräckligt intresse och skall ges tillfälle att framföra sina synpunkter. Detta sker genom att Kommissionen offentliggör ansökan eller anmälan i ett sammandrag där affärshemligheter och annan känslig information utlämnas.²⁴⁷

4.3.3 Det muntliga förhöret

4.3.3.1 Representation och närvaro

Av artikel 5, förordning 2842/98, framgår att Kommissionen skall ge de parter till vilka det riktas invändningar möjlighet att utveckla sina synpunkter i ett muntligt förhör, om de begär det i sina skriftliga yttranden. Detta gäller enligt artikel 8 även för sökande eller klagande. Övriga tredje män med tillräckligt intresse får höras muntligt om de begärt det i sina skriftliga yttranden och om Kommissionen bedömer att det är lämpligt.²⁴⁸ Det finns därutöver inget hinder mot att Kommissionen på eget initiativ hör annan tredje man.²⁴⁹

Kallelse skickas ut till de personer som skall höras²⁵⁰ och till medlemsstaternas behöriga myndigheter.²⁵¹ Personer som kallats skall infinna sig personligen eller genom ställföreträdare.²⁵² De kan dessutom biträdas av sina juridiska rådgivare eller andra kvalificerade personer som kommissionens förhørsombud godkänner.²⁵³ Här framgår tydligt Kommissionens avsikt att uppdatera reglerna för förhör med praxis. I föregångaren 99/63:s motsvarande bestämmelse ställdes krav på att advokaten måste uppfylla kraven för att föra talan vid Gemenskapsdomstolen enligt domstolens stadga, vilket innebar att han måste vara behörig att utöva advokatycket i en medlemsstat.²⁵⁴ Denna formulering skapade teoretiskt sett problem för juridiska företrädare från tredje land. I praktiken accepterades emellertid dessa personer av Kommissionen som "andra kvalificerade personer".²⁵⁵ En annan förändring är att ordet advokater bytts ut mot "sina juridiska rådgivare". Detta borde innebära att det numera står företaget fritt att välja att företrädas av sin internjurist.

²⁴⁶ Gemenskapsdomstolen har gett Kommissionen stort utrymme vad gäller tolkningen av "tillräckligt intresse"/Van Bael, p.1114

²⁴⁷ art. 19.3, förordning 17/62 samt artikel 6&7, förordning 2842/98

²⁴⁸ art. 9.3, förordning 2842/98

²⁴⁹ art. 9.3, förordning 2842/98

²⁵⁰ art. 11.1, förordning 2842/98

²⁵¹ artikel 11.2, förordning 2842/98

²⁵² artikel 12.1, förordning 2842/98

²⁵³ art. 12.2, förordning 2842/98, Droege-Lysén, s.118, p.10.5.4.4

²⁵⁴ Van Bael, p.1114, med hänvisning till "Rules of Procedure of the Court of Justice", art.38§3(OJ 1982 C39/1 med tillägg OJ 1989 L241/1)

²⁵⁵ Van Bael, p.1114

Förhören skall enligt artikel 12.3, 2842/98, inte vara offentliga, vilket dock inte hindrar att personer kan höras i närvaro av andra. Kommissionen kan välja att ha flera av de berörda företagen närvarande vid ett och samma förhör,²⁵⁶ men är skyldig att ta hänsyn till företagens intresse av att deras affärshemligheter skyddas.²⁵⁷ För att konfidentiella uppgifter ändå skall kunna behandlas hör Kommissionen ofta vart och ett av företagen enskilt under en del av förhöret.

Följande personer har rätt att närvara vid förhöret:²⁵⁸

- företag som i egen sak mottagit meddelande om anmärkningar²⁵⁹
- tredje parter som uppvisar tillräckligt intresse
- tredje parter, vilkas närvaro enligt Kommissionen eller behörig nationell myndighet är nödvändig²⁶⁰
- representanter för Kommissionen och behörig nationell myndighet²⁶¹
- representant för en involverad EG-regering (denne har endast rätt att delta som observatör, under förutsättning att de berörda företagen inte har något att invända)²⁶²

4.3.3.2 Förhørsombudet

Kommissionen handlade under lång tid enväldigt de muntliga förhören. Systemet kritiserades emellertid för att vara opartiskt och meningslöst och 1982 inrättades den oberoende befattningen *förhørsombud* (Hearing Officer)²⁶³ Den omfattade då endast befogenhet att organisera och leda de muntliga förhören, men utsträcktes 1994 till att omfatta säkerställande av lämpligt skydd av parternas rättigheter, särskilt med avseende på konfidentiell behandling av dokument och affärshemligheter samt tillgång till Kommissionens handlingar.²⁶⁴

Det hör till förhørsombudets uppgifter att garantera att förhöret genomförs klanderfritt, att rätten till försvar tillvaratas samt att Kommissionen när den

²⁵⁶ Droege-Lysén, s.119, 10.5.4.4

²⁵⁷ art.12.3, förordning 2842/98

²⁵⁸ Van Bael, p.1114

²⁵⁹ dessa kan alltså aldrig nekas att muntligt framföra sin synpunkter om de riskerar böter eller vite alternativt uppvisar tillräckligt intresse./framgår i det ovanstående och av Van Bael, p.1114

²⁶⁰ art. 19.2, förordning 17

²⁶¹ art. 11.2, förordning 2842/98

²⁶² Van Bael, p.1114, detta inträffade 1982 i fallet IBM:s hearing, Fourteenth Report on Competition Policy, No. 94

²⁶³ Van Bael. p.114

²⁶⁴ Pressrelease, Bryssel 23 maj 2001, "European Commission strengthens the role of the Hearing Officer in Competition proceedings", IP/01/736-23.05.2001.

förbereder sitt beslut beaktar samtliga relevanta fakta.²⁶⁵ Det är han som har hand om alla förberedelser, leder förhöret och avgör vilka nya dokument som får tas upp, vilka vittnen och tredje parter som skall höras et.c.²⁶⁶ Förhørsombudet är emellertid inte att se som en domare, eftersom det är inte han som fattar beslut. Efter förhöret vidarebefordrar han en rapport och sina slutsatser av förhöret till Generaldirektoratet för konkurrensrätt. Hans åsikter är endast rådgivande för Kommissionen.²⁶⁷

I maj 2001 genomfördes ytterligare en reform för att stärka förhørsombudets roll och öka insynen i beslutsprocessen.²⁶⁸ För att stärka förhørsombudets oberoende ställning beslutades att han skulle knytas till den för konkurrensfrågor ansvarige kommissionsledamoten, istället för att som tidigare tillhöra Generaldirektoratet för konkurrens. Beslut om utnämning och förflyttning av förhørsombudet skall offentliggöras i Europeiska gemenskapens officiella tidning. Även lämpliga kandidater som inte tillhör Kommissionen skall ha möjlighet att söka tjänsten.²⁶⁹

Förhørsombudets rapport om beslutsutkastet utgör ett viktigt instrument för att påverka Kommissionens beslutsfattning. Den var tidigare inte tillgängligt för företagen,²⁷⁰ offentliggjordes inte och delgavs inte systematiskt Kommissionärskollegiet. Sedan den senaste reformen skall den sändas till samtliga medlemsstater, bifogas Kommissionens beslut som delges kollegiet, meddelas parterna samt offentliggöras med det slutgiltiga beslutet.²⁷¹

4.3.3.3 Genomförandet

Det muntliga förhöret är ingen formell rättegång.²⁷² Dess längd är beroende av antalet inblandade och affärens komplexitet. Den varar vanligen bara en dag och eftersom eftermiddagen oftast är avsatt för frågor från medlemsstaternas representanter kan parternas utrymme inskränkas till bara morgonen. Det finns emellertid fall där förhöret pågått i veckor. Förhöret i samband med fallen i den s.k. "Cement-kartellen" pågick t.ex. under en hel månad.²⁷³

Förhöret inleds vanligen med att en kommissionstjänsteman kort presenterar fallet. Därpå följer en muntlig presentation från det anklagade företaget och från en eventuell klagande part. Såväl Kommissionens och medlemsstaters

²⁶⁵ Artikel 2, Terms of Reference of the Hearing Officer, tillägg till "the Thirteenth Report on Competition Policy, p. 272, via Van Bael, p.1114

²⁶⁶ Van Bael, p.1114

²⁶⁷ Jones & Sufrin, s.892

²⁶⁸ 2001/462/EC, ECSC Commission Decision of 23 may 2001 on the terms of reference of Hearing Officers in certain competition proceedings.

²⁶⁹ Pressrelease, Bryssel 23 maj 2001

²⁷⁰ LVM, p.14 -så sent som 1999 stadgade domstolen att förhørsombudets rapport utgjorde Kommissionens interna handling och därför inte kunde delges företagen.

²⁷¹ Pressrelease, Bryssel 23 maj 2001

²⁷² Jones & Sufrin, s.892

²⁷³ Korah, p.4.5.4, s.141

representanter som förhørsombudet själv lämnas tillfälle att ställa frågor angående dessa redogörelser och eventuella vittnesmål.²⁷⁴ Förordning 2842/98, artikel 12.4, föreskriver att samtliga redogörelser skall upptas på band och att de som hörts på begäran skall tillställas en kopia. Affärshemligheter och annan konfidentiell information avlägsnas.²⁷⁵

4.3.3.4 Den Rådgivande kommittén

Den kontradiktoriska fasen avslutas hos den *Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor*, som består av representanter från medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. Enligt förordning 17/62, artikel 10.3, måste Kommissionen samråda med denna kommitté innan den fattar ett beslut mot ett företag med stöd av artiklarna 81 eller 82, meddelar negativttest eller ålägger böter eller förelägger viten. En redogörelse för resultatet av överläggningarna skall bifogas Kommissionens utkast till beslut, men den får enligt artikel 10.6 inte offentliggöras.²⁷⁶ Det bör dock noteras att Kommitténs åsikt, liksom förhørsombudet, endast är rådgivande.

Kommissionen har utsatts för stark kritik för att undanhålla beslutsunderlag. Men Gemenskapsdomstolen har inte låtit sig påverkas och i fall som *Pionéer*²⁷⁷ och *Musique Diffussion Francaise* nekat till att hemlighållandet av rapporten från dessa möten skulle hindra utövandet av rätten till försvar och en rättvis rättegång. Man ansåg att principen om att Kommissionen bara kan grunda sitt beslut på fakta över vilka företaget fått tillfälle att yttra sig gav tillräckligt skydd.

²⁷⁴ Van Bael, p.1114

²⁷⁵ Jones & Sufrin, s.892

²⁷⁶ Droege-Lysén, s.119

²⁷⁷ Pioneer Hi-Fi Equipment, 14 december 1979, O.J. 1989, L60/21

5 SLUTSATS

Kommissionen har rätt till tillträde och viss begränsad rätt att själv hos företaget söka information. Företagets rättigheter skyddas vid en *gryningsråd* av nationella regler och övervakas av behöriga nationella myndigheter. Detta skydd har av Gemenskapsdomstolen ansetts tillräckligt sedan man förvissat sig om att samtliga medlemsstaters nationella rättsordningar innehåller skydd mot godtycklighet och diskriminering vid myndighetsingripanden. Kommissionens möjligheter att effektivt fullgöra sina uppgifter garanteras genom företagets plikt att samarbeta. Eftersom det emellertid kan vara svårt för företaget att i det avgörande ögonblicket veta hur långt denna samarbetsplikt sträcker sig bör en advokat vara närvarande under hela inspektionen. Denne kan samtidigt som han vägleder personalen övervaka att allt går rätt till och se till att eventuella missförhållanden följs upp. Det är därmed av största vikt att man redan i förväg utarbetat en plan för hur advokaten skall kunna nås och infinna sig med mycket kort varsel. Eftersom företagets internjurist är anställd inom bolaget omfattas han av samarbetsplikt och kan bli tvungen att besvara frågor angående dokument med juridisk anknytning. Det är därför omöjligt för honom att sköta advokatens arbete som ju kräver närvaro under hela inspektionen. Internjuristens resurser bör istället koncentreras på att bevaka att de handlingar som omfattar affärshemligheter och annan känslig information inte lämnas ut.

Åberopanden av Europakonventionens artikel 8 i samband med gryningsräder har hittills haft ringa framgång, dels för att domstolen inte ansett det vara möjligt att tillämpa denna bestämmelse på juridiska personer, dels för att tillräckligt skydd anses garanteras av nationella myndigheter. Kritik har dock riktats mot domstolens restriktiva inställning och allt större krav ställs på att Gemenskapsdomstolen skall döma i enlighet med Europadomstolens praxis, där artikel 8 redan tillämpats på juridiska personer. En ny omständighet som ännu inte prövats är dessutom att den s.k. Nicestadgan i sin 7:e artikel slår fast ett skydd motsvarande det i artikel 8, EKMR. Kravet i stadgans artikel 52.3 att artikel 7 därmed skall få samma innebörd och räckvidd som artikel 8 EKMR innebär en helt ny rättslig omständighet som bör kunna få stor betydelse i konkurrenssammanhang.

Om Kommissionen får igenom sitt decentraliseringsförslag i de delar som omfattar undersökningsbefogenheter och utökar rätten till tillträde till att omfatta även företagsledarens privatbostad torde det inte råda någon tvekan om att Europakonventionens artikel 8 är tillämplig. För att ändringen inte skall bli helt verkningslös finns dock viss risk för att Gemenskapsdomstolen i allt större utsträckning börjar tillämpa undantaget i artikel 8.2. Företagsledningen bör därför även utnyttja möjligheten att vända sig direkt till Europadomstolen.

Rätten att skydda dokument som härrör från korrespondens med advokat har helt utvecklats genom praxis och gäller under förutsättning att advokaten är oberoende. Advokatens roll är därmed även här av mycket stor betydelse och kommer med decentraliseringsförslagets genomförande att bli ännu större. Eftersom dokument från företagets internjurister, med undantag av särskilt känslig information, är helt oskyddade bör all information som kan tänkas ha eller få relevans i konkurrenssammanhang anföras till utomstående advokat - en strikt arbetsfördelning är här ett måste. Det innebär naturligtvis extra kostnader att ta hjälp utifrån, men dessa måste vägas mot de sanktioner företaget kan riskera. Om systemet med notifiering tas bort ökar behovet av högkvalificerad rådgivning, stora mängder mycket känslig information måste kommuniceras inför samarbeten, fusioner och förvärv och advokatens roll blir större än någonsin i konkurrenssammanhang. Eftersom dessa stora förändringar kan få effekter på den framtida utvecklingen av praxis kan dock viss försiktighet vara påkallad, särskilt när det gäller att bevara advokatens oberoende.

Även beträffande kravet på advokats behörighet kan förändringar vara att vänta. På senare tid har uppmärksammats de problem som kan uppstå i samband med konkurrensreglernas extraterritoriella tillämpning. Ett utomeuropeiskt företag föredrar oftast av förklarliga skäl att anlita en advokat från det egna landet. Med tillämpning av de kriterier som gäller idag är denna korrespondens inte skyddad, såvida inte det aktuella landet ingått ett bilateralt avtal med Unionen. Problemet är emellertid uppmärksammat och nya avtal håller på att utarbetas.

En absolut *rätt att inte ange sig själv* existerar ännu inte inom gemenskapsrätten. För att undvika uppenbart oskäliga situationer har Gemenskapsdomstolen emellertid genom fallet *Orkem* utvecklat en subtil, villkorad version av denna princip. Svar på frågor, för vilka Kommissionen har bevisbördan, får vägras om de skulle innebära att företaget direkt erkänner överträdelse. Det är dock mycket svårt att dra gränsen mellan vilka frågor som *tvingar* företaget till erkännande och vilka som ger information som *kan* bidra till företagets fällande. Denna gråzon kan naturligtvis utnyttjas och det vore naivt att inte tro att Kommissionen i första hand är ute efter att tillgodose sina egna intressen. Det är därför av största vikt att företaget står på sig och hävdar sina rättigheter, vilket lämpligen görs med hjälp av en advokat. Denne har lättare att mot bakgrund av sin praktiska erfarenhet bedöma om en viss begäran om information kan vara förödande för företaget eller inte. Eftersom företag som inte bidrar med tillräcklig information till Kommissionen riskerar böter är dessutom den motivering som medföljer en nekad begäran av stor betydelse.

Såväl principen om rätt att vägra ange sig själv som advokatens roll kan få ökad betydelse även beträffande en annan del av Kommissionens decentraliseringsförslag. Om Kommissionen tilldelas befogenhet att under en gryningsråd hålla riktiga förhör i syfte att säkra bevisning måste principen

vara tillämplig även här. Eftersom ett sådant förhör kan drabba vilken anställd som helst och eftersom ingen längre betänketid ges är det av största vikt att en advokat finns med vid den anklagades sida och bevakar rätten till försvar.

Gemenskapsdomstolens version av principen att inte behöva ange sig själv är uppenbarligen inte lika långtgående som Europadomstolens, varför artikel 6, EKMR, ofta åberopas i gemenskapsrättsliga mål.

Gemenskapsdomstolen har haft svårt att hålla fast vid sin ursprungliga ståndpunkt att Kommissionens utredning inte är att anse som straffrättslig. Beträffande vägran att se Kommissionen som en domstol håller resonemanget bättre. Det bör dock noteras att Europadomstolen själv inte längre håller så hårt på att detta krav skall vara uppfyllt. Praxis från ett flertal fall erbjuder andra möjligheter, som det märks att Gemenskapsdomstolen börjat snegla på. Med tanke på den bedömning den gjorde i fallet *SCK-FNK* och med hänsyn till de röster som höjs mot dess nästan barnsliga strävan att bevara sin autonomi borde det nog snart vara dags att erkänna att man tillämpar Europakonventionen. Nicestadgans artikel 52.3 gör det uppenbart att man är tvungen. Nicestadgans effekter på rätten att inte ange sig själv kan ännu bara gissas, men det utsatta företaget har allt att vinna på att åberopa den.

Beträffande *tillgången till Kommissionens akt* har Kommissionen själv bidragit till att rätten till försvar stärkts. Från att endast ha haft tillgång till meddelandet om anmärkningar har företaget idag tillgång till stora delar av Kommissionens akt. Principen om jämlikhet i medel har fått fäste i praxis och företagens möjligheter att ta del av anklagelser och förbereda sitt försvar kan anses vara förhållandevis goda. Det finns dock en gråzon som uppstår vid bedömningen av vilka dokument som kan undanhållas med stöd av sekretess. Beträffande bedömningen av vilka handlingar som räknas till Kommissionens interna torde det finnas utrymme för godtycke och risk för att viktiga handlingar undanhålls.

Rätten att bli hörd är den av försvarsrättigheterna som tydligast kommit till uttryck. Den är än så länge den enda rätten som finns nedlagd i förordning. Kommissionen har dessutom tagit åt sig av kritik om opartiskhet och bristande insyn i beslutsprocessen och genomfört ett flertal förbättringar. Den senaste reformen av förhørsombudets uppgifter och offentliggörandet av hans rapport har inneburit ett stort steg. Kvar finns dock den konfidentiella överläggningen med den Rådgivande kommittén, beträffande vilken inga eftergifter skådats vare sig från Kommissionens eller Domstolens sida. Kommissionen får enbart grunda sitt beslut på uppgifter som företaget tagit del av och fått chans att yttra sig om. Trots detta uppkommer under sammanträdet med den Rådgivande Kommittén för första gången under förfarandet synpunkter från nationella representanter. Kommissionen är visserligen inte bunden av kommitténs åsikter, men det står den fritt att utan företagens vetskap väga in dem i sin bedömning. Detta är mycket tvivelaktigt, men Domstolen har hittills avfärdat problemet.

Advokatens roll under det kontradiktoriska förfarandet har aldrig ifrågasatts i samma utsträckning som beträffande den inledande undersökningen, förmodligen eftersom det är så uppenbart att detta arbete kräver processvana. Begäran om de uppgifter som finns i Kommissionens akt liksom formulerandet av det skriftliga svaret måste utföras med största noggrannhet, eftersom det är dessa som sedan ligger till grund för och ramar in det muntliga förhöret.

Även om rätten till försvar med tiden fått allt starkare fäste i praxis och i vissa delar stärkts av Kommissionen så får man inte glömma bort att Kommissionens huvuduppgift är att garantera fri konkurrens genom en effektiv kontroll. Att Kommissionen är skyldig att beakta rätten till försvar innebär inte att företagen har råd att luta sig tillbaka. Rätten till försvar är nämligen sådan att den inte kan åtnjutas utan alltid måste hävdas. Den snabba utveckling som skett den senaste tiden och de stora värden som står på spel gör att denna uppgift numera kräver en expert. Advokatens insats genom *hela* förfarandet har blivit outhärlig.

6 KÄLLFÖRTECKNING

6.1 Litteratur

- ❖ Ivo van Bael och Jean-Francois Bellis, *Competition law of the EEC*, 1990, CCH Editions Limited
- ❖ Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, first supplement to the 4th edition, 1997, Sweet & Maxwell
- ❖ Paul Beaumont och Stephen Weatherill, *EU-law - the essential guide to the legal workings of the European Union*, 3rd edition, 1999, Penguin book
- ❖ Johan Coyet, Leif Gustafsson, Anna-Karin Olsson, Knut Simonsson, *Konkurrensrätten inom EU och EES - en handbok*, 1994, Norstedts juridik, Göteborg
- ❖ Craig och De Búrca, *EU-law*, 2nd edition, 1998, Oxford University Press
- ❖ Craig och De Búrca, *The Evolution of EU-law*, 1999, Oxford University Press
- ❖ Michael Droege och Göran Lysén, *Introduktion till EU och EG-rätten*, 1997, Iustus förlag, Göteborg
- ❖ Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, 2001, Oxford University Press
- ❖ Valentine Korah, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, 6th edition, 1997, Hart Publishing, Oxford
- ❖ Hans Henrik Lidgard, *Europeisk konkurrensrätt -material & cases on European Competition Law and Practices*, februari 2000, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet
- ❖ Thomas Oppermann, *Europarecht*, 2er Auflage, 1999, Verlag C.H. Beck, München
- ❖ Anne Tercinet, *Droit européen de la concurrence - opportunités et menaces*, 2000, Gualino éditeur, Paris

- ❖ Christelle Zampini, *Droit Communautaire Institutionnel*, 1ère ed., 2000, L'Hermès, Lyon

6.2 Artiklar

- ❖ *"Le Livre Blanc de la Commission sur la modernisation des règles de la Concurrence -une introduction"*, av Koen Lenaerts, Cahiers de droit Européen, 2001, nr 1.2, s.134
- ❖ *"Le besoin de sécurité juridique: notifications et exemptions"*, av Laurence Idot & Bernard van de Walle de Ghelcke, Cahiers de droit Européen, 2001, nr 1-2, s.184
- ❖ *"L'arrêt BMW et le droit pénal européen"*, av R. Legros, Cahiers de droit Européen, 1980, nr2-3, s.206l
- ❖ *"Modernising European Competition law: A Developmental Perspective"*, av David J. Gerber, European Competition Law Review, April 2000, Volume 22, Issue 4, s.122
- ❖ *"Kommissionens förslag till modernisering av konkurrensreglerna (eller var det harmonisering?)"*, av Nils Wahl, Europarättslig Tidskrift, 2001, nr 2, årgång 4, s.277
- ❖ *"Decentralisering genom centralisering"*, av Nils Wahl, Konkurrensnytt, 2000, nr 9, s.1
- ❖ *"Konkurrensrätten anpassas till annan näringsrättslig lagstiftning"*, av Kenny Carlsson, Konkurrensnytt, 2000, nr 10, s.2
- ❖ *"La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence: le principe et les conséquences"*, av Jean-Michel Coumes & Jérôme Broche, Revue du marché commun et de l'Union Européenne, september 2001, nr 451, s.546
- ❖ *"La modernisation du droit communautaire des ententes -le point de vue des chefs d'entreprise"*, av Jean-Pierre Denizard & Céline Delacroix, Revue du marché commun et de l'Union Européenne, september 2001, nr 451, s.553

6.3 Förordningar

- ❖ Förordning nr 17/62 *"Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86"*, utfärdad av Rådet 6 februari 1962

- ❖ Förordning nr 2842/98 "*Kommissionens förordning om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget*", utfärdad av Kommissionen den 22 december 1998
- ❖ Förordning nr 99/63 "*Kommissionens förordning om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr17*", utfärdad av Kommissionen den 25 juli 1963

6.4 Material från Kommissionen

- ❖ *Commission White Paper on modernisation of the rule implementing Art. 85 and 86, (now 81 and 82) of the EEC Treaty, (1999) O.J C132/1, (999) 5 C.M.L.R*
- ❖ *Summary of observations on the White Paper on reform of Reg. 17, published by the Commission, 19 Feb. 2000, p. 7.4*
- ❖ *Commission's 1997 Notice on access to the file, (1997) O.J C23/3*
- ❖ *Commission Decision of 23 may 2001 on the terms of reference of hearing officers in certain competition proceedings, 2001/462/EC, ECSC, notified under document number C (2001)1461*
- ❖ *"Dealing with the Commission", (Commission, 1997)*
- ❖ *EC Commission XIth Report on Competition Policy, (Commission, 1981)*
- ❖ *EC Commission XIIth Report on Competition Policy. (Commission, 1982)*
- ❖ *EC Commission XIIIth Report on Competition Policy, (Commission, 1983)*
- ❖ *EC Commission XXth Report on Competition Policy, (Commission, 1990)*
- ❖ *EC Commission XXIIIrd Report on Competition Policy, (Commission 1993)*

6.5 Övrigt

- ❖ *"Les droits de la défense en droit de la concurrence devant la Commission des Communautés Européennes", Memoire en droit public,*

filière Jean Monet à l'Université Paris XII par Juliette et Audrey,
<http://perso.wanadoo.fr/karine/memoire>

- ❖ *"Submission of the CCBE for the intergovernmental conference 2000"*, av CCBE, 5 maj 2000, www.ccbe.org
- ❖ *"Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna"*, Nice, 7 december 2000, OJ C364/19
- ❖ *Europeiska konventionen (d.4 nov.1950) om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*
- ❖ *Tilläggsprotokoll (d. 20 mars 1952) till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna*

7 Rättsfallsförteckning

7.1 Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt

Enso Española SA mot Europeiska kommissionen, 14 maj 1998, mål T-348/94, REG 1998, s. II-1875

Krombach, 28 mars 2000, mål C-7/98, REG 2000, s. I-1935

Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl. mot Europeiska kommissionen, 20 april 1999, förenade målen T-305/94, T-206/94, T-307/94, T-313/94 till T-316/94, T-318/94, T-324/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, REG 1999, s. II-0931

Mannesmannröhren-Werke AG mot Europeiska kommissionen, 20 februari 2001, mål T-112/98, REG 2001, s. 0

Mayr-Melnhof mot Europeiska kommissionen, 14 maj 1998, mål T-347/94, REG 1998, s. II-1751

SA Hercules Chemicals NV mot Europeiska kommissionen, 17 december 1991, mål T-7/89, REG 1991, s. II-1711

SCK-FNK mot Europeiska kommissionen, 22 oktober 1997, förenade målen T-213/95 och T-18/96, REG 1997, s. II-1739

Société Générale mot Europeiska kommissionen, 8 mars 1995, mål T-34/93, REG 1995, s. II-545

7.2 Europeiska gemenskapernas domstol

AEG Telefunken AG mot Europeiska kommissionen, 25 oktober 1983, mål 107/82, REG. 1983, s. 3151

AKZO Chemie BV och AKZO Chemie UK Ltd mot Europeiska Unionen, 24 juni 1986, mål T-53/85, Reg 1986, s.1965

AM&S Europe Ltd mot Europeiska kommissionen, 18 maj 1982, mål 155/79, REG, 1982, s.1575

Baustahlgewebe mot Europeiska kommissionen, 17 december 1998, mål C-185/95 P, REG 1998, s. I-8417

Bayer mot Europeiska kommissionen, 3 juni 1996, REG 1996, s. II-383

BMW Belgien SA mot. Europakonventionen, 12 juli 1979, 32 & 36-82/78, REG 1980 s. 2435

Boehringer Mannheim GmbH mot Europeiska Kommissionen, 15 juli 1970, mål 45/69, REG 1970, s. 769

Cimenteries CBR SA mot Europeiska kommissionen, 18 december 1992, mål T-10-12, 14-15/92, REG 1992, s. II-2667

Cimenteries CBR SA mot Europeiska kommissionen, 15 mars 2000, (2000) 5 C.M.L.R

Dow Benelux mot Europeiska kommissionen, 17 oktober 1989, mål 85/87, REG 1989, s. 3150

Dow Chemicals Ibérica, SA m.fl. mot Europeiska kommissionen, 17 oktober 1989, förenade målen 97/87, 98/87 och 99/87, REG 1989, s. 3165

Établissements Consten S.á.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska kommissionen, 13 juli 1966, förenade målen 56 och 58/64, EGT 2545/64, (1964) C.M.L.R. 489

Fabbrica Pisana & Fabbrica Lastre di Vetro Pietro Sciarra mot Europeiska Unionen, 20 december 1979, 345 & 362, REG 1980, s. 10209

FEDET AB GB-Inno-BM SA mot Fédération Belgo-Luxembourgeoise des Industries du Tabac, 20 juli 1978, O.J. 1978, L224/29

Hoechst AG mot Europeiska kommissionen, 21 september 1989, förenade målen 46/87 och 227/88, REG 1989, s.2859

Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska kommissionen, 13 februari 1979, mål 85/76, REG 1978, 1139

Hilti mot Europeiska kommissionen, 12 december 1991, mål T-30/89, REG 1988, s.II-1439

Industria Vetraria Alfonso Cobelli mot Fabbrica Pisana SpA m.fl., 7 december 1988, O.J.1989, L383/19

Istituto Chemioterapico Italiano SpA och Commercial Solvents Corp. mot Europeiska kommissionen, 6 mars 1974, mål 6&7/73, REG 1974, s.223

International Business Machines Corporation mot Europeiska kommissionen, 11 november 1981, mål 60/81, REG 1981, s.2639

Internationale Handelsgesellschaft mot Einfuhr und Vorratsstelle Getreide, 1970, mål 11/70, REG s.1125

John Deere Export: National Farmers' Union mot Cofabel NV, 14 december 1984, O.J. 1985, L35/58

Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 15 maj 1986, mål 222/84, REG 1986, s. 1651

Kommissionen mot Rådet, 1973, mål 81/82, REG s.575

Kremzow, 29 maj 1997, mål C-299/95, REG 1997, s. I-2629

Louwage mot Europeiska kommissionen, 30 januari 1974, mål 148/73, 1974, s. 0081

Montecatini mot Europeiska kommissionen, 8 juli 1999, mål C-235/428, REG 1999, s. I-4539

Musique Diffusion francaise m.fl mot Europeiska kommissionen, 7 juni 1983, förenade målen 100/80, 101/80, 102/80 och 103/80, REG 1983, s. 1825

National Panasonic (UK) Ltd mot Europeiska kommissionen, 26 juni 1980, mål 136/79, REG 1980, s.2033

Nold, Kohl- und Baustoffgrosshandlung mot Europeiska kommissionen, 14 maj 1974, mål 4/73, REG 1974, s.491

NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska kommissionen, 9 november 1983, mål 322/81, REG 1983, s. 3461

Orkem mot Europeiska kommissionen, 18 oktober 1989, mål 374/87, REG. 1989, s. 3283

Otto BV mot Postbank NV, 10 november 1993, mål C-60/92, REG 1993, s. I-5683

Pioneer Hi-Fi Equipment, 14 december 1979, O.J. 1980, L60/21, 1 C.M.L.R. 457

Roland Rutili mot Minister for the Interior, 1974, mål 36/75, REG 1974, s.1219

San Michele m.fl. mot Europeiska Kommissionen, 14 december 1962, förenade målen 5-11 och 13-15/62, REG 1962, s. 449

Scottish Football Association mot Europeiska kommissionen, 9 november 1994, mål T-46/92, REG 1994, s. II-1039

Shell mot Europeiska Kommissionen, 10 mars 1992, T-11/89, REG 1992, s. II-757

Solvay SA mot Europeiska kommissionen, 29 juni 1995, mål T-30/91, REG 1995, s.II-1775

Solvay & Cie mot Europeiska kommissionen, 18 oktober 1989, mål 27/88, REG 1989, s. 3355

Stanley George Adams mot Europeiska kommissionen, 7 november 1985, mål 145/ 83 och 63/84, REG 1985, s. 3587

Stauder mot City of Ulm, 1969, mål 29/69, REG 1969, s.419

Suiker Unie mot Europeiska kommissionen, 16 december 1975, mål 40/73, REG 1975, s.1114

Transocean Marine Paint Association mot Europeiska kommissionen, 27 juni 1967, mål 17/74, EGT 1967, 163/10, (1967) C.M.L.R. D9

Van Landewyck m.fl. mot Europeiska kommissionen, 29 oktober 1980, förenade målen 209/78-215/78 och 218/78, REG 1980, s.3125

VBVB and VBBB mot Europeiska kommissionen, 17 januari 1984, förenade målen 43 och 63/82, REG 1984 s.9

7.3 Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

Bendenoun mot Frankrike, 1984 serie A, nr 284

Campell och Fell, 28 juni 1984, serie A, nr 80

Chappel v. United Kingdom, 1989

De Cubber, 26 oktober 1984, serie A, nr 86

Engel mot Nederländerna, 8 juni 1976, serie A, nr 22

Funke mot Frankrike, 25 februari 1993, serie A, vol.256-A

K. mot Österrike, 2 juni 1993, serie A, vol. 255-B

Niemitz mot Tyskland, 1993, 16 EHHR 97

Saunders mot United Kingdom, 17 december 1996, 23 EHHR 313

Société Stenuit, 27 februari 1992, serie A, vol. 232-A

Öztürk, 21 februari 1984, serie A, vol. 73